



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO PUBBLICO COMPARATO E DELL'UNIONE EUROPEA
CICLO XXIV

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

L'ARMONIZZAZIONE DA PARTE DELL'UNIONE EUROPEA DEL
DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO IN MATERIA DI
SCIoglimento DEL VINCOLO MATRIMONIALE

DOTTORANDA:
GIULIA TULLIA BIGONI

COORDINATORE:
PROF.SSA LAURA MONTANARI

TUTOR:
PROF.SSA ELISABETTA BERGAMINI

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

INDICE

INTRODUZIONE	3
CAPITOLO I: Origine ed evoluzione della comunitarizzazione del diritto internazionale privato della famiglia.....	7
1. La tutela della famiglia nel sistema delle convenzioni internazionali.....	7
2. La Comunità europea e le prime attenzioni verso la “politica della famiglia”	11
3. Il Trattato di Maastricht e la Convenzione di Bruxelles del 1998.....	14
4. Le innovazioni del Trattato di Amsterdam: verso la “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato	17
5. Aspetti problematici connessi all’esercizio delle competenze comunitarie sulla base giuridica costituita dall’articolo 65 TCE	21
6. Conseguenze sul piano giuridico dell’adozione di regolamenti nelle materie del Titolo IV TCE.....	24
7. Dalla competenza legislativa alla “competenza politica”: il ruolo del Consiglio europeo	29
8. Il primo strumento legislativo comunitario in materia di diritto di famiglia: il Regolamento 1347/2000.....	31
9. La breve vita del regolamento 1347/2000: limiti, critiche e proposte di modifica	38
CAPITOLO II: Il Regolamento Bruxelles II bis	43
1. Ambito di applicazione del Regolamento	43
2. Criteri di attribuzione della competenza nelle cause di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio.....	48
3. Il riconoscimento e le sue cause ostative nelle decisioni in materia matrimoniale ...	55
4. L’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale	63
5. L’attribuzione della competenza nelle domande concernenti la responsabilità genitoriale	65
6. Il riconoscimento e l’esecuzione dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale	73
7. La litispendenza e la connessione.....	78
8. I provvedimenti provvisori e cautelari	82
9. Le disposizioni transitorie e finali del regolamento	84

10. I limiti del Regolamento n. 2201/2003.....	88
CAPITOLO III: Gli ultimi passi verso un diritto di famiglia europeo.....	97
1. Verso una modifica del regolamento 2201/2003: il Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio	97
2. La proposta di modifica al regolamento 2201/2003: il Progetto Roma III	105
3. Dal fallimento della proposta di regolamento Roma III alla cooperazione rafforzata	117
4. Il regolamento 1259/2010 e la disciplina della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.....	122
5. Il ruolo centrale dell'autonomia delle parti nella <i>electio iuris</i>	140
6. I limiti all'applicazione della facoltà di scelta della legge applicabile.....	144
7. La disciplina in mancanza della <i>lex voluntatis</i>	156
8. Il problema dell'applicabilità della normativa del 2010 allo scioglimento delle unioni non basate sul matrimonio.....	160
9. Il problema dell'applicabilità della regolamento Roma III allo scioglimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso.....	163
CONCLUSIONI.....	171
BIBLIOGRAFIA.....	179

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha tratto origine dalla volontà di indagare il livello di comunitarizzazione raggiunto in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale caratterizzato dall'elemento della transnazionalità, con l'ulteriore riferimento ai suoi risvolti da un punto di vista pratico e giuridico.

Al momento della scelta del tema oggetto della tesi di dottorato, ovvero nel 2009, la disciplina vigente era rappresentata dal regolamento 2201 del 2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà genitoriale, ma erano già state avanzate proposte di modifica dello stesso le quali, pur non avendo raggiunto i consensi necessari per innovare la suddetta normativa, facevano presumere possibili future evoluzioni nella materia della separazione e del divorzio a livello europeo.

Così fortunatamente è accaduto, ed infatti, grazie all'emanazione del regolamento 1259 del 2010, il presente lavoro si è potuto arricchire dei recenti sviluppi che hanno portato da un lato alla realizzazione della prima forma di cooperazione rafforzata tra Stati membri, e dall'altro all'introduzione di una normativa sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio, e ciò nell'ottica di dare vita ad un sistema armonizzato di norme di conflitto in materia di separazione e di divorzio aventi connotazioni transnazionali.

Con l'aumentare, infatti, negli anni della mobilità dei cittadini all'interno del territorio dell'Unione europea, dovuta al riconoscimento di sempre maggiori libertà di circolazione, di soggiorno e di stabilimento nei vari Stati membri, è parallelamente cresciuto il numero di nuclei familiari costituiti da soggetti aventi nazionalità o residenze differenti e con esso è sorta l'esigenza di offrire sia una disciplina sia una tutela nei confronti degli stessi.

La libertà di attraversare i confini nazionali e di stabilirsi negli altri Stati membri a condizioni non lontane da quelle della propria patria ha, infatti, incentivato i soggetti a muoversi e a vivere in luoghi diversi, dando conseguentemente vita ad unioni affettive caratterizzate dalla transnazionalità. Ma, oltre a ciò, la libera circolazione delle persone è un obiettivo tuttora da perseguire, posto che, solo garantendo ai cittadini la tutela dei suddetti nuovi nuclei familiari, sia per quanto attiene alla loro formazione nonché al loro scioglimento, sia relativamente alla prole nata dalle unioni "internazionali", tale principio potrà dirsi completamente soddisfatto.

La materia del diritto di famiglia è sempre stata una materia tradizionalmente attribuita alla competenza esclusiva degli Stati membri, e ciò in ragione del fatto che tale diritto è espressione delle tradizioni culturali nonché giuridiche dei singoli ordinamenti.

Il crescente numero, però, dei rapporti di natura personale tra soggetti appartenenti a Paesi europei differenti, agevolati e tutelati dal supremo principio della libera circolazione delle persone, ha fatto sì che sempre più frequentemente l'allora Comunità europea si interessasse al diritto familiare.

In assenza di un riconoscimento delle competenze comunitarie nell'ambito del diritto di famiglia, tale materia, proprio alla luce della sua crescente importanza, ha trovato parziale disciplina attraverso le convenzioni stipulate tra gli Stati e volte appunto a regolamentare taluni aspetti relativi ai minori così come alla separazione e al divorzio.

Per poter parlare della costituzione di un diritto di famiglia europeo si è tuttavia dovuto attendere la fine degli anni Novanta, nonostante l'esigenza di una *integrated family policy* fosse già sentita da alcuni anni in seno alle istituzioni europee.

Nel corso del primo capitolo del presente lavoro si è pertanto effettuato un breve *excursus* normativo per comprendere in che momento e con quali modalità l'allora Comunità europea si è avvicinata alla materia del diritto familiare ed in particolare al diritto internazionale privato della famiglia, dando vita a quel procedimento di cosiddetta comunitarizzazione in tale settore.

A partire dal 1999, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il quale ha introdotto il titolo IV all'interno del TCE, la Comunità europea ha iniziato a disporre di una competenza autonoma in materia di diritto internazionale privato e processuale e, ai sensi dell'art. 65 del Trattato, la stessa ha iniziato ad emanare misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazioni transfrontaliere ai fini del corretto funzionamento del mercato interno, nonché norme volte alla promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale.

In forza dei nuovi poteri così attribuiti, la Comunità europea ha iniziato ad intervenire rapidamente nella materia del diritto internazionale privato mediante l'emanazione di numerosi regolamenti.

Il primo regolamento adottato dalla Comunità europea facendo uso dei nuovi poteri si colloca non a caso nell'ambito della materia matrimoniale, e ciò rappresenta proprio l'importanza attribuita dall'Europa alla materia in esame.

Il regolamento n. 1347 del 2000, ricalcando la Convenzione di Bruxelles del 1998, ha fornito una disciplina relativa agli aspetti concernenti la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative allo scioglimento e annullamento del matrimonio e alla potestà genitoriale.

A tale primo strumento comunitario nel settore del diritto internazionale privato hanno fatto seguito altri regolamenti, quali il regolamento n. 44 del 2001, detto Bruxelles I, con il quale sono state introdotte norme uniformi in tema di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nella materia civile e commerciale, i regolamenti del 2007 e del 2008 sulle obbligazioni extracontrattuali e contrattuali, comunemente noti come Roma II e Roma I, nonché in materia di obbligazioni alimentari il regolamento n. 4 del 2009.

Per quanto attiene alla materia familiare, successivamente al regolamento del 2000, ed al fine di porre rimedio ad alcuni limiti che lo stesso presentava, la Comunità europea è nuovamente intervenuta nell'ambito del diritto di famiglia europeo con l'emanazione del regolamento n. 2201 del 2003.

Alla disamina di tale normativa comunitaria, che si occupa al pari del regolamento ad esso precedente della competenza, del riconoscimento e dell'esecuzione delle pronunce in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori, è dedicato il secondo capitolo.

Di fronte al pregio di tale nuova disciplina europea in materia matrimoniale, tuttavia la norma in esame tralascia di affrontare l'aspetto dell'individuazione di regole uniformi in tema di diritto applicabile alle questioni dello scioglimento del matrimonio.

Nell'ottica di creare un quadro chiaro e completo nel diritto di famiglia europeo, che comprendesse sia le norme sulla competenza giurisdizionale sia quelle sui conflitti di legge, già poco dopo l'emanazione del regolamento del 2003 hanno preso avvio le iniziative volte alla sua modifica.

Dapprima attraverso la consultazione degli Stati membri sugli aspetti più controversi e problematici della materia matrimoniale, la quale è sfociata nella redazione del Libro verde del 2005, e poi con la proposta di regolamento contenente modifiche al regolamento n. 2201 del 2003 nonché l'introduzione delle norme uniformi sui conflitti di leggi, le

istituzioni dell'Unione europea hanno continuato ad interessarsi ed a lavorare alla costruzione di un diritto di famiglia davvero europeo.

Nel terzo capitolo si è pertanto cercato di dare atto delle misure adottate a seguito dell'introduzione, nel novero degli atti legislativi europei, del regolamento sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

Tuttavia, la proposta di modifica del regolamento, specialmente in relazione all'introduzione della disciplina della legge applicabile alle ipotesi di scioglimento del vincolo coniugale, non ha trovato i favori di tutti gli Stati membri, posto che, come già detto, la delicatezza della materia matrimoniale, la sua connotazione tipicamente nazionale e la ritrosia nell'applicazione delle leggi straniere in seguito alla creazione di un sistema uniforme di regole di conflitto, hanno disincentivato alcuni di essi ad appoggiare tale proposta.

La mancata approvazione della proposta di regolamento del 2006 non ha tuttavia rappresentato un limite per alcuni Stati, i quali, decisi a migliorare la disciplina vigente nella materia dello scioglimento del matrimonio mediante l'introduzione di norme sul diritto applicabile, hanno dato vita ad una cooperazione rafforzata.

Orbene, proprio nell'ambito di tale cooperazione rafforzata, alla fine del 2010 è stato emanato il regolamento n. 1259 il quale, seppur limitatamente agli Stati partecipanti, va a completare il quadro normativo in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale, aggiungendo le norme sul conflitto di leggi ai già disciplinati aspetti della competenza, del riconoscimento e dell'esecuzione delle pronunce sulla separazione ed il divorzio.

L'ultima parte del presente lavoro, pertanto, è dedicata all'analisi del nuovo strumento legislativo, il quale, oltre ad introdurre norme di conflitto uniformi in merito allo scioglimento del matrimonio, sancisce il principio dell'autonomia della volontà, in base a cui, ai fini della determinazione della legge applicabile alla separazione ed al divorzio, è data la prevalenza alla *lex voluntatis*.

La facoltà di esercitare l'*electio iuris*, mediante la quale viene concesso ai coniugi di designare essi stessi il diritto secondo il quale regolare la crisi del vincolo coniugale, dovrebbe contribuire a scongiurare il rischio della corsa al tribunale, nonché dovrebbe altresì garantire il rispetto dei principi della certezza del diritto, della prevedibilità e della flessibilità posti a fondamento della nuova norma dell'Unione europea.

CAPITOLO I: Origine ed evoluzione della comunitarizzazione del diritto internazionale privato della famiglia

1. La tutela della famiglia nel sistema delle convenzioni internazionali

La crescente mobilità delle persone riscontrata negli ultimi decenni sia all'interno dei confini europei, sia al di fuori, con l'aumentare dell'instaurarsi di coppie di differenti nazionalità, ha fatto sì che il diritto di famiglia diventasse sempre di più una materia peculiare, caratterizzata da forti elementi di multiculturalità e dalla compenetrazione tra esperienze giuridiche di Paesi differenti¹.

Questa dimensione transnazionale della famiglia ha spinto necessariamente l'Unione europea (allora Comunità europea) ad affrontare la materia, prima mediante lo strumento delle convenzioni, poi, a seguito delle modifiche intervenute all'interno del Trattato CE, mediante veri e propri interventi legislativi nel settore.

Il diritto di famiglia presenta *in re ipsa* numerose peculiarità che si distinguono da Paese a Paese e ciò in ragione del fatto che tale diritto per sua natura riflette i legami con le singole culture e tradizioni locali di ciascuno Stato membro². Basti pensare a quante differenze porta con sé il solo concetto di "famiglia", intesa in maniera assai diversa tra i vari Stati membri³.

Quanto anzi detto spiega perché i rapporti di famiglia, nella disciplina del diritto civile, hanno sempre costituito una materia di competenza esclusiva degli ordinamenti nazionali, i quali, nel disciplinarla, si sono ispirati a principi culturali, etnici, sociali e religiosi peculiari.

Si giustifica in tal modo, da un lato la resistenza del legislatore statale a rinunciare o cedere la propria competenza in questa materia, dall'altro lato, la difficoltà incontrata

¹ Per alcune osservazioni sulla dimensione transnazionale della famiglia si veda: ROSSOLILLO G., *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 733 ss., PATTI S., *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2006, 3, p. 535 ss.

² Sulle diversità presenti tra i diversi Stati membri nei principali istituti in materia familiare cfr. FINOCCHIARO A., *Le prospettive europee del diritto di famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di M.C. Andrini, Cedam, Padova, 2007, p. 1 ss.

³ Per una disamina sul concetto di "famiglia" si veda PINTERS W., *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, di Patti S. e Cubeddu M. G., Giuffrè, Milano, 2008, p. 89 ss., PATTI S., *Modelli di famiglia e di convivenza*, *ibidem*, p. 111 ss.

nell'opera di regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali connessi alla famiglia che ad oggi, a causa della crescente ed inevitabile globalizzazione della società, si instaurano tra soggetti di nazionalità diversa o che, pur con comune nazionalità, stabiliscono in un Paese nuovo il centro della propria vita.

La necessità che si è in tal modo imposta è stata pertanto quella di cercare di fornire una disciplina esaustiva volta a risolvere controversie in materia di diritto di famiglia aventi caratteri transfrontalieri, mediante la creazione di un sistema di norme sulla competenza e sulla legge applicabile in tali situazioni.

Ma prima di analizzare come l'allora Comunità europea si è avvicinata alla materia del diritto di famiglia, occorre premettere che, in un momento antecedente, è stata la comunità internazionale ad occuparsi in maniera sempre più pregnante e dettagliata delle questioni concernenti la tutela della famiglia e dei suoi componenti.

Questo è potuto avvenire proprio grazie, o a causa, della diversità di disciplina e di approccio dei differenti Stati alla materia familiare *latu sensu* intesa e della reticenza degli stessi a modificare i propri istituti riflettenti le tradizioni e le usanze di ciascuno.

La cooperazione internazionale pertanto, ancor più che nel settore economico, è servita a creare un crescente scambio di informazioni tra i diversi Stati, dando così anche avvio ad un parziale avvicinamento degli ordinamenti giuridici nazionali⁴.

Uno dei primi esempi di cooperazione internazionale in materia di diritto di famiglia è rinvenibile nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo firmata a Roma nel 1950⁵, in quanto già in quella sede veniva riconosciuto il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata e familiare⁶.

⁴ La materia dei conflitti di giurisdizione e di leggi, prima dell'intervento comunitario, veniva infatti disciplinata a livello internazionale mediante convenzioni tra gli Stati membri. In taluni casi detti accordi venivano conclusi utilizzando la base giuridica costituita dall'art. 293 TCE (prima art. 220 TCE ed oggi abrogato) qualora ciò non fosse possibile nulla nel Trattato vietava agli Stati di stipulare tra loro altri trattati sul piano internazionale volti a disciplinare le materie non presenti nel citato articolo. Sul punto cfr. ROSSI L.S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, I, p. 63.

⁵ Firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848, in *GURI* del 24 novembre 1955, n. 221.

⁶ Cfr. art. 8 della CEDU, "*Diritto al rispetto della vita privata e familiare: 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui*".

Successivamente alla CEDU, molteplici sono state le convenzioni internazionali⁷ che si sono occupate della materia, ed a mero titolo di esempio si possono ricordare: la Convenzione delle Nazioni Unite sulla tutela del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989⁸, la Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale fatta a L'Aja il 29 maggio 1993⁹, la Convenzione dell'Aja del 28 maggio 1970 sul rimpatrio dei minori¹⁰, la Convenzione dell'Aja del 1° giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali¹¹, la Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori¹², quella dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori¹³, la Convenzione del Consiglio d'Europa sull'esercizio dei diritti dei fanciulli firmata a Strasburgo il 25 gennaio del 1996¹⁴, 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

⁷ Sul ruolo delle convenzioni internazionali si vedano tra gli altri: FINOCCHIARO A., *Le prospettive europee*, cit. p. 3 ss, URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva "europea"*, in *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*, a cura di F. Brunetta D'Usseaux, Cedam, Padova, 2005, p. 515 ss, in particolare p. 524.

⁸ Ratificata da tutti gli Stati firmatari membri dell'ONU, tranne che dagli Stati Uniti e dalla Somalia.

⁹ Ratificata in Italia con la legge n. 476 del 31 dicembre 1998, in *GURI* n. 8 del 12 gennaio 1999 "Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L' Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri".

¹⁰ Ratificata in Italia con la legge n. 64 del 15 gennaio 1994, in *GURI* n. 23 del 29 gennaio 1994, "Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e il ristabilimento dell'affidamento, aperta alla firma a Lussemburgo il 20 maggio 1980 e della convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, aperta alla firma a l'Aja il 25 ottobre 1980; norme di attuazione delle predette convenzioni, nonché della convenzione in materia di protezione dei minori, aperta alla firma all'Aja il 5 ottobre 1961 e della convenzione in materia di rimpatrio dei minori, aperta alla firma a l'Aja il 28 maggio 1970".

¹¹ Approvata nel corso dell'undicesima sessione della Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato il 1° giugno 1970, in vigore dal 24 agosto 1975. Ratificata dal nostro Paese con la legge n. 301 del 10 giugno 1985.

¹² Vedi *supra* nota 10.

¹³ Vedi *supra* nota 10.

¹⁴ Ratificata e resa esecutiva in Italia solamente nel 2003 con la legge n. 77 del 2003 pubblicata in *GURI* n. 91 del 18 aprile 2003, S. O. n. 66. Tra i considerando della Convenzione si legge: "convinti che i diritti dei fanciulli debbano essere promossi e che a tal fine i fanciulli dovrebbero avere la possibilità di esercitare tali diritti, in particolare nelle procedure in materia familiare che li concernono". Sull'argomento si veda FINOCCHIARO A., *Le prospettive europee*, cit. p. 4.

materia di potestà dei genitori e di misure per la tutela dei minori¹⁵; convenzioni tutte che hanno contribuito a creare molte convergenze tra gli Stati che le hanno ratificate in determinati contesti del diritto di famiglia¹⁶.

I primi passi dell'Unione europea nella direzione dell'armonizzazione del diritto internazionale privato, sono stati compiuti alla fine degli anni '60 dall'allora Comunità economica europea nella materia della cooperazione giudiziaria civile.

E' del 1968, infatti, la Convenzione di Bruxelles che si occupava di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale¹⁷.

Tale atto convenzionale, tuttavia, da un lato concerneva esclusivamente problematiche di diritto processuale internazionale, fissando regole di competenza giurisdizionale e sancendo il principio del riconoscimento automatico delle decisioni pronunciate dalle autorità giurisdizionali degli Stati membri in materia civile e commerciale, dall'altro escludeva dal proprio campo di applicazione le questioni relative allo stato e alla capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale tra coniugi, i testamenti e le successioni, pertanto, in generale, escludendo quasi tutte le questioni attinenti al diritto di famiglia¹⁸.

¹⁵ Firmata da parte degli Stati membri a seguito dell'espressa autorizzazione contenuta nella decisione del Consiglio del 19 dicembre 2002 (in *GUUE* L 48 del 21 febbraio 2003, p. 1 ss.). Sul punto si veda BIAGIONI G., *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. 993.

¹⁶ Sui rapporti tra la Convenzione dell'Aja del 1996, la Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 ed i regolamenti 1347/2000 e 2201/2003 cfr. BIAGIONI G., *Il nuovo regolamento*, cit., p. 998 ss. Nonché DAVI' A., *Il diritto internazionale privato italiano delle famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 4, p. 864 ss.

¹⁷ Convenzione del 28 settembre 1968, in *GU* L 299 del 31 dicembre 1972, p. 32 ss., successivamente sostituita dal regolamento comunitario n. 44/01/CE, in *GUCE* L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss. Per commenti ed analisi sulla Convenzione di Bruxelles si rimanda, tra i tanti, a E. URSO, *Il diritto di famiglia nella prospettiva "europea"*, cit., p. 546 ss.

¹⁸ Cfr. l'articolo 1.2, n. 1 della Convenzione di Bruxelles. Tale scelta fu presa dai primi sei Stati dell'allora Comunità economica europea proprio per la diversità di disciplina della materia matrimoniale tra di essi. Occorre precisare che in base al disposto dell'allora art. 220 TCEE (poi, dopo Maastricht, art. 293 TCE ed oggi abrogato a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona) vi era un obbligo in capo agli Stati membri di procedere ad una semplificazione delle formalità relative al riconoscimento delle decisioni giurisdizionali. Tale previsione inoltre lasciava liberi gli Stati membri di concludere accordi anche in materia matrimoniale. Così recitava il testo dell'articolo 220-293: "*Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini:— la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini, — l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità, — il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse, — la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali*".

Come la Corte di giustizia ha avuto successivamente modo di chiarire mediante le proprie sentenze, se le controversie di natura patrimoniale connesse ai procedimenti divorzili erano da ritenersi parimenti escluse dalla disciplina convenzionale¹⁹, gli assegni periodici di mantenimento²⁰ ed il pagamento di somme di denaro nell'ambito delle procedure di scioglimento del matrimonio²¹ erano invece da considerarsi incluse nell'applicazione della convenzione²².

Per arrivare tuttavia ad un atto normativo, seppure inizialmente convenzionale, che si occupasse di diritto internazionale privato in materia di famiglia ci sono però voluti dei decenni, ma ciò non significa che nel frattempo l'Unione europea avesse perso l'interesse nei confronti del diritto di famiglia.

2. La Comunità europea e le prime attenzioni verso la “politica della famiglia”

Negli anni ottanta, si può affermare sia nata in seno all'Unione europea una concezione diversa e nuova di diritto di famiglia, si parla a tal proposito di “*family policy*”, ovvero di politica della famiglia.

¹⁹ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 27 marzo 1979, causa 143/78, *De Cavel*, in *Racc.*, p. 1055.

²⁰ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 6 marzo 1980, causa 120/79, *De Cavel II*, in *Racc.*, p. 731, nella quale la Corte ammette l'applicazione della convenzione ex art. 5 della stessa, nonché sulla base del fatto che la domanda sugli alimenti è una domanda accessoria alla richiesta di divorzio e che l'esclusione dal campo di applicazione della domanda principale (divorzio) non necessariamente determina il rigetto della domanda accessoria. Sulle sentenze ora riportate si vedano BERGAMINI E., MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, Utet, 2010, p. 51 ss.

²¹ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 27 febbraio 1997, causa C-220/95, *Van de Boogard*, in *Racc.*, p. I-1147.

²² Analoghe considerazioni in merito al campo di applicazione della convenzione vanno fatte per il regolamento 44/01/CE che, come si dirà oltre, ha potuto sostituire la convenzione a seguito dell'acquisizione da parte della Comunità europea della competenza in materia di cooperazione giudiziaria civile introdotta dal Trattato di Amsterdam. Tale regolamento, così come la convenzione, è caratterizzato da un “sistema doppio” nel senso che si occupa di dettare norme sia sulla competenza giurisdizionale dei giudici degli Stati membri, sia sul riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti adottati negli altri Stati. Tale regolamento è entrato in vigore il 1° marzo 2002 ed è stato più volte modificato, da ultimo con il regolamento n. 280/2009 del 6 aprile 2009 (in *GUUE* n. L 93 del 7 aprile 2009). Il regolamento 44/01 è vincolante per i seguenti Stati membri: Austria, Belgio, Bulgaria, Danimarca (con alcune modifiche), Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Spagna, Svezia. A questi primi Stati si sono successivamente aggiunti il 1 maggio 2004: Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Romania, Slovenia, Ungheria. Sul punto si veda, tra i tanti, MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 49 ss., FRANZINA P., *Le condizioni di applicabilità del regolamento (CE) n. 44/2001 alla luce del parere 1/03 della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2006, 4, p. 948 ss., BERGAMINI E., FIGONE A., *Brevi note sul regolamento del Consiglio CE n. 1347/2000*, in *Fam. Dir.*, 2002, 1, p. 101.

Nel 1983 il Parlamento europeo adotta, infatti, una risoluzione nella quale invoca l'adozione, nell'ambito delle molteplici azioni politiche della Comunità europea, di una "politica familiare comunitaria" volta ad invitare gli Stati membri, nell'esecuzione delle rispettive attività legislative, a tenere in considerazione le esigenze delle famiglie²³.

Oltre a ciò, nella predetta risoluzione il Parlamento invita ad armonizzare a livello comunitario i principali aspetti della politica della famiglia, sottolineando la necessità di valutare un eventuale intervento comunitario in materia di adozione, di custodia e tutela dei minori, nonché di obbligazioni alimentari.

Tale innovativa presa di posizione del Parlamento europeo viene qualche anno dopo seguita dalla Commissione europea, la quale in una comunicazione del 1989 sulla politica familiare comunitaria, fa proprie le considerazioni svolte precedentemente dall'altra Istituzione²⁴.

Il medesimo anno, anche il Consiglio interviene in materia con una risoluzione nella quale, pur limitando l'enfasi poco prima dimostrata dalla Commissione e dal Parlamento, afferma la necessità di rafforzare gli scambi di informazioni in tema di politica della famiglia e conferma l'importanza d'ora in avanti assegnata alla "dimensione familiare" nella realizzazione delle politiche comunitarie²⁵.

Questi atti normativi, seppur limitati nel loro contenuto e nella loro efficacia diretta, hanno comunque rappresentato i primi segnali di un cambiamento di prospettiva della Comunità europea nella materia trattata, anche se l'importanza della famiglia e delle relazioni familiari rimane ancora legata indissolubilmente alla sfera economica.

Dalla lettura del testo della comunicazione della Commissione del 1989 si coglie come l'interesse della stessa all'ambito familiare sia dovuto a fattori economici ed in parte sociali quali il preoccupante calo demografico in Europa, le possibili future ripercussioni sul mercato del lavoro, sulla realizzazione del mercato unico e sul sistema di sicurezza sociale²⁶.

²³ Risoluzione del Parlamento europeo sulla politica familiare nella Comunità economica europea, pubblicata in *GUCE C* 184 dell'11 luglio 1983, p. 116 ss.

²⁴ Comunicazione della Commissione europea sulle politiche familiari, COM/89/0363 def.

²⁵ Conclusioni del Consiglio e dei ministri responsabili per le politiche in materia di famiglia alla riunione del Consiglio del 29 settembre 1989 sulle politiche familiari.

²⁶ Così si legge nella comunicazione della Commissione sopra indicata al punto 29.

Preoccupazioni e considerazioni condivise anche dal Consiglio nella risoluzione sopra citata, nella quale anch'egli riconosce il ruolo della famiglia non solo in ambito economico ma anche quale nucleo di tutela per i minori e fonte per la realizzazione di una più sentita solidarietà tra gli individui: è solo potenziando e rafforzando le basi familiari che si possono ottenere risultati positivi in ambito economico e sociale²⁷.

Ciò non toglie che, nonostante le ragioni dell'importanza della famiglia siano collegate al suo ruolo nell'economia di mercato e di consumo²⁸, gli interventi in materia di politica familiare vengano ritenuti importanti e necessari da tutte le Istituzioni comunitarie.

L'interessamento verso il diritto di famiglia continua anche negli anni successivi, infatti nel 1994 il Parlamento europeo si fa nuovamente promotore della necessità di dare vita ad una “*integrated family policy*” preavvertendo anche l'opportunità di adattare il diritto di famiglia sia a livello nazionale sia comunitario²⁹.

Pochi anni dopo, il Parlamento emana una risoluzione sulla protezione delle famiglie e dei bambini³⁰ con la quale afferma la crescente necessità di estendere ed approfondire la politica della famiglia con specifico riferimento alle controversie aventi implicazioni transnazionali.

Si legge nella risoluzione, a tal proposito, che la Comunità europea necessita addirittura di un meccanismo coordinato tra i vari Stati membri in materia di diritto di famiglia volto a tutelare i figli durante i procedimenti di divorzio tra genitori con nazionalità diverse.

Gli atti normativi ora riportati, quand'anche nella pratica non abbiano prodotto notevoli effetti da un punto di vista giuridico, tuttavia sono da considerarsi importanti in quanto hanno dato avvio alla politica della famiglia a livello comunitario, palesando in tal modo l'interesse, e la conseguente implicita legittimazione, della Comunità europea in questa materia.

²⁷ Cfr. il testo della risoluzione sopra indicata.

²⁸ Al punto 37 della comunicazione si legge testualmente: “*The family [...] is a part of the economic sector, for it raises future producers and is a unit of consumption*”.

²⁹ Risoluzione del Parlamento sulla protezione delle famiglie e le unità familiari a chiusura dell'Anno Internazionale della Famiglia. Pubblicata in *GUCE* C 18 del 23 gennaio 1995, p. 96 ss.

³⁰ Risoluzione sulla protezione delle famiglie e dei bambini, pubblicata in *GUCE* C 128 del 7 maggio 1999, p. 79 ss.

3. Il Trattato di Maastricht e la Convenzione di Bruxelles del 1998

Una prima parziale legittimazione dell'intervento della Comunità europea in ambito familiare si è avuta con l'approvazione del Trattato istitutivo dell'Unione europea firmato a Maastricht nel 1992³¹ mediante il quale il diritto internazionale privato è stato ricompreso in forza del nuovo articolo K.1 n. 6, unitamente alla cooperazione giudiziaria in materia civile, nel terzo pilastro dell'Unione europea³².

In tal modo si qualificò la cooperazione giudiziaria in materia civile come una questione di comune interesse per gli Stati membri dell'Unione, consentendo pertanto a quest'ultima di intervenire in tale settore³³.

In detta sede, di competenza intergovernativa, pur non avendo nulla a che fare con le competenze comunitarie, vi era comunque un notevole passo in avanti rispetto alla semplice sfera internazionale precedente, giacché in quest'ambito era consentita l'adozione di specifici atti tra i quali le cosiddette convenzioni del terzo pilastro, ovvero atti convenzionali dotati di caratteristiche peculiari sia per quanto concerne la loro entrata in vigore, sia per la competenza della Corte di giustizia in relazione alle stesse³⁴.

In base infatti al combinato disposto degli articoli K.1 e K.3 TUE gli Stati membri potevano adottare, mediante una procedura che prevedeva l'intervento della Commissione europea e del Consiglio, delle convenzioni aventi ad oggetto il miglioramento e la semplificazione delle procedure per il riconoscimento dei provvedimenti in materia civile e commerciale, nonché la promozione di regole sulla competenza giurisdizionale e di conflitto tra i vari Stati membri dell'Unione europea³⁵.

³¹ Firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993, in *GU C* 191 del 29 luglio 1992. Con tale Trattato l'Unione europea abbandona parzialmente la sua vocazione economica per approfondire anche quella politica, *in primis* aumentando il proprio ruolo a livello internazionale.

³² Titolo VI del Trattato sull'Unione europea, inserito con Maastricht, "Previsioni sulla Cooperazione nei Settori della Giustizia e degli Affari Interni", dove è inclusa quale materia di interesse comunitario anche la cooperazione giudiziaria in ambito civile e penale.

³³ Cfr. K.3, comma II, lett. c) del Trattato sull'Unione europea.

³⁴ Sull'argomento cfr. ROSSI L. S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario*, cit., p. 1 ss.

³⁵ Più precisamente nell'articolo K.1 viene indicata tra le questioni "di interesse comune", ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione, "la cooperazione in materia civile" (punto 6), essa infatti deve contribuire al raggiungimento di uno degli obiettivi della Comunità che è quello di realizzare un'efficiente cooperazione nel settore della giustizia (articolo b); nell'articolo K.3, strettamente connesso al contenuto dell'articolo K.1, si afferma che il Consiglio su iniziativa di qualsiasi Stato membro può adottare posizioni comuni o promuovere ogni cooperazione utile al conseguimento degli obiettivi dell'Unione, nonché può elaborare convenzioni che gli Stati saranno invitati ad adottare sulla base delle rispettive norme nazionali. Sulle novità introdotte dal Trattato di Maastricht si veda, tra i tanti, CEBEDDU M.G., *La competenza*

Di lì a poco, al termine di lunghe consultazioni tra i vari Stati membri, il governo tedesco, nel 1993, propose l'adozione di una nuova convenzione, ispirata a quella di Bruxelles del 1968, ma specificamente volta ad estendere l'ambito di applicazione alle separazioni, ai divorzi ed in generale alle ipotesi di crisi coniugale.

In particolare, il governo tedesco sosteneva l'importanza di creare una normativa uniforme che disciplinasse il riconoscimento tra gli Stati membri dei provvedimenti in materia familiare³⁶, al fine di evitare la proliferazione dei cosiddetti *limping marriages*, ovvero divorzi zoppicanti in quanto non aventi la stessa efficacia nei diversi Stati membri.

Il più importante atto emanato in ottemperanza alle novità introdotte con Maastricht è stata la Convenzione di Bruxelles³⁷ del 1998, (detta Convenzione di Bruxelles II facendo seguito alla Convenzione di Bruxelles del 1968) sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia familiare, adottata con proprio atto dal Consiglio il 28 maggio 1998³⁸.

Tale forma di accordo tra Stati membri aveva l'obiettivo di tentare di uniformare la materia matrimoniale sottratta, come visto, dal contenuto della precedente Convenzione di Bruxelles del 1968.

La Convenzione del 1998 si caratterizzava quindi per essere il primo atto, seppur di natura convenzionale, rivolto esclusivamente alla materia matrimoniale e familiare.

dell'Unione europea nel diritto internazionale privato, in *Introduzione al diritto di famiglia in europa*, di Patti S. e Cubeddu M.G., Giuffrè, Milano, 2008, p. 21 ss., MCGLYNN C., *Families and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 155 ss, CARACCILO DI TORELLA E., MASSELOT A., *Under construction: EU family law*, *E.L Rev.*, 29, 2004, p. 32 ss.

³⁶ L'interesse della Germania al riconoscimento delle decisioni scaturiva dalla sentenza della Corte di giustizia nella causa 145/86, *Hoffmann v. Krieg*, in *Racc.*, p. 645, che aveva ad oggetto il problema del mancato riconoscimento in Germania di una sentenza di divorzio pronunciata in Olanda. Sul punto cfr. MCGLYNN C., *Families and the European Union*, cit., p. 156.

³⁷ Convenzione di Bruxelles del 28 maggio 1998, pubblicata in *GUCE C 221* del 16 luglio 1998, pp. 1-19. Unitamente alla stessa è pubblicato il Protocollo relativo all'interpretazione ed il rapporto esplicativo redatto dalla prof. Alegria Borràs, docente di diritto internazionale privato presso l'Università di Barcellona (pp. 27-64). Tale rapporto esplicativo, detta appunto Relazione Borràs, come affermato nella nota 4 alla premessa 6 del testo convenzionale, funge da strumento interpretativo dell'intera Convenzione. La Convenzione del 1998 è stata adottata sulla base del sopra citato articolo K3 del Trattato sull'Unione Europea. Sulla convenzione cfr. BERGAMINI,, BONOMI A., *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Riv. Dir. int.*, 2001, p. 299 ss.

³⁸ Proprio in ossequio ai poteri conferitigli dal combinato disposto degli articolo K.1 e K.3 del Trattato sull'Unione europea.

In tale accordo infatti trovavano la propria disciplina sia le questioni concernenti la fine del rapporto di coniugio, e quindi la separazione, il divorzio e l'annullamento del matrimonio, sia quelle attinenti alla responsabilità dei genitori sui figli avuti da entrambi.

E' stata proprio la valutazione circa l'opportunità o meno di includere la parte relativa alla disciplina della responsabilità parentale a ritardare l'emanazione della Convenzione, giacché alcuni Stati membri sostenevano che la sua esclusione avrebbe potuto comportare uno sdoppiamento dei giudizi nelle ipotesi di procedimenti per la cessazione del rapporto coniugale con la presenza di figli, mentre secondo altri Stati l'inclusione della disciplina sarebbe stata non necessaria in quanto già contenuta nella Convenzione dell'Aja sulla sottrazione internazionale dei minori del 1980³⁹.

Alla fine prevalsero parzialmente gli Stati che propendevano per l'inclusione e quindi nel testo convenzionale possiamo trovare anche la disciplina in tema di tutela dei minori ma soltanto se connessa ad un procedimento di separazione o di divorzio.

Più precisamente, come si legge nella Relazione Bòrràs, che accompagna l'atto convenzionale e funge da ausilio interpretativo, la Convenzione si basava su tre *“argomentazioni principali: a) la volontà di introdurre norme uniformi sulla competenza nelle cause matrimoniali; b) la necessità di introdurre norme moderne di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di annullamento, divorzio e separazione per tutti gli Stati membri dell'Unione europea, stabilendo a tal fine un procedimento uniforme; c) l'esigenza di evitare procedimenti paralleli in cause matrimoniali in vari Stati membri, attraverso norme sulla litispendenza, il che costituisce un'importante novità idonea di per sé a giustificare la Convenzione e destinata ad impedire decisioni contraddittorie”*⁴⁰.

Merita sottolinearsi, inoltre, che poco tempo prima, nel 1996, veniva conclusa un'ulteriore convenzione in materia di minori, la Convenzione dell'Aja sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e misure di tutela dei minori⁴¹, la quale pertanto aveva già dettato una normativa uniforme sull'argomento.

³⁹ Di questo avviso era in particolare la Gran Bretagna, la quale riteneva non solo superflua l'inclusione della disciplina uniforme sulla responsabilità parentale ma temeva che così facendo si ostacolasse la ratifica della convenzione dell'Aja. Cfr. MCGLYNN C., *Families and the European Union*, cit., p. 157.

⁴⁰ Sul punto cfr. CONTI R., *Il Regolamento CE Bruxelles II in tema di cause matrimoniali*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 654.

⁴¹ Vedi *supra* par. 1.

Ci si può chiedere allora perché l'Unione europea abbia deciso di intervenire su di una materia, anche se parzialmente, già disciplinata dalle Convenzioni dell'Aja del 1970 sul riconoscimento delle separazioni e dei divorzi⁴² e quella del 1996 sui minori.

La risposta può probabilmente essere rinvenuta proprio nella precisa volontà dell'Unione europea di estendere indirettamente la propria competenza alla materia familiare, sfruttando la chiave di accesso fornita dalla cooperazione giudiziaria da poco introdotta nel terzo pilastro con Maastricht.

La Convenzione Bruxelles II, come del pari la Convenzione del 1968, si caratterizzava per il suo carattere doppio in quanto dettava le norme uniformi sia sulla competenza giurisdizionale sia sul riconoscimento delle decisioni emesse dai diversi Stati.

Nonostante l'importanza di questa convenzione, sia a livello contenutistico ma soprattutto a livello di politica dell'Unione europea, la stessa non è entrata mai in vigore.

La ragione di ciò non si deve alla mancanza di interesse da parte degli Stati membri che non hanno provveduto con solerzia ad adottarla, quanto semmai alle nuove prospettive offerte da un ulteriore cambiamento normativo avvenuto con il Trattato di Amsterdam.

4. Le innovazioni del Trattato di Amsterdam: verso la “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato

Il punto cruciale per l'evoluzione della normativa in materia di diritto internazionale privato di famiglia può essere senza dubbio individuato nell'approvazione del Trattato di Amsterdam nel 1997 e, nello specifico, nelle modifiche apportate con lo stesso al Trattato CE⁴³.

L'importanza del Trattato di Amsterdam non è stata quella di aver introdotto la materia familiare tra quelle di competenza dell'Unione europea, cosa che non è ancora avvenuta⁴⁴, ma è consistita nella cosiddetta “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato⁴⁵.

⁴² Vedi *supra* par. 1.

⁴³ Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999. Esso ha modificato sia il Trattato CE sia quello relativo all'UE, incidendo anche sulla numerazione. In allegato al Trattato vi sono anche le versioni consolidate degli stessi.

⁴⁴ Le modifiche introdotte al Trattato CE, successivamente al Trattato di Amsterdam, hanno consentito di ampliare l'ambito di intervento comunitario nella materia del diritto internazionale privato, senza tuttavia giungere ad una specifica attribuzione di competenza nella materia del diritto di famiglia. Più precisamente, il Trattato di Nizza approvato dal Consiglio europeo a Nizza l'11 dicembre 2000, firmato il 26 febbraio 2001 ed entrato in vigore l'1° febbraio 2003, ha ampliato l'effettività dell'attribuzione delle competenze della Comunità europea mediante la possibilità del ricorso al procedimento con decisione a maggioranza semplice

Se con il Trattato di Maastricht il settore della cooperazione giudiziaria in materia civile era stato inserito nel terzo pilastro dell'Unione europea, con il Trattato di Amsterdam si realizza un importante passo ulteriore in quanto la predetta materia viene inserita nel primo pilastro, ove viene introdotto *ex novo*, nella parte terza del Trattato, il Titolo IV denominato “*Visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone*”.

La comunitarizzazione avvenuta con Amsterdam non è stata una vera e propria novità, in quanto già nello stesso Trattato di Maastricht vi era una previsione normativa che, per così dire, poteva fungere da anticipatore di quanto sarebbe avvenuto nel 1997.

Secondo il disposto dell'allora art. 100 C (oggi abrogato), infatti, le materie che rientravano nel settore giustizia e affari interni, ad esclusione della cooperazione in materia penale, doganale e di polizia, potevano essere oggetto di comunitarizzazione, tramite spostamento dal terzo al primo pilastro, qualora il Consiglio avesse optato di provvedere in tal senso all'unanimità.

Ciò significa che già con Maastricht si prevedeva la possibilità di inserire almeno la parte della cooperazione giudiziaria in materia civile nel novero delle competenze comunitarie.

ex art. 251 TCE (ora art. 294 TFUE) per le misure di cui all'articolo 65 TCE (art. 81 TFUE, di cui si dirà oltre) con esplicita esclusione, tuttavia, ex articolo 67 TCE (ora abrogato) dei “profili di diritto di famiglia”. Con il successivo Trattato di Lisbona, il cui testo definitivo è stato presentato alla Conferenza dei Governi degli Stati membri il 3 dicembre 2007, la cui versione consolidata è del 15 aprile 2008, ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009, nonostante i profili sostanziali non siano mutati, ha attribuito ancora più importanza al settore della cooperazione giudiziaria in materia civile dedicando a questa materia un singolo capo (Capo 3 del Titolo V), e ciò, unito al fatto di un indebolimento del richiamo al mercato comune interno, denota da un lato la presenza di minori collegamenti della cooperazione giudiziari civile con la funzione di contribuzione al buon funzionamento del mercato interno e dall'altro l'evoluzione della stessa in un'autonoma politica dell'Unione europea nell'alveo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sulle modifiche introdotte in materia dai Trattati di Nizza e di Lisbona si veda: SALERNO F., *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Diritto dell'Unione europea*, Parte Speciale, a cura di Strozzi G., Giappichelli, Torino, 2010, p. 455 ss., nonché CEBEDDU M.G., *La competenza dell'Unione europea nel diritto internazionale privato*, cit., p. 23 ss. nonché ROSSOLILLO G., *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 737 ss, ROSSI L. S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario*, cit., p. 64 ss.

⁴⁵ Per ulteriori approfondimenti sulla “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato si veda tra i tanti autori: TONOLO S., *Le nuove fonti comunitarie del diritto internazionale privato e processuale*, in *Europa e Diritto privato*, p. 1048 ss., ROSSOLILLO G., *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 737 ss., MCGLYNN C., *Families and the European Union*, cit., p. 158 ss., CEBEDDU M. G., *La competenza dell'Unione europea nel diritto internazionale privato*, cit., p. 22 ss., CONTI R., *Il Regolamento CE Bruxelles II*, cit., p. 653, ADAM R., *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. dell'Unione europea*, 1998, p. 481 ss., BASEDOW J., *The comunitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 687, BARIATTI S., *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 ss., BETLEM G., HONDIUS E., *European Private Law after the Treaty of Amsterdam*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2001, p. 3 ss.

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la cooperazione giudiziaria in materia civile è diventata pertanto di competenza diretta della Comunità europea e ciò innanzitutto significa che la stessa può emanare in questa materia i tipici atti previsti dall'articolo art. 249 TCE (ora art. 288 TFUE) ovvero i regolamenti, le direttive e le decisioni.

La base giuridica per l'emanazione dei predetti atti comunitari si rinveniva nell'allora articolo 61 TCE (oggi art. 67 TFUE) ai sensi del quale con l'obiettivo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia il Consiglio poteva adottare *“misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto dall'articolo 65”*⁴⁶.

Le modalità e le condizioni di esercizio di tale nuova competenza comunitaria pertanto venivano indicate nel successivo articolo 65 TCE (oggi art. 81 TFUE) il quale stabiliva che le misure nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile, che presentavano implicazioni transfrontaliere e che erano necessarie al buon funzionamento del mercato interno, dovevano essere in particolare volte a promuovere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni su aspetti civili e commerciali, la compatibilità delle regole sui conflitti di leggi e di giurisdizione, nonché l'eliminazione degli ostacoli al corretto funzionamento dei procedimenti civili⁴⁷.

⁴⁶ Così recitava il testo dell'articolo 61 TCE: *“Allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il Consiglio adotta: a) entro un periodo di cinque anni a decorrere dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, misure volte ad assicurare la libera circolazione delle persone a norma dell'articolo 14, insieme a misure di accompagnamento direttamente collegate in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo e immigrazione, a norma dell'articolo 62, paragrafi 2 e 3 e dell'articolo 63, paragrafo 1, lettera a) e paragrafo 2, lettera a), nonché misure per prevenire e combattere la criminalità a norma dell'articolo 31, lettera e) del trattato sull'Unione europea; b) altre misure nei settori dell'asilo, dell'immigrazione e della salvaguardia dei diritti dei cittadini dei paesi terzi, a norma dell'articolo 63; c) misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto all'articolo 65; d) misure appropriate per incoraggiare e rafforzare la cooperazione amministrativa, come previsto all'articolo 66; e) misure nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale volte ad assicurare alle persone un elevato livello di sicurezza mediante la prevenzione e la lotta contro la criminalità all'interno dell'Unione, in conformità alle disposizioni del trattato sull'Unione europea”*.

⁴⁷ Il testo dell'articolo 65 TCE, oggi sostituito dall'art. 81 TFUE, al paragrafo 1 così stabilisce: *“L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”*. Al paragrafo 2 prevede: *“Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire: - il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziali ed extragiudiziali e la loro esecuzione; - la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali; - la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai*

Il successivo articolo 67 indicava inoltre le condizioni relative alla procedura da seguire per l'emanazione degli atti relativi all'esercizio delle nuove competenze.

Tale articolo stabiliva una disciplina transitoria di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nei quali per l'approvazione degli atti da parte del Consiglio (su proposta della Commissione o su iniziativa degli Stati membri) veniva richiesta l'unanimità, mentre successivamente a questo periodo si prevedeva che il Consiglio potesse intervenire nella materia della cooperazione giudiziaria civile tramite la procedura di codecisione prevista dall'articolo 251 TCE.

Si sottolinea che, tuttavia, il cambiamento di procedura per l'adozione degli atti ai sensi dell'articolo 65 TCE non ha successivamente coinvolto la materia del diritto di famiglia.

Leggendo infatti l'articolo 81 TFUE (che ha sostituito l'articolo 65 TCE, mentre l'articolo 67 è stato abrogato), al terzo paragrafo viene proprio prevista un'esclusione *ratione materiae* per il diritto di famiglia⁴⁸.

In base all'odierno art. 81 TFUE il Consiglio stabilisce le misure relative al diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere deliberando secondo una procedura legislativa speciale, caratterizzata dal voto all'unanimità e dalla previa consultazione del Parlamento.

Viene stabilito inoltre che il Consiglio, su proposta della Commissione, è legittimato ad adottare decisioni concernenti fattispecie di diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali che in futuro potrebbero essere oggetto di norme comunitarie approvate con il procedimento legislativo ordinario.

conflitti di leggi e di giurisdizione; - la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; - un accesso effettivo alla giustizia; - l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri; - lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie; - un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari". Per un'analisi sulle applicazioni ed implicazioni dell'art. 65 TCE, si vedano, tra gli altri, MCGLYNN C., *Families and the European Union*, cit., p. 158 ss., TONOLO S., *Le nuove fonti comunitarie*, cit., p. 1049 ss., BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 302, STAUDINGER A., LEIBLE S., *Article 65 of the EC Treaty in the EC System of Competencies*, in *EuLF*, 2000/01, 4, p. 228 ss., CONTI R., *Il Regolamento CE Bruxelles II*, cit., p. 653, DAVI' A., *Il diritto internazionale privato italiano*, cit. p. 878 ss., BARIATTI S., *La cooperazione giudiziaria in materia civile* cit., p. 261 ss..

⁴⁸ Il terzo paragrafo dell'articolo 81 TFUE, così recita: "*In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. Il 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. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. I parlamenti nazionali sono informati della proposta di cui al secondo comma. Se un parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. In mancanza di opposizione, il Consiglio può adottare la decisione".*

Il ricorso alla procedura ordinaria tuttavia deve essere approvata all'unanimità e sempre previa consultazione del Parlamento.

Ciò che inoltre prevede oggi il nuovo articolo 81 TFUE è che della proposta di decisione che il Consiglio vuole adottare siano informati gli Stati membri, i quali hanno la possibilità di opporsi all'approvazione della stessa, impedendo al Consiglio di procedere con l'emanazione.

Da quanto appena rappresentato emerge che, nonostante la progressiva estensione delle competenze dell'Unione europea nel diritto di famiglia (più correttamente nel diritto internazionale privato in materia di famiglia) viene allo stato attuale comunque preservato il potere degli Stati membri in una materia, come visto, tradizionalmente legata alle peculiari caratteristiche di ciascun ordinamento giuridico.

Questa particolare forma di diritto di veto riconosciuta ai parlamenti nazionali pertanto rappresenta da un lato un limite all'armonizzazione della materia in esame e, dall'altro, una forma di tutela delle identità giuridiche dei singoli Stati dell'Unione europea⁴⁹.

5. Aspetti problematici connessi all'esercizio delle competenze comunitarie sulla base giuridica costituita dall'articolo 65 TCE

Tornando all'applicazione dell'articolo 65 TCE per esercitare i nuovi poteri comunitari riconosciuti dal Trattato di Amsterdam, dalla lettura del disposto normativo in esame si comprende come la competenza comunitaria in questa materia non sia priva di limitazioni, in quanto, affinché la Comunità europea possa adottare atti normativi in tema di cooperazione giudiziaria, occorre che la questione da disciplinare presenti implicazioni transnazionali ed abbia delle ripercussioni positive sul mercato interno.

Come si analizzerà meglio tra poco, l'articolo 65 TCE ha rappresentato la base giuridica di molteplici regolamenti comunitari, e per quel che ci interessa specialmente nel settore del diritto di famiglia.

Tuttavia, il ricorso al citato articolo per l'emanazione dei regolamenti in tema di competenza giurisdizionale e riconoscimento delle decisioni in materia familiare non è avvenuto senza critiche e dubbi di legittimità.

⁴⁹ Sulla procedura speciale si veda in particolare CUBEDDU M.G., *I contributi al diritto europeo della famiglia*, cit., p. 34 ss.

Innanzitutto, si comprende dalla stessa collocazione della norma nell'allora Titolo IV (oggi Titolo V TFUE) intitolato "*Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone*" la natura comunque settoriale attribuita ai possibili interventi comunitari ex art. 65⁵⁰.

Come già affermato in precedenza, l'interesse dell'Unione europea nei confronti della materia del diritto di famiglia, che si è dapprima esplicitato con l'emanazione di risoluzioni, poi con le convenzioni ed infine con i regolamenti, ha sempre trovato una giustificazione sia nel principio dell'integrazione europea⁵¹ sia in quello della libera circolazione delle persone.

Si partiva dalla considerazione, infatti, che le medesime libertà di circolazione intracomunitarie potessero essere correttamente ed efficacemente garantite solo qualora i soggetti che ne beneficiavano fossero in grado di vedersi riconosciuti in tutti gli Stati membri il proprio *status* personale e le proprie condizioni familiari⁵².

In tal modo, un sistema uniforme di norme volto a prevenire conflitti di legge e di giurisdizione tra gli Stati membri, nonché a garantire il mutuo riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale o parentale, rispondeva alla necessità della realizzazione del principio della libera circolazione delle persone.

Ciò che tuttavia richiede l'articolo 65 affinché l'Unione europea possa prendere delle misure in materia di cooperazione giudiziaria, *rectius* in materia di diritto internazionale privato di famiglia, è la presenza di un rapporto funzionale tra la misura da prendersi e il buon funzionamento del mercato interno.

Gli *escamotages* adottati per utilizzare la base giuridica dell'art. 65 anche alle materie connesse al diritto di famiglia sono stati fundamentalmente gli stessi adoperati in precedenza ed appena menzionati, ovvero il ricorso all'integrazione europea e alla libera circolazione delle persone.

Più in particolare, la giustificazione per l'azione comunitaria nel settore del diritto internazionale privato in materia di famiglia viene rinvenuta nell'interpretazione estensiva

⁵⁰ Con il Trattato di Lisbona il Titolo IV diviene Titolo V e viene altresì modificata la denominazione in: "*Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*". Oltre a ciò, come già anticipato, il Trattato separa al Capo 3 la cooperazione giudiziaria in materia civile.

⁵¹ Si veda nella Relazione Borràs al paragrafo 1: "[european] *integration is now no longer purely economic and is coming to have an increasingly profound effect on the life of the European citizen*"

⁵² Sul punto cfr. CUBEDDU M.G., *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in *Introduzione al diritto di famiglia*, cit., p. 11.

della nozione di “mercato interno” contenuta nell'articolo 14 del Trattato CE (oggi art. 26 TFUE).

Alla lettera dell'allora articolo 14 TCE il mercato interno è quello “*spazio senza frontiere interne*”, nel quale, secondo i sostenitori delle competenze comunitarie, a fianco alla libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali occorre ricomprendere anche la libera circolazione delle persone indipendentemente dallo svolgimento da parte di queste di una qualche attività di natura economica⁵³.

E' comunque innegabile che, effettivamente, la pronuncia ed il conseguente riconoscimento di decisioni aventi ad oggetto questioni matrimoniali o di potestà genitoriale con implicazioni transnazionali agevolano la circolazione intracomunitaria dei cittadini dell'Unione europea, e probabilmente si può anche affermare che possa contribuire altresì ad incrementare il funzionamento del mercato interno.

Ulteriori aspetti problematici legati all'attività regolamentare della Comunità europea che ha fatto seguito alle modifiche del Trattato di Amsterdam sono legati al rispetto dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà sanciti dall'allora articolo 5 TCE⁵⁴.

La competenza comunitaria introdotta dall'allora Titolo IV TCE nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, infatti, rientra nel novero delle competenze concorrenti tra la Comunità europea ed i singoli Stati membri.

Ciò significa che la competenza comunitaria può ritenersi giustificata solo ove appaia adeguata e necessaria al risultato da raggiungere e soltanto nella misura in cui gli obiettivi dell'attività prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri.

Specialmente nell'area del diritto internazionale privato di famiglia, in cui appunto la materia familiare è connotata dalle peculiarità nazionali, possono condividersi i dubbi circa il corretto esercizio della competenza comunitaria.

Dubbi che tuttavia non solo non vengono dissipati, ma di cui sembra, leggendo i preamboli dei regolamenti adottati, non essersi preoccupata molto l'allora Comunità europea.

⁵³ In questo senso si veda DAVI A., *Il diritto internazionale privato italiano*, cit. p. 878 ss. Sul ruolo del riferimento al mercato interno cfr. anche STAUDINGER A., LEIBLE S., *Article 65 of the EC Treaty*, cit., p. 228 ss., nonché SALERNO F., *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, cit., p. 468 ss.

⁵⁴ Sulle problematiche connesse al rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà si vedano: TONOLO S., *Le nuove fonti comunitarie*, cit., p. 1049 ss., BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 302, STAUDINGER A., LEIBLE S., *Article 65 of the EC Treaty*, cit., p. 233 ss.

Nel preambolo del regolamento 1347/2000 proprio sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà genitoriale, di cui si dirà tra poco, si legge solamente infatti che “*gli obiettivi del presente regolamento non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati e possono dunque essere realizzati meglio a livello comunitario. Il presente regolamento non va al di là di quanto necessario per il conseguimento di tali obiettivi*”⁵⁵.

6. Conseguenze sul piano giuridico dell'adozione di regolamenti nelle materie del Titolo IV TCE

Va sottolineato inoltre, che detta materia, come visto, era parzialmente già stata disciplinata mediante lo strumento delle convenzioni e che pertanto l'adozione di regolamenti non sarebbe stata poi così necessaria.

Proprio a tal riguardo occorre precisare che la scelta di emanare dei regolamenti, in ossequio ai poteri conferiti dal Trattato, rispetto alle precedenti convenzioni non è priva di conseguenze sul piano giuridico.

A differenza delle convenzioni, come è noto, i regolamenti non necessitano di alcun atto di recepimento da parte degli Stati membri in quanto direttamente applicabili, mentre i testi convenzionali hanno bisogno della relativa ratifica in conformità alle procedure costituzionali proprie di ciascuno Stato⁵⁶, nonché dell'adattamento.

Ulteriormente, una volta emanato un regolamento comunitario, la materia dallo stesso disciplinata entra automaticamente a far parte dell'*acquis communautaire* divenendo pertanto fonte del diritto comunitario.

⁵⁵ Cfr. il punto 4 del regolamento 1347/2000, ma di pari tenore letterale anche il 5° considerando del regolamento 1346/2000, il 4° considerando del regolamento 1348/2000 e del regolamento 44/2001. Sul punto si veda TONOLO S., *Le nuove fonti comunitarie*, cit., p. 1049 ss. Secondo Bonomi si tratta di una mera clausola di stile, la quale non spiega le ragioni sottese alla scelta di passare all'emanazione di regolamenti anziché di convenzioni. BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 302, nota 9.

⁵⁶ Come si vedrà tra poco, non solo la Convenzione dell'Aja del 1998 sulla giurisdizione in materia di separazioni, divorzi e responsabilità dei genitori nella tutela dei figli avuti in comune anziché attenderne la ratifica è stata immediatamente trasposta nel regolamento 1347/2000, ma così è avvenuto pure per la Convenzione del 26 maggio 1997 sulla notificazione degli atti civili (in *GUCE* n. C 261 del 27 agosto 1997, p. 1 ss.) trasposta nel regolamento 1348/2000 e per la Convenzione di Bruxelles del 23 novembre 1995 concernente le procedure di insolvenza trasposta nel regolamento 1346/2000. Sulla comunitarizzazione delle convenzioni internazionali si veda in particolare TONOLO S., *Le nuove fonti comunitarie*, cit., p. 1050 ss.

Oltre a questi due aspetti positivi dell'emanazione dei regolamenti al posto delle convenzioni, tuttavia vi sono altri aspetti che invece connotano negativamente la predetta scelta.

Unitamente al Trattato di Amsterdam, infatti, sono entrati in vigore anche i Protocolli n. 4 e n. 5, adottati alla luce dell'allora articolo 69 del Trattato CE⁵⁷, in base ai quali la Danimarca, il Regno Unito e l'Irlanda hanno posto una riserva in ordine al riconoscimento dell'efficacia degli atti emanati in ossequio all'articolo 61 TCE (cosiddetta *opting out*)⁵⁸.

Ciò significa che qualunque norma legislativa adottata dall'Unione europea sulle materie previste nel Titolo IV del Trattato non è vincolante per i predetti tre Stati.

Occorre tuttavia distinguere la posizione di ciascuno Stato ora citato.

In base all'articolo 3 del Protocollo n. 4, infatti, il Regno Unito e l'Irlanda possono esercitare la cosiddetta *opting in*, secondo la quale i due Stati possono sempre decidere di partecipare all'adozione degli atti emanati ai sensi del combinato disposto degli allora articoli 61 e 65 TCE⁵⁹.

Opzione che è stata sempre sinora esercitata da entrambi i Paesi⁶⁰, anche in relazione ai regolamenti che afferiscono alla materia familiare che qui ci occupa⁶¹.

⁵⁷ L'allora vigente formulazione dell'articolo 69 del Trattato CE prevedeva: “*Il presente titolo si applica nel rispetto delle disposizioni del protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda e del protocollo sulla posizione della Danimarca e fatto salvo il protocollo sull'applicazione di alcuni aspetti dell'art. 14 del Trattato che istituisce la Comunità europea al Regno Unito e all'Irlanda*”.

⁵⁸ Il contenuto di entrambi i Protocolli n. 3 e n. 4 è stato recepito negli attuali Protocolli n. 21 e n. 22 annessi al Trattato di Lisbona, ove viene ribadita la facoltà di *opting out* per il Regno Unito, l'Irlanda e la Danimarca, in relazione alle materie dell'attuale Titolo V TFUE (protocolli pubblicati in *GUUE* C 115 del 9 maggio 2008, p. 295 ss. e p. 299 ss.). Sul punto si veda SALERNO F., *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, cit., p. 459.

⁵⁹ Il Protocollo 4 stabilisce che il Regno Unito e l'Irlanda entro tre mesi dalla comunicazione di una proposta legislativa possono comunicare al Presidente del Consiglio la loro volontà di partecipare all'emanazione della misura in questione, impegnandosi pertanto a riconoscerne gli effetti.

⁶⁰ Vi sono state soltanto poche eccezioni alla predetta partecipazione all'adozione di atti comunitari nella materia del Titolo IV, più precisamente, il Regno Unito ha dichiarato di non voler partecipare ai negoziati e di riservarsi di aderire successivamente agli accordi raggiunti, in relazione alla Proposta di regolamento del Consiglio e del Parlamento europeo sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (COM/2005/650) e alla Proposta di regolamento del Consiglio relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (COM/2005/649 def.). Per quanto concerne l'Irlanda la stessa si è riservata la futura adesione relativamente alla Proposta di regolamento del Consiglio volta a modificare il regolamento 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale in materia matrimoniale e che introduce norme sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione (COM/2006/399).

⁶¹ Va riferito, infatti, che entrambi gli Stati in occasione della riunione degli Affari Interni e della Giustizia del Consiglio tenutasi il 12 marzo 1999 hanno affermato di voler partecipare anch'essi alle future iniziative legislative nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile. Cfr. sul punto STAUDINGER A., LEIBLE S., *Article 65 of the EC Treaty*, cit., p. 226.

Il Protocollo n. 5, relativo alla Danimarca, invece, preclude alla medesima di partecipare all'adozione degli atti comunitari in materia civile, con tuttavia la possibilità, ai sensi dell'articolo 7 del relativo Protocollo, di dichiarare di volere usufruire completamente o parzialmente della riserva prevista dall'articolo 69 del Trattato CE.

Va sottolineato comunque che sinora la Danimarca non ha mai esercitato la predetta facoltà di aderire alle iniziative dell'Unione europea in questo settore.

L'unica possibilità, pertanto, per estendere l'efficacia delle misure adottate in base all'*ex* Titolo IV del TCE anche alla Danimarca rimane necessariamente quella di concludere uno specifico trattato internazionale con la stessa⁶².

Oltre all'appena rappresentata limitazione territoriale riguardo l'efficacia degli atti comunitari adottati facendo uso delle competenze comunitarie riconosciute dal Trattato di Amsterdam, vi è un ulteriore aspetto negativo concernente il ruolo della Corte di giustizia nelle materie indicate nel Titolo IV⁶³.

Alla luce dell'allora articolo 68 TCE (oggi abrogato) infatti, potevano essere sottoposte alla Corte di giustizia *ex* articolo 234 TCE (oggi art. 267 TFUE) le questioni pregiudiziali tanto di interpretazione quanto di invalidità, purché però venissero sollevate da una giurisdizione nazionale di ultima istanza, le cui decisioni non potessero più essere oggetto di ulteriori ricorsi interni⁶⁴.

⁶² Ipotesi che si è realizzata in relazione ai regolamenti 1348/2000 e 44/2001. In questi due casi, la Danimarca e la Comunità europea nel 2005 hanno stipulato degli accordi internazionali per estendere l'efficacia delle norme uniformi contenute nei due regolamenti anche al predetto Paese (*GUUE* L 299 del 16 novembre 2005, p. 61 ss; *GUUE* L 300 del 17 novembre 2005, p. 53 ss.). Tali accordi, entrati in vigore il 1° luglio 2007 (*GUUE* L 94 del 4 aprile 2007), sono stati conclusi ai sensi dell'allora articolo 300 TCE (oggi art. 218 TFUE) e prevedono entrambi (all'articolo 3 di ciascuno) la possibilità per la Danimarca di notificare alla Commissione la propria disponibilità ad effettuare delle modifiche o delle sostituzioni ai regolamenti indicati. Un esempio è stata la sostituzione del regolamento 1348/2000 con il successivo 1373/2007 (*GUUE* L 331 del 10 dicembre 2008, p. 21). Per approfondimenti sull'argomento si veda SALERNO F., *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, cit., p. 456 ss. ed in particolare p. 458, STAUDINGER A., LEIBLE S., *Article 65 of the EC Treaty*, cit., p. 226, nonché BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 303.

⁶³ Sul ruolo della Corte di giustizia nell'ambito dei provvedimenti adottati in relazione al Titolo IV del TCE si veda BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 303 ss., STAUDINGER A., LEIBLE S., *Article 65 of the EC Treaty*, cit., p. 226 ss,

⁶⁴ L'articolo 68 TCE al paragrafo 1 recitava: "L'articolo 234 [TCE] si applica al presente titolo nelle seguenti circostanze e alle seguenti condizioni: quando è sollevata, in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, una questione concernente l'interpretazione del presente titolo oppure la validità o l'interpretazione degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo, tale giurisdizione, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su tale punto, domanda alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla questione". Per ulteriori dettagli cfr. ROSSI L.S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario*, cit, p. 70 ss.

Ciò significa, per quel che riguarda l'Italia, che solamente la Corte di Cassazione era legittimata a sollevare una questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia.

Per parzialmente mitigare la rigidità della norma ora citata⁶⁵, il Trattato prevedeva la possibilità di avanzare alla Corte di giustizia una specie di “ricorso nell'interesse della legge”⁶⁶ da parte del Consiglio, della Commissione e dei singoli Stati membri al fine di ottenere una pronuncia interpretativa, che tuttavia non aveva efficacia nei confronti delle decisioni nazionali già passate in giudicato⁶⁷.

La situazione ora descritta ha costituito per molto tempo, come si dirà ora, un grande limite non solo nei confronti dei giudici di merito i quali non potevano contare direttamente sul ruolo della Corte di giustizia, dovendo attendere i tempi lunghi connessi alla proposizione del rinvio da parte delle corti di ultimo grado, ma ha anche probabilmente rappresentato un ostacolo alla rapida evoluzione della materia relativa allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia mediante l'attività nomofilattica dei giudici comunitari⁶⁸.

Tale indicata deroga alla regola generale prevista per i rinvii pregiudiziali dall'allora articolo 234 TCE, tuttavia, sarebbe dovuta durare solo per un periodo transitorio di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam *ex* articolo 67 TCE, al termine dei quali il Consiglio all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, avrebbe

⁶⁵ Secondo alcuni autori la ragione sottesa alla rigidità della norma può essere ricondotta al timore di un eccessivo ricorso alla Corte di giustizia da parte dei giudici nazionali specialmente in tema di asilo. Per approfondimenti sul punto nonché sul tema dell'obbligo o della facoltà per le giurisdizioni di ultima istanza di ricorrere alla Corte si veda STAUDINGER A., LEIBLE S., *Article 65 of the EC Treaty*, cit., p. 226 e 227.

⁶⁶ Il terzo paragrafo dell'articolo 68 TCE così disponeva: “*Il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro possono chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del presente titolo o degli atti delle istituzioni della Comunità fondato sul presente titolo. La decisione pronunciata dalla Corte di Giustizia in risposta a siffatta richiesta non si applica alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato*”.

⁶⁷ Merita un riferimento il fatto che tale norma costituisce un passo indietro rispetto alla competenza interpretativa della Corte di giustizia nell'ambito delle convenzioni internazionali. L'articolo 2 del Protocollo di Lussemburgo del 3 giugno 1971, riguardante l'interpretazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, stabiliva infatti la possibilità di proporre questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia anche da parte delle giurisdizioni di appello. Con la trasposizione della Convenzione di Bruxelles nel regolamento 44/2001 pertanto si è verificata una sensibile limitazione anche nell'interpretazione del sistema “Bruxelles I”. Cfr. TONOLO S., *Le nuove fonti comunitarie*, cit., p. 1051 ss. anche sui problemi di coordinamento tra Convenzione di Bruxelles I, regolamento 44/2001 e legge 218/95.

⁶⁸ Tra gli inconvenienti connessi alla limitazione relativa alla competenza dei giudici comunitari in detta materia, si accenna soltanto all'ipotesi in cui il giudice di merito avesse pronunciato una decisione applicando in maniera non corretta una disposizione comunitaria. Orbene, qualora tale pronuncia fosse passata in giudicato non sarebbe stato possibile riesaminarla, dovendo prevalere il principio della *res iudicata* rispetto a quello della corretta applicazione del diritto comunitario. In questo senso di veda la sentenza della Corte di Giustizia in causa C-234/04, *Kapferer*, del 16 marzo 2006, in *Racc.*, p. I-2585.

dovuto procedere all'adattamento delle disposizioni relative alle competenze della Corte di giustizia in materia⁶⁹.

Tuttavia, al termine del quinquennio derogatorio nessuna misura veniva presa dal Consiglio per estendere il regime di competenza della Corte di giustizia anche al settore della cooperazione in materia civile.

Nel 2006 pertanto, la Commissione, per porre fine all'inerzia legislativa del Consiglio, presentava una proposta volta, tramite l'abrogazione dell'articolo 68 TCE⁷⁰, all'estensione della competenza della Corte di giustizia alle materie del Titolo IV e, onde evitare di subissare quest'ultima con un ingente numero di nuovi rinvii, alla previsione di una procedura più celere di rinvio per questa materia⁷¹.

Si è tuttavia dovuto attendere sino al Trattato di Lisbona per ottenere l'eliminazione della norma in questione ed una disciplina più organica relativamente alla competenza delle Corte di giustizia nelle materie concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea infatti viene estesa la possibilità di proporre un rinvio pregiudiziale anche ai giudici non di ultima istanza, nonché viene prevista una nuova procedura semplificata d'urgenza, dedicata ai rinvii operati dai giudici nazionali nelle materie del Titolo V, inserita all'articolo 104 *ter* del regolamento di procedura della Corte di giustizia, ed in vigore a partire dal 1° marzo 2008.

La suddetta procedura più celere, tuttavia, non è di applicazione automatica, in quanto spetta comunque all'apprezzamento della Corte la decisione circa la necessità dell'applicazione o meno della procedura semplificata⁷². Questa comunque rappresenta un

⁶⁹ La previsione dell'articolo 67, tuttavia, non chiariva se in capo al Consiglio sussistesse un obbligo di procedere alla modifica del regime speciale previsto o se fosse sufficiente l'apertura della procedura decisionale volta ad operare tale modifica.

⁷⁰ Comunicazione della Commissione del 28 giugno 2006 al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle Regioni nonché alla Corte di giustizia delle Comunità europee, COM/2006/346 def.

⁷¹ A seguito della menzionata proposta sono stati molteplici gli incontri del gruppo tecnico del Consiglio che si occupava della questione sulla Corte di Giustizia al fine di individuare la soluzione migliore.

⁷² La trattazione del caso secondo la procedura d'urgenza può essere proposta e motivata dallo stesso giudice remittente oppure può essere decisa direttamente dal Presidente della Corte, previo parere dell'avvocato generale in entrambi i casi. La procedura è assai semplificata, in quanto è previsto che le parti, lo Stato membro del giudice *a quo* e le Istituzioni possono presentare memorie ed osservazioni scritte entro il termine indicato nell'ordinanza con cui è decisa l'applicazione del rito celere, l'udienza è sempre fissata in tempi brevi e le osservazioni dell'avvocato generale sono presentate oralmente.

Ulteriore elemento degno di nota è la previsione in base alla quale il giudice *a quo*, oltre a formulare i quesiti in maniera chiare ed esaustiva, è altresì chiamato ad indicare una possibile soluzione del caso, naturalmente

ottimo strumento per consentire che talune materie delicate, quali quelle connesse al diritto di famiglia, godano di un canale privilegiato e più rapido.

7. Dalla competenza legislativa alla “competenza politica”: il ruolo del Consiglio europeo

Tornando ora all'evoluzione dell'interesse dell'Unione europea nell'ambito del diritto internazionale privato in materia di famiglia, occorre precisare che parallelamente alle innovazioni da un punto di vista legislativo avvenute con il Trattato di Amsterdam, un nuovo interesse nei confronti delle relazioni familiari e genitoriali stava crescendo in seno alle istituzioni europee.

L'allora articolo 65 lettera b) TCE, infatti, invitava a promuovere l'adozione di strumenti diretti a rendere compatibili tra gli Stati membri le regole applicabili ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale.

Il Consiglio adottava un piano d'azione rivolto all'attuazione più corretta delle disposizioni del Trattato di Amsterdam riguardanti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia mediante degli obiettivi da raggiungere nel quinquennio successivo, sottoposto al Consiglio europeo di Vienna già nel dicembre del 1998.

Successivamente, nel Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 veniva stabilita tra le principali priorità da raggiungere la realizzazione dello “spazio giudiziario europeo”, all'interno del quale i cittadini europei potevano godere della piena libertà basata sul riconoscimento dei diritti umani, sulla presenza di istituzioni democratiche e poste al servizio del cittadino, nonché sulla centralità della legge⁷³.

Più precisamente nelle conclusioni della Presidenza del Consiglio veniva affermato che il raggiungimento della libertà richiedeva “*a genuine area of justice, where people can approach courts and authorities in any Member State as easily as in their own*”, dove “*individuals and businesses should not be prevented or discouraged from exercising their rights by the incompatibility or complexity of legal and administrative systems in the Member States*”, e per ottenere ciò occorreva “*a better compatibility and convergence*

non vincolante, ma che comunque denota l'intento di una certa collaborazione tra giudici nazionali e comunitari.

⁷³ Per alcune osservazioni sul Consiglio di Tampere si veda CASSANO G., *Potestà dei genitori: proposta CE sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, in *Fam. dir.*, 2002, 1, p. 107 ss., MCGLYNN C., *Families and the European Union*, cit., p. 158 ss.

*between the legal systems of Member States*⁷⁴ attraverso anche *“special common procedural rules for simplified and accelerated cross-border litigation”*⁷⁵.

Nel concreto tali statuizioni del Consiglio significavano la necessità, in particolare, di provvedere all'armonizzazione delle norme nel campo del diritto penale, nonché di sviluppare regole uniformi in tema di asilo e di immigrazione.

Ma, oltre a questi aspetti, come era lo stesso Consiglio ad affermare, occorreva vieppiù prendere dei provvedimenti in materia di *“family litigation”* e *“maintenance claims and visiting rights”* garantendo che le pronunce giurisdizionali in questi ambiti venissero automaticamente riconosciute tra gli Stati membri⁷⁶.

Particolare rilevanza, nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile, veniva inoltre riconosciuta dal Consiglio al diritto di visita, in ragione della necessità della creazione di un sistema giuridico a livello europeo capace di permettere ai figli di genitori abitanti in Paesi membri differenti di avere delle stabili relazioni con entrambi.

L'importanza delle affermazioni in sede di Consiglio di Tampere, oltre a costituire una dichiarazione di principio e di intenti da parte del Consiglio dei futuri sviluppi della politica e delle attività delle istituzioni comunitarie, va inoltre ravvisata nella precisa indicazione alla Commissione di procedere concretamente all'elaborazione di una proposta *“al fine di ridurre ulteriormente le procedure intermedie tuttora necessarie per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni o sentenze nello Stato richiesto”*⁷⁷ e ciò con particolare riferimento alle controversie di natura familiare e commerciale.

Di lì a poco infatti, verrà alla luce il primo regolamento comunitario volto a disciplinare i conflitti di giurisdizione in materia familiare e genitoriale.

⁷⁴ Cfr. le Conclusioni della Presidenza del Consiglio, al Consiglio europeo di Tampere, 16 ottobre 1999, al paragrafo 5.

⁷⁵ Cfr. le Conclusioni della Presidenza del Consiglio al paragrafo 30.

⁷⁶ Cfr. le Conclusioni della Presidenza del Consiglio, sempre al paragrafo 30.

⁷⁷ Cfr. il paragrafo 34 delle Conclusioni della Presidenza del Consiglio, ove altresì si legge che: *“inizialmente, tali procedure intermedie dovrebbero essere abolite per i titoli relativi alle cause di modesta entità in materia commerciale o relative ai consumatori e per determinate sentenze nel settore delle controversie familiari (per esempio quelle relative alle prestazioni alimentari e ai diritti di visita). Dette decisioni sarebbero automaticamente riconosciute in tutta l'Unione senza che siano necessarie procedure intermedie o che sussistano motivi per rifiutarne l'esecuzione”*.

8. Il primo strumento legislativo comunitario in materia di diritto di famiglia: il Regolamento 1347/2000

In ossequio alle neo competenze acquisite con il Trattato di Amsterdam nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, nonché alla luce delle indicazioni di politica comunitaria rivolte alla realizzazione dello spazio giudiziario europeo, l'Unione europea non ha tardato ad intervenire nel settore disciplinato dal Titolo IV del Trattato CE.

Molteplici sono stati infatti i regolamenti emanati a partire dall'anno 2000, utilizzando la base giuridica fornita dal combinato disposto degli allora articoli 61 e 65 TCE⁷⁸, tra cui, nella materia qui in esame il regolamento 1347/2000⁷⁹.

⁷⁸ Tra i regolamenti approvati facendo perno sulle previsioni dell'articolo 65 TCE si ricordano: il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza (in *GUCE* L 160 del 30 giugno 2000, p. 1 ss.), il 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 ha abrogato il precedente regolamento (CE) n. 1348/2000 (in *GUUE* L 234 del 10 dicembre 2007), il 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 gennaio 2001, p. 1 ss.), il regolamento (CE) 1206/2001 del Consiglio del 28 maggio 2001 relativo alla cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale (in *GUUE* L 174 del 27 giugno 2001, p. 1 ss.), il 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 *GUUE* L 143 del 30 aprile 2004, p. 15 ss.), il regolamento (CE) n. 1696/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 sul procedimento europeo di ingiunzione al pagamento (in *GUUE* L 399 del 30 dicembre 2006, p. 1 ss.), il regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che disciplina il procedimento europeo per le controversie di modesta entità (in *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007, p. 1 ss.), il regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali "Roma II" (in *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss.), il regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali "Roma I" (in *GUUE* L 177 del 4 luglio 2008, p. 6 ss. e *GUUE* L 10 del 15 gennaio 2009, p. 22), il regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio dell'18 dicembre 2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (in *GUUE* L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss. e *GUUE* L 149 del 12 giugno 2009, p. 73) ed infine il regolamento (CE) n. 664/2009 del Consiglio del 7 luglio 2009 che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi tra Stati membri e Paesi terzi riguardanti la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari, nonché la legge applicabile alle obbligazioni alimentari (in *GUUE* L 200 del 31 luglio 2009, p. 46 ss.). Per approfondimenti su quest'ultimo recente regolamento si veda: MARINO S., *L'esercizio delle competenze esterne comunitari e la cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Dir. Comm. Scambi Int.*, 2010, 2, p. 319 ss.

⁷⁹ Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà genitoriale sui figli di entrambi i coniugi. Tale regolamento, nel suo allegato I è stato successivamente modificato prima dal regolamento della Commissione n. 1185/2002 del 1° luglio 2002 (pubblicato in *GUCE* n. 173 del 3 luglio 2002, p. 3 ss.) e poi, a seguito dell'adesione all'Unione europea dei nuovi Stati membri, dal regolamento della Commissione n. 1804/2004 del 14 ottobre 2004 (pubblicato in *GUUE* n. L 318 del 19 ottobre 2004, p. 28 ss.). Il regolamento 1347/2000 verrà poi sostituito dal regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo, come si vedrà approfonditamente più avanti, alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. Pubblicato in *GUCE*

Come accennato in precedenza, la materia del diritto internazionale privato di famiglia aveva incontrato concretamente l'attenzione dell'Unione europea già nel 1998, con la Convenzione di Bruxelles II, attraverso la quale, grazie all'inserimento con il Trattato di Maastricht, come visto, del settore della cooperazione giudiziaria civile nel terzo pilastro dell'Unione europea, il Consiglio aveva indicato delle norme sulla competenza giurisdizionale, sul riconoscimento e sull'esecuzione dei provvedimenti in materia matrimoniale e di potestà genitoriale.

Tuttavia, tale strumento convenzionale non ha dovuto attendere nemmeno la fase della ratifica da parte degli Stati membri, in quanto, a seguito dell'acquisto da parte della Comunità europea della competenza in materia di cooperazione giudiziaria civile tramite la cosiddetta comunitarizzazione, l'Unione europea ha optato per l'emanazione di un regolamento che recepiva il contenuto della convenzione del 1998.

Su queste basi, pertanto, veniva emanato il regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio 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, entrato in vigore il 1° marzo del 2001, comunemente detto Bruxelles II in ragione della sua derivazione dalla Convenzione di Bruxelles II del 1998⁸⁰.

Le regole sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione, indicate nei sei capi di cui è composto, erano applicabili unicamente, come precisato nell'articolo 1, ai procedimenti

L 160 del 30 giugno 2000, p. 19 ss. Per un'analisi su regolamento in esame si vedano, tra i tanti, CONTI R., *Il Regolamento CE Bruxelles II*, cit., p. 653 ss., BIAGIONI G., *Il nuovo regolamento*, cit., p. 991 ss., BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 298 ss., FIGONE A., *Brevi note sul regolamento del Consiglio CE n. 1347/2000*, cit., p. 102, BISOGNI G., *Il diritto comunitario e la costruzione di un diritto di famiglia europeo*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di M. C. Andrini, Cedam, Padova, 2007, p. 17 ss., MOSCONI F., *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 19 maggio 2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 376 ss., ID., *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 545 ss., BARATTA R., *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 455 ss., URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva "europea"*, cit., p. 546 ss., DAVI' A., *Il diritto internazionale privato italiano*, cit. p. 878 ss., MCGLYNN C., *Families and the European Union*, cit., p. 160 ss., HAUSMANN R., *New International Procedure Law in Matrimonial Matters in The European Union*, in *EuLF*, 2000/01, 4-5, p. 271 ss e p. 345 ss.

⁸⁰ Il regolamento 1347/2000 al considerando 6 richiama esplicitamente il contenuto della Convenzione di Bruxelles II evidenziando il desiderio di salvaguardare i risultati raggiunti con i negoziati relativi alla Convenzione, ma altresì precisando che *"il regolamento contiene anche una serie di disposizioni nuove [...] idonee ad assicurare la coerenza con alcune disposizioni del regolamento [44/2001]"*. La trasposizione della Convenzione di Bruxelles II in un regolamento avviene temporalmente prima, infatti, di quella del 1968 nel regolamento 44/2001, tuttavia, come dimostra il riferimento ora citato i lavori per l'emanazione del regolamento in materia civile e commerciale erano già in fase avanzata. Cfr. sull'argomento MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 100 ss.

civili⁸¹ di divorzio, di separazione personale e di annullamento del matrimonio⁸², nonché ai procedimenti civili relativi alla potestà dei genitori⁸³ in presenza tuttavia di due condizioni: che gli stessi fossero instaurati “in occasione” di uno dei procedimenti civili di cessazione del vincolo coniugale e che concernessero i figli di entrambi i coniugi⁸⁴.

Sia nelle ipotesi di cause matrimoniali sia in quelle di procedimenti relativi alla potestà genitoriale, le decisioni pronunciate in uno Stato membro e da riconoscere o eseguire in un altro potevano essere emesse da un organo giudiziario tanto da un'autorità amministrativa⁸⁵.

Ulteriormente, nell'ambito delle cause matrimoniali, va precisato che il regolamento si applicava solamente alle decisioni concernenti i profili dello scioglimento del vincolo di coniugio.

In altri termini, la norma comunitaria non riguardava gli eventuali aspetti accessori connessi al procedimento civile, per esempio relativi alla colpa dei coniugi⁸⁶, agli effetti sul nome, all'attribuzione di assegni di mantenimento o relativi ad altri elementi di natura patrimoniale⁸⁷, così come quelli legati ai diritti successori.

⁸¹ Sono pertanto automaticamente esclusi dall'ambito di operatività del regolamento i procedimenti dinanzi alle autorità religiose. Sul punto v. CONTI R., *Il Regolamento CE Bruxelles II*, cit., p. 655, nota 17.

⁸² Nell'ipotesi dell'annullamento del matrimonio possono essere ricondotte anche le fattispecie di nullità e di simulazione dello stesso. Mentre da escludersi è l'applicazione ai casi di modifica delle condizioni stabilite in sede di separazione o di divorzio. Sull'argomento cfr. sempre CONTI R., *Il Regolamento CE Bruxelles II*, cit., p. 655, nota 18, nonché FIGONE A., *Brevi note sul regolamento del Consiglio CE n. 1347/2000*, cit., p. 102.

⁸³ La Convenzione di Bruxelles II, diversamente dal regolamento ora in esame, faceva riferimento anziché alla “potestà” dei genitori alla “responsabilità” genitoriale. Terminologia che, come si vedrà più oltre, verrà correttamente ripresa dal regolamento 2201/2003. Manca tuttavia nel regolamento una definizione di potestà genitoriale, e ciò ha generato dei dubbi circa l'oggetto delle decisioni di cui al regolamento in esame. Più precisamente, ciò che non appariva chiaro era se le decisioni dovessero concernere unicamente l'affidamento dei figli, o anche la decadenza dalla potestà sugli stessi. Sul punto v. CONTI R., *Il Regolamento CE Bruxelles II*, cit., p. 656.

⁸⁴ Nella definizione “figli di entrambi i coniugi” sono ricompresi i figli biologici, adottati o comunque riconosciuti da entrambi i genitori. Restano pertanto volutamente esclusi dalla disciplina del regolamento i figli avuti soltanto da uno dei due coniugi.

⁸⁵ In Finlandia, per esempio, le decisioni pronunciate al termine dei procedimenti in materia di affidamento dei figli hanno natura amministrativa. Va poi precisato che il termine “decisione” ha un'accezione molto ampia giacché, ai sensi dell'articolo 13 del regolamento, sono considerate decisioni sia gli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro d'origine, sia gli accordi dotati di esecutività e conclusi dinanzi al giudice durante il procedimento (si pensi, nel nostro ordinamento, alle condizioni di separazione consensuale omologate dal giudice). Per approfondimenti cfr. BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 304-305.

⁸⁶ Nel nostro ordinamento corrisponde all'addebito in capo ad un coniuge della separazione.

⁸⁷ Come già visto in precedenza, la materia delle obbligazioni alimentari era già disciplinata nella Convenzione di Bruxelles del 1968, nonché nel regolamento 44/2001. Più recentemente (vedi *supra*) la

L'unica eccezione prevista era, pertanto, quella rappresentata dalle conseguenze accessorie in tema di potestà genitoriale direttamente discendenti dai procedimenti di divorzio, separazione o annullamento del matrimonio.

Questo regolamento, così come si era già detto in relazione alla convenzione dalla quale trae origine, si caratterizzava innanzitutto per il suo carattere "doppio", nel senso di stabilire un sistema normativo basato sul riconoscimento automatico e l'esecuzione facilitata delle decisioni nelle materie contemplate non prima di aver indicato delle regole uniformi attributive della competenza giurisdizionale.

Da ciò ne discende che ai sensi del regolamento era pressoché preclusa la possibilità in capo al giudice chiamato a riconoscere o ad eseguire una decisione straniera di riesaminare la competenza dell'autorità giurisdizionale che aveva pronunciato il provvedimento in un altro Stato membro⁸⁸.

L'unica eccezione alla regola ora menzionata riguardava il caso in cui il giudice *a quo* avesse stabilito la propria competenza alla luce delle norme giurisdizionali interne ed in presenza di un accordo con uno Stato terzo⁸⁹.

Per quanto concerne pertanto l'attribuzione della competenza, il regolamento prevedeva la compresenza di più fori alternativi⁹⁰ ma non derogabili⁹¹ (in totale sette), basati su due

materia è stata oggetto di un nuovo intervento comunitario, infatti nel regolamento 4/2009 possiamo trovare sia le norme sul conflitto di leggi che di giurisdizione in materia di obbligazioni alimentari.

⁸⁸ Cfr. l'articolo 17 del regolamento 1347/2000.

⁸⁹ Così era previsto dall'articolo 16 del regolamento 1347/2000. Analoghe previsioni erano indicate nella Convenzione di Bruxelles del 1968 (art. 59) e lo sono tuttora nel regolamento 44/2001 (artt. 35 e 72), secondo le quali il giudice chiamato al riconoscimento o all'esecuzione poteva riesaminare la competenza del giudice *a quo* qualora la decisione in oggetto era stata pronunciata nei confronti di un convenuto avente domicilio in uno Stato terzo violando gli accordi conclusi con tale Stato. Sul punto si veda BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 311, nota 19.

⁹⁰ A differenza del sistema Bruxelles I ove invece è indicato un foro generale, quello del domicilio del convenuto, derogabile in talune specifiche ipotesi.

⁹¹ A differenza infatti del sistema Bruxelles I, non è possibile la proroga convenzionale espressa della competenza, né l'accettazione tacita della giurisdizione, e ciò fa sì che i fori abbiano pertanto un carattere imperativo.

principali criteri di collegamento: la residenza abituale e la cittadinanza dei coniugi⁹² o, in talune circostanze, di solo uno di essi⁹³.

Sempre in tema di competenza, era inoltre previsto che il giudice competente sulla domanda di separazione o di divorzio lo fosse altresì per quelle relative alla potestà genitoriale (se la prole risiedeva in tale Stato⁹⁴), che il giudice competente a conoscere la causa principale fosse parimenti capace di conoscere eventuali domande accessorie⁹⁵, e che l'organo giurisdizionale competente per la causa di separazione lo fosse altrettanto nell'ipotesi di conversione della stessa in divorzio⁹⁶.

Il regolamento infine stabiliva che qualora nessun giudice di uno Stato membro fosse ritenuto competente sulla base dei criteri stabiliti dal regolamento, la competenza giurisdizionale fosse attribuita alla luce delle norme interne di ciascun Paese⁹⁷.

Per quanto riguarda l'efficacia temporale del regolamento lo stesso prevedeva che le proprie disposizioni si applicassero ai procedimenti instaurati successivamente alla sua entrata in vigore, ovvero dopo il 1° marzo 2001⁹⁸.

Ciò significa che, per quanto attiene alle norme sulla competenza e sulla litispendenza, i procedimenti allora pendenti al momento dell'entrata in vigore dell'atto comunitario sarebbero rimasti disciplinati dalle norme interne di ciascun ordinamento⁹⁹.

⁹² Per il Regno Unito e l'Irlanda il riferimento alla cittadinanza è sostituito da quello al domicilio "*domicile*". Si noti bene, che la cittadinanza, all'interno del regolamento, costituisce un criterio di collegamento autonomo solo qualora sia la medesima per entrambi i coniugi. Per un commento sull'argomento si veda BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 317-318.

⁹³ Erano infatti previste tre ipotesi nelle quali veniva consentita l'instaurazione del procedimento nello Stato di residenza abituale del coniuge attore (*forum actoris*): quando il coniuge attore continua a risiedere nel Paese ove era stabilita l'ultima residenza dei coniugi, quando i coniugi non hanno mai risieduto abitualmente nello stesso Stato e quando il coniuge attore intende radicare la causa nello Stato in cui si è trasferito dopo aver cessato la residenza abituale con l'altro coniuge (negli ultimi due casi affinché prevalga il *forum actoris* è necessario che l'attore risieda nello Stato da almeno un anno, ridotti a sei mesi se di quello Stato è altresì cittadino). Cfr. l'articolo 2 del regolamento.

⁹⁴ Se invece la prole risiedeva in uno Stato diverso, il giudice competente per la causa matrimoniale poteva acquisire la competenza anche sulla potestà genitoriale se: - la prole risiedeva abitualmente comunque in uno Stato membro, - almeno uno dei coniugi avesse la potestà sui figli, - vi fosse l'assenso dell'altro coniuge alla competenza, - tale attribuzione di competenza fosse rispettosa del superiore interesse del minore. Cfr. articolo 3 del regolamento, nonché sul punto FIGONE A., *Brevi note sul regolamento del Consiglio CE n. 1347/2000*, cit., p. 103.

⁹⁵ Naturalmente purché attinenti alla materia disciplinata dal regolamento.

⁹⁶ Ipotesi non prevista all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

⁹⁷ Per quanto concerne l'Italia, alla luce dell'articolo 32 della legge 218/1995.

⁹⁸ Così prevedeva l'articolo 42 del regolamento.

⁹⁹ Nel caso dell'Italia dalle norme indicate nella legge 218/1995.

Relativamente al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni, *nulla quaestio* per quelle emesse in seguito all'efficacia del regolamento al termine di procedimenti iniziati dopo il 1° marzo 2001, tuttavia, la norma comunitaria prevedeva la sua applicazione anche nell'ipotesi di decisioni successive ma relative a procedimenti sorti anteriormente¹⁰⁰, qualora la competenza del giudice *a quo* fosse fondata su regole analoghe a quelle indicate nel regolamento o conformi a convenzioni internazionali vigenti (al momento in cui è insorta la causa) tra lo Stato membro d'origine e quello richiesto¹⁰¹.

Il regolamento, come deducibile dalla sua denominazione, si occupava soltanto degli aspetti relativi alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà genitoriale, nulla dicendo in merito al diritto applicabile. Da ciò discendeva, che l'autorità giurisdizionale che veniva ritenuta competente alla stregua dei criteri di giurisdizione indicati nel regolamento avrebbe applicato le norme sui conflitti di legge previste all'interno del proprio ordinamento¹⁰².

Questa mancanza di disciplina ha fatto sì che si realizzasse il cosiddetto *forum shopping*, ovvero la corsa dei coniugi verso quella, tra le possibili giurisdizioni competenti, con un diritto sostanziale più favorevole allo scioglimento del rapporto coniugale¹⁰³.

Anche in considerazione del fatto che, la differenza di disciplina relativa alle cause o alle condizioni del divorzio, della separazione o dell'annullamento del matrimonio non poteva essere adottata dallo Stato richiesto quale giustificazione per impedire il riconoscimento o l'esecuzione della decisione pronunciata nello Stato membro d'origine¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Per quanto concerne invece le decisioni costituite da atti pubblici o accordi raggiunti in corso di causa davanti al giudice, il regolamento si applica solo qualora siano stati emessi o conclusi successivamente all'entrata in vigore dello stesso.

¹⁰¹ Cfr. sempre l'articolo 42 del regolamento, nonché *supra* ove si tratta dell'eccezione alla regola del divieto di riesame della competenza del giudice *a quo*.

¹⁰² Per quanto concerne il nostro ordinamento, rimaneva pertanto applicabile la legge 218/1995 per tutto quanto riguarda le disposizioni sulla separazione personale e lo scioglimento del matrimonio (art. 31), l'annullamento e la nullità del matrimonio (artt. 27,28), i rapporti tra genitori e figli (art. 36) e per le misure di protezione dei figli (art. 42).

¹⁰³ La causa di questo fenomeno è rinvenibile, come più volte detto, nella diversità di disciplina che incontra la materia del diritto di famiglia negli ordinamenti giuridici dei diversi Stati membri. A mero titolo di esempio, si pensi all'Inghilterra ove la separazione non è un presupposto per il successivo divorzio, o alla Svezia la quale non conosce l'istituto della separazione e dell'annullamento del matrimonio. Si veda sul punto BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 310.

¹⁰⁴ Così era indicato nell'articolo 18 del regolamento 1347/2000.

La regola generale in tema di riconoscimento infatti prevedeva il riconoscimento automatico tra gli Stati membri delle decisioni definitive e positive¹⁰⁵ emesse, ai sensi del regolamento, in materia matrimoniale o di potestà genitoriale¹⁰⁶.

Le uniche possibilità, contemplate nell'atto comunitario, per negare il riconoscimento di un provvedimento emesso da uno Stato membro, infatti, consistevano nella sua manifesta contrarietà alle norme sull'ordine pubblico vigenti nello Stato richiesto¹⁰⁷, nella contrarietà ad una precedente decisione emessa tra le parti in causa nello Stato richiesto, in un altro Stato membro o in un Paese terzo, nonché nel caso di contumacia del convenuto¹⁰⁸.

I motivi di diniego del riconoscimento delle decisioni in materia di potestà genitoriale, prevedevano, anche in questo caso, l'ipotesi della contumacia del figlio, come anche il mancato ascolto del figlio o del genitore, qualora in quest'ultimo caso la pronuncia fosse ritenuta lesiva della propria potestà genitoriale, la contrarietà all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse della prole¹⁰⁹ ed infine la contrarietà della decisione ad un provvedimento successivo sulla potestà dei genitori emessa in un altro Stato membro o nel Paese di residenza del figlio, il quale soddisfacesse le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto.

Ulteriore elemento degno di nota del regolamento 1347/2000 riguardava l'introduzione della disciplina in materia di litispendenza e connessione¹¹⁰.

¹⁰⁵ Nel senso che, la disciplina del regolamento concerneva le sole pronunce di accoglimento del divorzio, della separazione o dell'annullamento del matrimonio, nonché di quelle relative alla potestà dei genitori. Ciò significa che le decisioni di rigetto non godevano del mutuo riconoscimento, ed è proprio per tale ragione che, come si vedrà meglio oltre, si parla generalmente di un *favor divortii*.

¹⁰⁶ Più precisamente la regola era la non necessità di alcuna procedura per l'annotazione della decisione definitiva nei registri di stato civile. Tuttavia, veniva prevista l'ipotesi di un'apposita procedura (nella terza sezione del capo) nel caso venisse contestato il riconoscimento della decisione oppure si volesse ottenere il riconoscimento a seguito di contestazione. Le medesime previsioni sono tutt'oggi rinvenibili nell'articolo 65 della legge 218/1965. Sul punto si veda in particolare FIGONE A., *Brevi note sul regolamento del Consiglio CE n. 1347/2000*, cit., p. 104.

¹⁰⁷ Tale motivo di diniego del riconoscimento ricalca l'analoga previsione contenuta nella Convenzione di Bruxelles I.

¹⁰⁸ Nel solo caso in cui questi non abbia ricevuto al notificazione o comunicazione dell'atto introduttivo del giudizio in tempo per potersi costituire, salvo ricorra l'ipotesi dell'accettazione inequivocabile della decisione da parte dello stesso. Sulle problematiche conseguenti ad una decisione pronunciata in contumacia e sulla necessità di una regolare notifica della decisione che accorda l'esecuzione si veda la sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2006, causa C-3/05, *Verdolina*, in *Racc.*, p. I-1579.

¹⁰⁹ Sui motivi ostativi al riconoscimento cfr. l'articolo 15 del regolamento.

¹¹⁰ Per un'analisi sugli aspetti della litispendenza internazionale e della connessione si veda in particolare CONTI R., *Il Regolamento CE Bruxelles II*, cit., p. 659 ss, nonché BONOMI A., *Il regolamento comunitario*, cit., p. 334 ss.

La normativa comunitaria in esame, peraltro, si preoccupava di stabilire sia le definizioni di entrambe le fattispecie, sia i criteri per la determinazione della pendenza della lite.

La litispendenza si realizzava, infatti, quando dinanzi ad autorità giurisdizionali di diversi Stati membri venivano proposte domande aventi il medesimo titolo ed oggetto, nonché riguardavano le stesse parti.

Per connessione, invece, ci si riferiva all'ipotesi in cui in presenza delle stesse parti pendevano domande aventi titolo ed oggetto diverso.

In entrambi i predetti casi, il giudice successivamente adito aveva l'obbligo di sospendere il procedimento nell'attesa che venisse accertata o meno la competenza del primo giudice, al realizzarsi della prima ipotesi il secondo giudice procedeva con la declaratoria della propria incompetenza.

Ai fini della determinazione di quale fosse il giudice previamente adito, il regolamento distingueva a seconda della tipologia di atto introduttivo del giudizio: nel caso della citazione faceva fede la data di ricevimento dell'atto da parte degli ufficiali incaricati alla notificazione, per il ricorso invece rilevava la data del deposito dell'atto presso la cancelleria¹¹¹.

9. La breve vita del regolamento 1347/2000: limiti, critiche e proposte di modifica

Premessi questi brevi cenni sulla disciplina introdotta con il regolamento sopra analizzato, occorre precisare che, nonostante l'entusiasmo con il quale fu accolta tale prima misura legislativa di natura comunitaria nell'ambito del diritto internazionale privato di famiglia, la durata dell'efficacia del regolamento è stata piuttosto breve.

Come già precedentemente rappresentato, l'adozione da parte della Comunità europea di regolamenti anziché di convenzioni ai sensi dell'allora articolo 293 TCE, non era priva di conseguenze sul piano giuridico.

Da un lato infatti, lo strumento regolamentare consentiva la diretta applicabilità delle sue disposizioni all'interno degli Stati membri anziché dover attendere la ratifica di una convenzione; in secondo luogo consentiva l'automatico inserimento dei suoi contenuti all'interno dell'*acquis communautaire*.

L'adozione dei regolamenti, tuttavia, nella specifica materia della cooperazione giudiziaria nel settore civile pagava quale contropartita la potenziale esclusione della sua applicazione

¹¹¹ Cfr. l'articolo 11 del regolamento 1347/2000.

nei confronti della Danimarca, del Regno Unito e dell'Irlanda, ai sensi dei Protocolli vigenti tra l'Unione europea ed i predetti Stati membri.

Oltre a queste conseguenze di ordine generale, concernenti le differenze tra la possibilità per l'Unione europea di intervenire nelle materie dell'ex Titolo IV del TCE mediante l'emanazione di un regolamento o la stipulazione di una convenzione internazionale, vi sono delle ulteriori osservazioni con specifico riferimento all'adozione del regolamento 1347/2000.

La scelta di adottare il regolamento in oggetto, infatti, non è stata priva di critiche soprattutto relativamente alla base giuridica posta a fondamento della sua emanazione¹¹².

Come visto, con il Trattato di Amsterdam la Comunità europea ha acquisito la competenza per l'emanazione di strumenti giuridici nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, ma ciò non senza limitazione alcuna.

Si è già spiegato, a tal proposito, che l'attività legislativa dell'Unione europea può legittimamente esplicarsi in detto settore soltanto qualora coesistano, nella questione da disciplinare, due requisiti: la presenza di implicazioni transfrontaliere e un rapporto funzionale con il mercato interno.

Quanto al primo dei due requisiti *nulla quaestio* in quanto pacificamente la materia del diritto internazionale privato di famiglia presenta implicazioni di carattere transfrontaliero. Più serrate invece sono state le critiche riferite ai riflessi positivi sul buon funzionamento del mercato interno direttamente scaturenti dalla nuova disciplina in materia matrimoniale e di potestà genitoriale.

Ma, come precedentemente affermato, il ricorso al principio libera circolazione delle persone, certamente garantito ed agevolato con il regolamento in esame, ha consentito alla dottrina e al Consiglio stesso di giustificare la misura da quest'ultimo approvata¹¹³.

¹¹² Per alcune osservazioni critiche in merito all'adozione dei regolamenti nella materia in esame di veda in particolare Baratta, il quale sostiene da un lato la non necessità dell'intervento normativo dell'Unione europea nella materia del diritto di famiglia, giacché gli stessi effetti di armonizzazione postevano essere ottenuti mediante la circolazione dei soggetti e dei relativi modelli nazionali di famiglia, nonché attraverso la sempre maggiore rilevanza dei diritti riconosciuti in questo settore; dall'altro lato, l'Autore ritiene non fosse nemmeno auspicabile, in quanto potrebbe essere idoneo a generare un appiattimento normativo forzato e contrario alle diverse realtà giuridiche nazionali. Cfr. BARATTA R., *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 573 ss.

¹¹³ Per alcune posizioni della dottrina si rimanda a FIGONE A., *Brevi note sul regolamento del Consiglio CE n. 1347/2000*, cit., p. 101 ss.; CONTI R., *Il Regolamento CE Bruxelles II*, cit., p. 653 ss.; URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva "europea"*, cit., p. 546 ss.

Ciò che tuttavia ha determinato la vita breve del regolamento 1347/2000, non sono state le osservazioni ora rappresentate, quanto piuttosto le limitazioni connesse al suo specifico campo di applicazione.

Per quanto infatti il regolamento abbia costituito il primo ed auspicato intervento dell'Unione europea nella materia delle relazioni familiari, ciononostante la sua disciplina era comunque rivolta a delle specifiche fattispecie.

Come si evince dalla stessa intitolazione del regolamento, questi era applicabile unicamente alle “decisioni in materia matrimoniale” nonché a quelle concernenti la “potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi”.

Da ciò si deduce che, nonostante la *ratio* della normativa in esame fosse quella di agevolare la libera circolazione delle persone e di contribuire al rafforzamento del buon funzionamento del mercato interno, rimanevano completamente escluse dall'ambito di applicazione del regolamento tutte le decisioni in materia di potestà genitoriale riguardanti i figli di uno solo dei coniugi, nonché quelle concernenti la prole di coppie non unite in matrimonio.

Inoltre, sempre in materia di potestà genitoriale, vi erano delle lacune normative circa la disciplina del diritto di visita.

Come è facilmente comprensibile, tali indicate fattispecie escluse dalla normativa comunitaria non erano e non sono tuttora tanto rare, anzi, con il progredire del numero delle coppie di fatto, nonché l'aumentare dei divorzi e del successivo ricostituirsi di nuovi nuclei familiari, le suddette ipotesi sono sempre più frequenti.

Proprio la forte limitazione *ratione materiae* dell'applicabilità del regolamento 1347/2000 ha rappresentato il punto di partenza per delle immediate riflessioni circa la possibilità di modificare il suddetto atto normativo al fine di ampliarne il campo applicativo.

Se il regolamento, come visto, è del 29 maggio 2000, portava la data di appena il 3 luglio del medesimo anno la prima proposta di modifica di tale atto comunitario avanzata dalla Repubblica francese, ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 1, del Trattato CE¹¹⁴.

¹¹⁴ Iniziativa della Repubblica francese in vista dell'adozione del regolamento del Consiglio relativo all'esecuzione reciproca delle decisioni in materia di diritto di visita ai figli minori. La proposta francese del 3 luglio 2000 è pubblicata in *GUCE*, C 234, del 15 agosto 2000, p. 7.

Secondo la suddetta proposta francese, occorre intervenire sulla recente normativa ai fini di facilitare “*tramite l’abolizione dell’exequatur, l’esercizio del diritto di visita transfrontaliera ai figli minori di coniugi separati o divorziati*”¹¹⁵.

A novembre del 2000, inoltre, il Consiglio adottava un programma di misure relative all’attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, nel quale faceva esplicito riferimento alla necessità di migliorare e facilitare il riconoscimento delle pronunce in ambito familiare¹¹⁶.

Tale iniziativa francese veniva successivamente ripresa, ma soprattutto ampliata, dalla Commissione, nel 2001¹¹⁷, la quale adottava una proposta di regolamento sulla responsabilità genitoriale volta ad estendere il campo di applicazione del regolamento 1347/2000 a tutte le ipotesi di decisioni concernenti la potestà dei genitori sui figli, con inclusione della disciplina sul ritorno del minore nei casi di sottrazione¹¹⁸.

A distanza di nemmeno un anno, il 17 maggio del 2002, la Commissione si faceva portatrice di una nuova proposta di regolamento¹¹⁹.

¹¹⁵ In questi termini si esprimeva la Relazione alla proposta francese.

¹¹⁶ Il Consiglio Giustizia e Affari interni, aveva infatti adottato il 30 novembre 2000 un programma di misure relative all’attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, in cui venivano individuati quattro settori di intervento al fine di eliminare la necessità dell’*exequatur*: 1) Convenzione di Bruxelles I, 2) regolamento Bruxelles II e situazioni familiari nate da relazioni diverse dal matrimonio, 3) regime patrimoniale tra i coniugi e conseguenze patrimoniali della separazione di una coppia non sposata, 4) testamenti e successioni. Pubblicato in *GUCE* C 12 del 15 gennaio 2001, p. 1 ss. Sul punto cfr. CONTI R., *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam. dir.*, 2004, 3, p. 653.

¹¹⁷ Ancor prima della proposta della Commissione si veda il documento di lavoro della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni relative alla potestà dei genitori del 27 marzo 2001, COM/2001/0166 def. Sull’argomento cfr. BIAGIONI G., *Il nuovo regolamento*, cit., p. 993.

¹¹⁸ Proposta di regolamento del Consiglio sulla giurisdizione, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia di potestà dei genitori, COM/2001/0505 def., del 6 settembre 2001, pubblicata in *GUCE*, C 332/E del 27 novembre 2001, p. 269. Tale proposta nella sostanza riprende molti aspetti trattati nella 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 minori (vedi *supra* par. 1). Si veda sul punto dettagliatamente CASSANO G., *Potestà dei genitori: proposta CE*, cit., p. 107 ss., nonché MCGLYNN C., *Families and the European Union*, cit., p. 167 ss., nonché BIAGIONI G., *Il nuovo regolamento*, cit., p. 994 ss.

¹¹⁹ Proposta di regolamento del Consiglio, COM/2002/0222 def./2, del 17 maggio 2002. Si veda anche la Relazione illustrativa alla proposta, in *GUCE* C203/E del 27 agosto 2002. Si veda, sulle proposte della Commissione, dettagliatamente CASSANO G., *Potestà dei genitori: proposta CE sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, in *Fam. dir.*, 2002, 1, p. 107 ss., nonché MCGLYNN C., *Families and the European Union*, cit., p. 167 ss., MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 100.

Quest'ultima proposta riuniva in sé il contenuto del regolamento 1347/2000 nonché le proposte di modifica avanzate dalla Repubblica francese prima e dalla stessa Commissione in seguito¹²⁰.

In tale ultimo atto, infatti, trovano la disciplina tutte le questioni relative alla crisi coniugale nonché alla potestà dei genitori, da un lato senza le precedenti limitazioni costituite dal necessario legame con una causa di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio e al rapporto di filiazione rispetto ad entrambi i coniugi, e dall'altro con l'aggiunta delle fattispecie relative al diritto di visita e alla sottrazione dei minori¹²¹.

Ed è proprio sulla base di questa proposta di regolamento, che appena tre anni dopo l'emanazione del regolamento 1347/2000 viene approvato il cosiddetto regolamento Bruxelles II bis, ovvero il regolamento 2201/2003¹²² relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

¹²⁰ La Commissione aveva tra l'altro presentato anche una proposta di decisione del Consiglio volta ad autorizzare gli Stati membri a firmare nell'interesse della Comunità la Convenzione dell'Aja del 1996 relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento, all'esecuzione e alla cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori (COM /2001/680).

¹²¹ In relazione al diritto di visita e alla sottrazione di minori, vengono introdotte delle regole specifiche sull'efficacia delle decisioni con la previsione dell'eliminazione del procedimento di *exequatur*.

¹²² Regolamento del Consiglio n. 2201/2003, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. Approvato, ai sensi dell'articolo 67 TCE, mediante procedura consultiva e con voto unanime del Consiglio. Il regolamento è entrato in vigore il 1° agosto 2004, ma è divenuto concretamente applicabile il 1° marzo 2005. Pubblicato in *GUUE* L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

CAPITOLO II: Il Regolamento Bruxelles II bis

1. Ambito di applicazione del Regolamento

Il regolamento 'Bruxelles II' aveva sollevato notevoli obiezioni subito dopo la sua entrata in vigore, venendo soprattutto criticato in relazione alla limitatezza dell'ambito di applicazione.

Proprio per sopperire a tali deficit il nuovo regolamento n. 2201 del 2003, comunemente detto 'Bruxelles II *bis*', in linea di continuità con il precedente regolamento, trova la sua funzione nel rendere più agevole la circolazione delle decisioni civili nelle materie già proprie del regolamento 1347/2000 e di ulteriori materie, come meglio si vedrà.

Prima di analizzare l'ambito di applicazione del nuovo strumento comunitario, è d'obbligo precisare come sia il regolamento 'Bruxelles II' sia il regolamento 'Bruxelles II *bis*' presentino dal punto di vista tecnico un carattere doppio, in quanto contenenti norme uniformi inerenti sia al profilo del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni, sia a quello della determinazione del foro competente.¹²³

Il Capo I, all'art. 1, definisce l'ambito oggettivo di applicazione del regolamento, attraverso l'elencazione delle materie a cui devono riferirsi le decisioni civili ai fine della riconduzione alla sua sfera applicativa, indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale da cui promanano.

Le pronunce che vengono in rilievo sono innanzitutto i provvedimenti in tema di divorzio, separazione personale e di annullamento del matrimonio, ma altresì i provvedimenti in tema di attribuzione, esercizio, delega e revoca, totale o parziale, della responsabilità genitoriale, come dispone l'art. 1, c. 1. lett. b¹²⁴.

¹²³ Con riguardo al tema della determinazione del foro competente, si individuano in seguito le regole di competenza diretta, finalizzate all'attribuzione della competenza in capo al giudice dello Stato in cui è stata adottata la decisione in assenza di una verifica sulla sua sussistenza da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato in cui ne sia richiesta l'esecuzione.

¹²⁴ Diversamente dalla normativa previgente non viene più in rilievo la potestà dei genitori, né la necessità che si tratti di provvedimenti relativi a figli di entrambi i coniugi, né il riferimento necessario della decisione a procedimenti relativi alla materia matrimoniale. Sul punto cfr. E. URSO, *Il diritto di famiglia nella prospettiva "europea"*, cit. p. 553, BERGAMINI E., *Il regolamento n. 2201/2003: quale esempio di armonizzazione nell'Unione europea del diritto internazionale privato in materia di famiglia*, in *Trattato di diritto privato, diretto da Bessone M., Famiglia e matrimonio.*, a cura di Auletta T., I, Giappichelli, Torino, 2010, p. 83 ss.

Quanto alla prima delle due aree la specificità del regolamento consiste nella riconduzione alla sua sfera applicativa delle sole decisioni che dispongono lo scioglimento del vincolo matrimoniale, con l'esclusione pertanto delle decisioni che lo negano¹²⁵, motivo per cui si è messo in rilievo nella critica il *favor divortii* quale criterio ispiratore di tutta la disciplina, in contrasto con il principio contrapposto dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale che aveva peraltro informato l'ordinamento italiano fino alla riforma del diritto di famiglia degli anni settanta¹²⁶.

Le motivazioni che sottendono a tale scelta si individuano in considerazioni di ordine prettamente pratico.

Non è raro nella casistica il progressivo emergere di situazioni di fatto che, a differenza di quelle emerse nella istruttoria posta a fondamento di un provvedimento di rigetto, abbiano condotto ad una pronuncia di scioglimento dell'unione tra i coniugi¹²⁷.

Il regolamento si esprime tassativamente, individuando il suo ambito di applicazione al solo scioglimento del vincolo matrimoniale, quindi all'istituto del matrimonio inteso nella sua tradizionale accezione¹²⁸.

Nel nostro ordinamento pertanto il regolamento ad oggetto viene in rilievo sia per le azioni dirette allo scioglimento del matrimonio e alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, ai sensi degli art. 1 e 2 della l. 898/1970, sia per l'azione di annullamento del matrimonio di cui all'art. 117 ss. c.c. e per le azioni dirette alla separazione senza

¹²⁵ Per un confronto sul punto si rimanda a CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2008, p. 269 ss.

¹²⁶ Per alcune osservazioni in particolare cfr. URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva "europea"*, cit. p. 552, secondo cui in considerazione della *ratio* che ha ispirato il legislatore comunitario nelle materie in oggetto, emerge la priorità accordata all'esigenza di garantire la circolazione delle persone in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, facendo innanzitutto riferimento ai *considerando* che fanno da preludio al regolamento, ed alla enunciazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie inteso quale fondamento di un autentico spazio comune europeo. Così rispettivamente i *considerando* n. 8 e n. 2 del regolamento 2201/2003, laddove si rammenta che tale principio è stato altresì approvato dal Consiglio di Tampere.

¹²⁷ La soluzione di limitare l'ambito di applicazione del regolamento è il risultato della mediazione tra le posizioni dei diversi stati dell'Unione, come peraltro la scelta di escludere altresì lo scioglimento delle unioni tra persone dello stesso sesso o della cessazione del rapporto tra persone conviventi *more uxorio*. Così URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva "europea"*, cit. p. 552.

¹²⁸ Vedi il *considerando* n. 8.

scioglimento del vincolo matrimoniale, come per esempio la separazione giudiziale di cui all'art. 115 c.c.¹²⁹.

Una importante esclusione è rappresentata dalle questioni che si possono presentare nelle cause di divorzio, con riferimento agli effetti del matrimonio sui rapporti patrimoniali tra coniugi ed agli ulteriori provvedimenti accessori ed eventuali, ai sensi del considerando n. 7¹³⁰.

Il regolamento pertanto non prende in considerazione gli effetti che dal matrimonio possono derivare sul patrimonio familiare, in ordine per esempio al regime dei beni, al regime di ripartizione delle aspettative previdenziali, alla casa familiare ed al mobilio, né prende in considerazione la filiazione, l'adozione, l'emancipazione, le obbligazioni alimentari e l'obbligo di mantenimento.

Determinate richieste, formulate attraverso domande aventi ad oggetto per esempio l'addebito della separazione, l'assegnazione della casa coniugale, lo scioglimento del regime di comunione legale non potranno perciò sottostare al sistema che disciplina il regolamento Bruxelles II *bis*.

Con riguardo alla seconda area di applicazione del regolamento, avente ad oggetto gli aspetti della responsabilità genitoriale, la competenza si individua in positivo¹³¹.

Preliminarmente è d'obbligo fare una precisazione sul termine "titolare della responsabilità genitoriale", utilizzato dal regolamento per l'individuazione del centro di imputazione soggettiva inerente al campo di applicazione dalla normativa in oggetto.

Il termine individuato è stato il frutto della volontà di evitare discriminazioni tra i minori comprendendo solamente alcune misure, oppure escludendo dalla sfera applicativa del regolamento alcuni minori o determinate situazioni¹³².

¹²⁹ Le decisioni con effetti costitutivi non sono le sole di cui all'ambito di applicazione del regolamento, il quale si riferisce altresì a quelle decisioni, come la separazione consensuale di cui all'art. 158 c.c. nelle quali al giudice spetta solamente una funzione di controllo e di conferma dell'accordo raggiunto tra i coniugi.

¹³⁰ Per una disamina sul punto cfr. DI LIETO A., *Il regolamento n. 2201/2003*, cit., pp. 117-137.

¹³¹ Con riferimento all'ambito di applicazione materiale del regolamento si veda la sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2007, causa C-435/06, *C.*, in *Racc.*, p. I-10141 nell'ambito di una decisione di presa a carico e collocazione di un minore al di fuori della famiglia d'origine ritenuta rientrante della materia civile della responsabilità genitoriale.

¹³² In merito alle nozioni di diritto dell'Unione europea utilizzate dalla normativa del 2003 così come sulle finalità della stessa, si cfr. tra le tante la sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2008, causa C-195/08 PPU, *Rinau*, in *Racc.*, p. I-5271.

In un'ottica di allargamento delle possibili applicazioni della normativa garantista, si è deciso di tutelare tanto la persona quanto i beni del minore, attribuendo la titolarità della responsabilità genitoriale tanto ad una persona fisica quanto ad una persona giuridica.

Emergono pertanto tutte le circostanze in cui il provvedimento in oggetto concerna i diritti ed i doveri derivanti direttamente dalla legge, da una decisione o da un accordo in vigore, come il diritto di affidamento e di visita¹³³, la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi, le decisioni con cui vengono designati i soggetti, che siano persone o enti, aventi la responsabilità nei confronti del minore o dei suoi beni, con cui se ne individuano le funzioni, o con cui si determinino i loro compiti di rappresentanza o di assistenza, i provvedimenti con cui si dispone il collocamento di un minore in una famiglia affidataria o in un istituto ed, infine, le misure di protezione del minore inerenti all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei suoi beni.

Sono escluse solamente le questioni relative alle obbligazioni alimentari, trattate dal regolamento n. 44/2001 del Consiglio, e i provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi dai figli¹³⁴.

E' poi opportuna una precisazione di carattere tecnico.

La terminologia utilizzata nella descrizione della disciplina, che prende le mosse dal termine 'decisione', comprende nel suo alveo qualsiasi provvedimento riguardante i settori indicati, indipendentemente dalla denominazione utilizzata, pertanto vengono in rilievo le sentenze, come i decreti e le ordinanze.

Come è stato descritto in precedenza, la disciplina risulta notevolmente innovata rispetto a quella introdotta con il regolamento 1347/2000.

Quest'ultimo riguardava la potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi nei casi di cause matrimoniali e non anche ai procedimenti in ordine all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale.

¹³³ Sull'argomento si veda ampiamente MAGRONE E. M., *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 2., p. 339 ss.

¹³⁴ Cfr. sul punto DI LIETO A., *Il regolamento n. 2201/2003*, cit. p. 120, secondo cui la scelta effettuata è stata l'esclusione in considerazione della circostanza per cui in alcuni Stati membri esiste una netta separazione tra i provvedimenti di tipo penale ed i provvedimenti cautelari di natura civile conseguenti, per esempio il collocamento del minore in un istituto. Pertanto si è preferito lasciare allo Stato membro che procede all'adozione dei provvedimenti penali anche l'esercizio della competenza all'adozione altresì dei necessari provvedimenti di natura civile.

Lo scopo perseguito dal regolamento Bruxelles II *bis* è stato proprio quello di ovviare alle problematiche inerenti agli ostacoli alla libera circolazione delle persone e di rafforzare il buon funzionamento del mercato interno, poiché nel vigore della disciplina di cui al regolamento Bruxelles II risultavano del tutto escluse le decisioni in materia di responsabilità genitoriale riguardanti i figli di uno solo dei coniugi e quelle concernenti la prole di coppie non unite dal vincolo del matrimonio¹³⁵.

Il risultato ottenuto è stato così quello di aver ampliato la sfera applicativa del regolamento ad una molteplicità di situazioni dapprima scarsamente considerate e di aver offerto protezione in quelle fattispecie, in precedenza escluse dalla normativa, che derivano dal numero sempre più elevato di coppie di fatto, di divorzi e del successivo ricostituirsi di nuovi nuclei familiari.

Quanto al termine “autorità giurisdizionale” utilizzato per la delineazione degli organi emananti i provvedimenti di cui alla sfera di applicazione del regolamento, è possibile fare un discorso analogo a quello sviluppato sul termine di “responsabilità genitoriale”, in quanto lo stesso gode di una simile lata interpretazione, e può così indicare, ai sensi dell’art. 2, c. 1, tutte le autorità degli Stati membri competenti, nelle materie cui si applica il regolamento¹³⁶.

Con riguardo ancora all’ambito territoriale, il regolamento è applicabile in tutti gli Stati dell’Unione europea eccettuata la Danimarca, così come per il regolamento 1347/2000¹³⁷.

Il Regno Unito e l’Irlanda, Paesi che godono della riserva di decidere la loro posizione attraverso l’esercizio del diritto di un *opting out*, in questo caso hanno scelto di aderire al regolamento.

Quanto all’entrata in vigore temporale del regolamento e alla sua applicabilità, l’articolo 72, inserito nelle disposizioni finali del regolamento, prevede infatti date disgiunte.

¹³⁵ Cfr. FADIGA L., *Il regolamento (CE) n. 2201/2003 del consiglio dell’Unione europea*, in *I diritti dell’uomo*, 2004, I, p. 5 ss.

¹³⁶ Si osserva che ai sensi della disciplina di cui trattasi non è necessario che vengano in rilievo esclusivamente organi giudiziari, bensì possano essere investiti di competenza, anche se in via marginale, altri organi. I procedimenti civili relativi al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all’annullamento del matrimonio di cui all’ambito di applicazione del regolamento si intendono in senso ampio, ricomprendendo gli altri procedimenti ufficialmente riconosciuti in uno stato membro anche dinanzi ad autorità amministrative, con esclusione pertanto dei casi di divorzio privato, posti in essere negli stati membri in assenza di autorità giudiziarie o amministrative.

¹³⁷ Cfr. i considerando 30 e 31 del regolamento 2201/2003.

Il regolamento in oggetto è vigente dalla data del 1 agosto 2004, ma per la sua applicazione dispone la data del 1 marzo 2005 (ad accezione degli art. 75, 68, 69 e 70, applicabili dal 1 agosto 2004) data coincidente con l'abrogazione del precedente regolamento 1347/2000¹³⁸. Per un esame completo sull'inquadramento dell'ambito applicativo del regolamento non si può omettere di considerare il coordinamento del regolamento Bruxelles II *bis* con le convenzioni internazionali concluse dagli Stati membri nella stessa materia. Tale coordinamento fornito dall'articolo 60 che sancisce la prevalenza del regolamento medesimo.

Con particolare riguardo alla Convenzione dell'Aja del 1996, l'art. 61 prevede la prevalenza del regolamento qualora il minore abbia la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro, ed altresì, con riferimento al riconoscimento ed all'esecuzione di una decisione emessa dal giudice competente in uno Stato membro, anche se il minore non ha la residenza in uno Stato membro bensì in uno Stato che è parte contraente della Convenzione¹³⁹.

2. Criteri di attribuzione della competenza nelle cause di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio

Per quanto concerne le regole sulla competenza, il regolamento Bruxelles II *bis* le elenca distinguendo da un lato quelle dettate per i casi di divorzio, separazione ed annullamento del matrimonio, agli art. 3-7, dall'altro lato quelle dettate per la responsabilità genitoriale, agli art. 8-15, unitamente alla previsione sul rilievo d'ufficio dell'incompetenza *ex art.* 17.

Le norme sulla competenza, di cui al Capo I, sezione I, disciplinano ogni possibile titolo di giurisdizione in materia; tale impostazione si fonda sul rilievo della natura del tutto indisponibile dei diritti in materia, dell'assoluta indifferenza nell'individuazione dei suddetti titoli rispetto al comportamento assunto dalle parti, e dalla mancata individuazione

¹³⁸ Per completezza ed in breve si ricorda che il Capo VI nel quale sono contenute le disposizioni transitorie, fissa alcune limitazioni all'applicazione da punto di vista temporale, individuando inoltre le soluzioni da seguire in ipotesi di procedimenti pendenti nel periodo compreso tra le due date. Si afferma ad ogni modo che il regolamento, *ex art.* 64, c. 1, è applicabile solamente alle azioni proposte, agli atti pubblici formati ed agli accordi raggiunti tra le parti successivamente al momento in cui esso diventa applicabile, ovvero il 1 marzo 2005.

¹³⁹ Con riferimento particolare agli accordi con la Santa Sede sono fatti salvi dal regolamento i Concordati conclusi dall'Italia, dal Portogallo e dalla Spagna.

di ulteriori fori alternativi rispetto alla residenza ed alla cittadinanza, eccetto i soli casi disciplinati dagli art. 3, 4 e 5¹⁴⁰.

Prendendo le mosse dalla prima area di disciplina, si riscontra all'art. 3¹⁴¹, per i casi di divorzio, separazione ed annullamento, che il titolo generale di giurisdizione è individuato nella residenza dei coniugi¹⁴².

Ciò posto, il regolamento prevede una serie di criteri alternativi che concorrono con il criterio generale della residenza dei coniugi, e che sono a questo legati in base a un rapporto di sussidiarietà¹⁴³.

Ciò comporta, pertanto, che i criteri che succedono sono finalizzati ad entrare in funzione nel caso in cui il precedente o i precedenti non possano operare in quanto inesistenti o inefficaci¹⁴⁴.

Il criterio generale individuato nella residenza abituale dei coniugi prescinde dal criterio della cittadinanza, con ciò determinando un *favor* per il vincolo di relazione che intercorre

¹⁴⁰ Cfr. TOMASI L., *Doppia cittadinanza e giurisdizione in materia matrimoniale nel reg. 2201/2003 (Bruxelles II bis)*, in *Int'lis*, 3-4, 2008, p. 134 ss.

¹⁴¹ I criteri posti dall'art. 3 si caratterizzano per il carattere della esclusività, giacchè si sostituiscono nel loro campo applicativo ai requisiti comuni di competenza giurisdizionale diretta previsti dai sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri dell'Unione europea. La conseguenza di ciò è che i giudici degli Stati membri hanno preclusa la possibilità di fondare la propria competenza internazionale su disposizioni diverse, come quelle nazionali (come in Italia la legge n. 219 del 1994 all'art. 3, co. 1 prevede il domicilio dei coniugi o di uno di essi e all'art. 32 il luogo di celebrazione del matrimonio), salva la previsione del regolamento di tale possibilità in via di eccezione.

¹⁴² In senso contrario cfr. DI LIETO A., *Il regolamento n. 2201/2003*, cit. p. 122, secondo cui il regolamento 2201/2003, contrariamente al regolamento Bruxelles II, il quale stabilisce nel domicilio del convenuto il foro generale, affiancando competenze speciali agli artt. 5 e 6, non prevede un foro generale in materia matrimoniale, individuando la giurisdizione attraverso l'impiego di criteri alternativi o esclusivi in maniera del tutto oggettiva. Solamente in materia di responsabilità genitoriale si rinviene il foro generale, individuato nella residenza abituale del minore.

¹⁴³ Per un'interpretazione dei criteri di giurisdizione, con specifico riferimento alla competenza residuale si veda la sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 2007, causa C-68/07, *Sundelind Lopez*, in *Racc.*, p. I-10403; nonché, nella nostra giurisprudenza civile, le sentenze della Corte di Cassazione del 10 agosto 2007, n. 17648, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 760 e del 7 luglio 2008, n. 18614, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 143, e delle Sezioni Unite quelle del 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Famiglia e minori*, 2009, n. 4, p. 24 e del 9 dicembre 2008, n. 28875 (ord.), in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 701.

¹⁴⁴ Cfr. sul punto, MELLONE M., *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 3, p. 704 ss., secondo cui il regolamento n. 2201/2003 non fornisce alcuna indicazione circa i confini della nozione di residenza abituale, ma ciò non può essere interpretato come oblio del legislatore comunitario, bensì come il frutto di una precisa scelta di politica legislativa, al fine di svincolare la nozione di residenza abituale dalle definizioni date dai legislatori nazionali e dalla necessità di determinare una regola autonoma e interna al diritto comunitario.

tra i coniugi ed il territorio ove hanno posto la sede della loro vita matrimoniale, e preclude l'operatività dei criteri che seguono nell'ordine.

In ogni caso, nella materia matrimoniale la competenza giurisdizionale si incardina in capo ai giudici dello Stato membro ove il convenuto abbia la propria residenza abituale¹⁴⁵, in conformità al principio secondo cui *actor sequitur forum rei*.

L'applicazione di tale principio nell'ambito di operatività del regolamento è tuttavia confinata a favore dell'attore, anche considerando che la residenza abituale del ricorrente è da sé sufficiente a fondare la competenza giurisdizionale solamente se accompagnata a criteri aggiuntivi.

Ai fini della sussistenza di un *forum actoris* ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. a, 5° trattino, è necessario che tale residenza sia durata per almeno un anno prima della domanda, accorciandosi a sei mesi il termine nel caso in cui il ricorrente sia cittadino dello Stato membro interessato, oppure nel caso di Regno Unito ed Irlanda abbia ivi il proprio *domicile*.

Attraverso l'applicazione di queste regole si consente al coniuge che, a seguito del fallimento del matrimonio vissuto all'estero abbia deciso di rientrare nel proprio Paese, di ivi rivolgersi ad un giudice senza dover attendere termine alcuno.

¹⁴⁵ Sulla nozione di residenza abituale ai sensi dell'articolo 3 del regolamento la Corte di giustizia non si è ancora pronunciata, diversamente dall'ambito della responsabilità genitoriale ove invece la stessa ha fornito delle indicazioni al riguardo. Va segnalato altresì, che ancor prima della materia qui in esame, la Corte si era espressa sulla nozione di residenza abituale in materia previdenziale definendo la stessa quale: "*luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, fermo restando che, ai fini della determinazione del luogo di residenza abituale, occorre tenere conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione*". In questi termini si veda Corte giust., 17 febbraio 1977, causa 76/76, *Di Paolo*, in *Racc.*, 1977, p. 315 ss., 8 luglio 1992, causa C-102/91, *Knoch*, in *Racc.*, 1992, p. I-4341 e 25 febbraio 1999, causa C-90/97, *Swaddling*, in *Racc.*, 1999, p. I-1075.

Quanto alla giurisprudenza italiana su tale nozione ex articolo 3 del regolamento si vedano le ordinanze della Corte di Cassazione Sezioni Unite del 17 febbraio 2010, n. 3680, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 750 ss. e delle sezioni semplici del 25 giugno 2010, n. 15328, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 435 ss. Nella prima pronuncia le SS.UU. in una causa di separazione promossa dalla moglie italiana contro il marito tedesco avanti al Tribunale di Pisa, ex art. 3 del regolamento, ove la problematica concerneva il trasferimento della moglie a Pisa per assistere il figlio che li frequentava l'università, dopo aver risieduto con il marito in Belgio. La Corte respingendo il regolamento di giurisdizione avanzato dal marito, volto a contestare la localizzazione della residenza della moglie in Italia, ha stabilito che il centro degli interessi e delle relazioni della donna in Italia veniva riconosciuto dalla sua vicinanza al figlio che nel nostro Paese frequentava l'università. Nella seconda pronuncia, la Corte, ha ritenuto localizzata in Italia la residenza della moglie ai fini della sussistenza della giurisdizione italiana, nei confronti del marito residente in Francia, sulla base del fatto che la moglie era docente di ruolo nel nostro Paese. Cfr. sul tema in dottrina CRESPI REGHIZZI Z., Commento art. 8, in *Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, a cura di Franzina P., in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, 6, p. 1496 ss.

Colui che ricorre ha la possibilità di rivolgersi ai giudici dello Stato di residenza nel caso in cui i coniugi abbiano ivi avuto la loro ultima residenza abituale, anche non necessariamente insieme.

La medesima regola si applica nel caso in cui i coniugi non abbiano più avuto la loro residenza abituale nel medesimo Stato membro, però abbiano proposto una domanda congiunta di separazione o di divorzio, ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. a, 4° trattino¹⁴⁶.

In materia matrimoniale, se da un lato la sola cittadinanza del ricorrente comporta in via esclusiva, ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. a, 6° trattino, la possibilità di avvalersi in via anticipata del *forum actoris*, la cittadinanza comune dei coniugi, ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. b, assurge a criterio autonomo di collegamento per la competenza giurisdizionale in materia matrimoniale.

I due criteri di competenza sono posti a disposizione dei coniugi in via alternativa e paritaria; nonostante il dato letterale si esprima con le lettere a e b, ciò non comporta un ordine di precedenza tra la residenza abituale e la cittadinanza.

Ad ogni modo quella che viene in rilievo è la cittadinanza del coniuge al tempo della proposizione della domanda, a nulla rilevando precedenti cittadinanze.

Si specifica in breve che, analogamente a quanto accade nel diritto internazionale privato degli Stati membri (in cui viene di solito fatto prevalere il criterio rappresentato dalla propria cittadinanza e nel caso di concorrenza tra più cittadinanze straniere è data preferenza alla cittadinanza effettiva), nel diritto processuale civile internazionale la cittadinanza dello Stato del foro può incardinare una competenza internazionale anche se non si tratta di cittadinanza effettiva.

Quanto all'ipotesi di possesso di più cittadinanze ed alle problematiche conseguenti all'individuazione di quella "prevalente", nulla dice sull'argomento il regolamento, tuttavia, in soccorso viene la giurisprudenza della Corte ai sensi della quale non esiste una nozione di cittadinanza prevalente ed è altresì lecito il comportamento del coniuge che instaura il procedimento divorzile dinnanzi all'autorità dello Stato di cittadinanza pur in assenza di ulteriori elementi di collegamento in suo favore¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cfr. sulla definizione del termine "domanda congiunta" DI LIETO A., *Il regolamento n. 2201/2003*, cit. p. 124, secondo cui la locuzione suddetta va interpretata estensivamente e ricomprendere anche i casi in cui la domanda sia bensì stata presentata da parte di uno soltanto dei coniugi, ma in presenza del consenso dell'altro coniuge.

¹⁴⁷ Sul punto si veda la sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009, causa C-168/08, *Hadadi*, in *Racc.*, p. I-6871.

La nozione di residenza abituale va interpretata prescindendo dalle definizioni offerte dai singoli Stati, garantendole una sfera di autonomia, funzionale a permettere l'uniformità di applicazione in ognuno degli Stati membri.

La definizione della locuzione suddetta si rinviene in alcune sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee¹⁴⁸, secondo le quali la residenza abituale deve essere intesa quale luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, peraltro compatibile con una contemporanea dimora (non abituale) altrove.

Nella disciplina del regolamento, pertanto, qualora sussista il criterio oggettivo della residenza diviene del tutto indifferente quello della cittadinanza dei coniugi, anche nell'ipotesi in cui essa sia extracomunitaria¹⁴⁹.

La pluralità dei criteri di competenza giurisdizionale è finalizzata anzitutto alla garanzia della mobilità, in un'ottica rispondente ad esigenze di carattere obiettivo e di flessibilità¹⁵⁰.

Un rilievo in particolare va posto sulla circostanza per cui il criterio generale è stato individuato nella residenza invece che nel domicilio¹⁵¹ proprio allo scopo di porre l'accento sulla non patrimonialità dei rapporti di cui alla materia regolata¹⁵².

¹⁴⁸ Così Corte giustizia comunità europee del 15 settembre 1994, 452/93, in *Racc.*, p. I-4295.

¹⁴⁹ Si sottolinea che il criterio della cittadinanza, nelle materie matrimoniale e della responsabilità genitoriale, riceve applicazione nei casi in cui essa è comune ad entrambi i coniugi oppure quando la cittadinanza medesima sussiste assieme alla residenza per almeno sei mesi del coniuge attore. Con riferimento al *domicile*, criterio di creazione del sistema di *common law* applicato nel Regno Unito ed in Irlanda, ai sensi dell'art. 3, c. 2, esso è equiparato alla residenza abituale degli altri Stati membri.

¹⁵⁰ Cfr. sul punto, MELLONE M. *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, cit, p. 706, secondo cui l'intento comunitario di favorire lo scioglimento del matrimonio dovrebbe far ritenere che il criterio della residenza abituale vada interpretato in maniera estensiva, al fine di consentire un più ampio ed efficace funzionamento dei titoli comunitari di giurisdizione. Per l'Autore, l'applicazione del metodo dell'interpretazione funzionale si dovrebbe tradurre, sul piano tecnico, nella valorizzazione dell'aspetto soggettivo della residenza abituale.

¹⁵¹ Per quanto riguarda due Paesi in particolare, il Regno Unito e l'Irlanda, viene indicato quale criterio di competenza giurisdizionale in tema di divorzio, separazione ed annullamento del matrimonio il *domicile*. Recita l'art. 3: “ Sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi, e all'annullamento del matrimonio le autorità giurisdizionali dello Stato membro: a) nel cui territorio si trova: la residenza abituale dei coniugi, o l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, o la residenza abituale del convenuto, o in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, o la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o 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 domicilio; b) di cui i due coniugi sono cittadini o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del domicilio di entrambi i coniugi”.

Il nostro ordinamento interno, nello stesso senso, indica la residenza familiare nel luogo dello svolgimento della vita comune, *ex art. 144 c.c.*, permettendo ad ogni coniuge nondimeno la possibilità di avere un domicilio autonomo¹⁵³.

Dalla lettura degli artt. 6 e 3 ss del regolamento, emerge che il criterio generale è duplice, posto a fondamento della giurisdizione dei giudici dello Stato membro di residenza abituale o di quegli Stati di cui il convenuto è comunque cittadino, eccettuati i casi in cui viene meno tale competenza giurisdizionale *ex art. 3, 4 e 5, c. 8*.

L'art. 7, c. 1, effettua un rinvio ai titoli di giurisdizione fissati dalla legge dello Stato di cittadinanza, per il caso di inoperatività dei criteri generali di cui agli art. 3 ss.

Da questo meccanismo discende che detto criterio viene applicato nel caso in cui l'ordinamento del giudice adito fissi la cittadinanza del convenuto quale titolo di giurisdizione, in tutti i casi in cui non si rinvenga un significativo collegamento territoriale con i Paesi dell'Unione¹⁵⁴.

La volontà delle parti, in questa materia caratterizzata per la natura indisponibile dei diritti oggetto della cognizione del giudice, non ha alcun peso.

Diversamente deve argomentarsi nella disciplina dettata in materia di responsabilità genitoriale, laddove, pur sempre in via di eccezione, la volontà delle parti costituisce uno degli elementi integrativi di una fattispecie complessa attributiva ai giudici del vincolo matrimoniale una competenza per connessione, ai sensi dell'art. 12¹⁵⁵.

¹⁵² Come già anticipato il regolamento che disciplina i rapporti patrimoniali, n. 44/2001, in materia civile e commerciale, individua il foro generale nel luogo degli affari, per eccellenza individuati negli interessi economici.

¹⁵³ Si rimanda sul punto a CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit., p. 272 ss.

¹⁵⁴ Avviene per esempio per l'ipotesi del cittadino italiano nell'ipotesi in cui né lui né il coniuge risiedano a abbiano risieduto in Europa per un periodo congruo. Ai sensi dell'art. 32 della l. 31 maggio 1995, n. 218, sarà possibile convenire un cittadino italiano in Italia per una causa in materia di nullità, annullamento, separazione personale e scioglimento del matrimonio.

¹⁵⁵ Art. 12: Proroga della competenza. "1. Le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui viene esercitata, ai sensi dell'art. 5, la competenza a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio sono competenti a decidere per le domande relative alla responsabilità dei genitori che si ricollegano a tali domande se: a) almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio; e b) la competenza giurisdizionale di tali autorità giurisdizionali è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite, ed è conforme all'interesse superiore del minore. 2. La competenza esercitata conformemente al paragrafo 1 cessa non appena: a) la decisione che accoglie o respinge la domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio sia passata in giudicato; o b) nei casi in cui il procedimento relativo alla responsabilità genitoriale è ancora pendente alla data di cui alla lett. a), la decisione relativa a tale procedimento sia passata in giudicato; o c)

Uno specifico rilievo viene altresì attribuito alla volontà della parte in caso di accettazione di declinatoria ex art. 15, ipotesi che comunque rappresenta una eccezione.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nessun rilievo possono assumere, ai fini dell'individuazione di un titolo di giurisdizione, eventuali accordi di proroga né significatività potrà attribuirsi al comportamento processuale del convenuto.

D'altronde l'art. 32 della l. 218/95, laddove detta i titoli speciali ed ulteriori in materia di nullità, annullamento, separazione e scioglimento del matrimonio, effettua un richiamo ai titoli generali posti dall'art. 3, ma non a quelli dell'art. 4, aventi ad oggetto l'accettazione e la deroga della giurisdizione. Questo comporta che il titolo volontaristico e quello comportamentale non assumono alcun rilievo nella specifica materia, e, per l'effetto, che i meccanismi processuali di cui all'art. 11, che prevedono l'attribuzione fondante della giurisdizione all'accettazione del convenuto, diventano del tutto inoperativi.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 37 del nostro c.p.c., il difetto di giurisdizione andrà rilevato d'ufficio, data la rilevanza della inderogabilità della giurisdizione e la sua immodificabilità ad opera delle parti, salva la possibilità di deduzione della questione quale motivo di impugnazione¹⁵⁶.

L'art. 5¹⁵⁷ pone una particolare regola applicabile in quegli ordinamenti che prevedono l'istituto della "conversione della decisione" sulla separazione personale nella decisione di divorzio, la quale fissa in capo al giudice della conversione un titolo di giurisdizione.

il procedimento di cui alle lett. a) e b) sia terminato per un'altra ragione. 3. Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti in materia di responsabilità dei genitori nei procedimenti diversi da quelli di cui al primo paragrafo se: a) il minore ha un legame sostanziale con quello dello Stato membro, in particolare perché uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente o perché è egli stesso cittadino di quello Stato; e b) la loro competenza è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti al procedimento alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite ed è conferme all'interesse superiore del minore. 4. Se il minore ha la residenza abituale nel territorio di uno stato che non è parte della convenzione dell'Aja del 19 ottobre 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, si presume che la competenza fondata sul presente articolo sia nell'interesse del minore, in particolare quando un procedimento si rivela impossibile nel paese terzo interessato".

¹⁵⁶ Si propone il caso di una residente in Italia da meno di un anno, che proponga una domanda di divorzio verso un cittadino straniero ed altrove residente. L'attrice si vedrà pertanto negare la giurisdizione, in applicazione della normativa di cui al regolamento. Nel caso contrario, del convenuto cittadino italiano, ma altrove residente e domiciliato, il regolamento incardinerà la giurisdizione nello Stato italiano ai sensi dell'art. 6, lett. b) ed al rinvio operato dall'art. 7, co. 1, all'art. 32 della l. 218/95.

¹⁵⁷ Art. 5: Conversione della separazione personale in divorzio. *Fatto salvo l'art. 3, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro che ha reso la decisione sulla separazione personale è altresì competente per convertirla in una decisione di divorzio, qualora ciò sia previsto dalla legislazione di detto Stato.* Nonostante tale previsioni i coniugi possono comunque instaurare il procedimento di conversione davanti ad un giudice diverso, competente su base delle regole generali.

Con riguardo alla determinazione del momento determinante la sussistenza della competenza giurisdizionale è possibile affermare che il sistema è informato al principio del *favor jurisdictionis*.

Difatti è sufficiente la sussistenza del titolo fondante in qualsiasi momento tra l'incardinazione del processo e la sua definizione.

Nel caso dell'ordinamento giuridico del nostro Paese, si è proceduto ad individuare il momento in cui si determina la sussistenza della competenza giurisdizionale con specifico riferimento ai casi in cui il titolo da esistente venga meno per il mutare della situazione di fatto o normativa, e con riferimento altresì a quei casi in cui il titolo viene ad esistenza per le medesime ragioni.

In entrambi questi casi viene fatta applicazione del principio del *favor jurisdictionis*, stabilendo nel primo caso una irrilevanza dei mutamenti che altrimenti avrebbero estinto una giurisdizione prima esistente, e nel secondo caso stabilendo la valenza ai successivi mutamenti fattuali e normativi, assunti come fondanti una giurisdizione inizialmente insussistente¹⁵⁸.

3. Il riconoscimento e le sue cause ostative nelle decisioni in materia matrimoniale

L'esigenza di garantire la massima circolazione delle decisioni giudiziali si pone a fondamento della creazione di un autentico spazio giudiziario europeo, all'interno del quale una valenza particolare assume la reciproca fiducia tra gli Stati membri.

A fronte di tali esigenze l'art. 22 del regolamento, in materia di divorzio, separazione personale ed annullamento del matrimonio, è strutturato in modo tale da circoscrivere il più possibile i casi di diniego del riconoscimento delle decisioni, contenendole in quelle circostanze in cui si sia verificata la violazione di diritti o di valori fondamentali.

Analogo discorso andrà svolto sull'art. 23 relativo ai motivi ostativi al riconoscimento delle decisioni riguardanti le decisioni in materia di responsabilità genitoriale.

La previsione che in generale ispira il regolamento è quella del riconoscimento automatico delle decisioni, eccettuati casi particolari.

¹⁵⁸ Sul punto si rimanda a CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit., p. 276, laddove descrivono il principio di conservazione ed il principio di sopravvenienza fondante.

Le ipotesi ivi previste in ordine al diniego del riconoscimento assumono dunque carattere tassativo ed esclusivo, precludendo l'applicabilità o il richiamo di qualsiasi altra fonte, quali le normative di diritto internazionale privato o internazionali, nemmeno a titolo di integrazione.

Viene innanzitutto in rilievo il manifesto contrasto con l'ordine pubblico dello Stato membro a cui è stato richiesto il riconoscimento del provvedimento¹⁵⁹.

La contrarietà all'ordine pubblico deve necessariamente essere manifesta¹⁶⁰.

Ai fini del vaglio su tale requisito risulta utile la lettura delle Convenzioni dell'Aja, soprattutto ai fini di individuare i criteri interpretativi di tale nozione.

Viene così in rilievo, ai fini del diniego del riconoscimento delle decisioni, la violazione dell'ordine pubblico nella sua accezione sostanziale e nella sua accezione processuale.

Con riferimento alla prima categoria il diniego verrà opposto al riconoscimento di quelle decisioni che risulteranno essere lesive di diritti fondamentali della persona.

Per quanto riguarda l'ordine pubblico processuale, questo comprende in sé tutte le sfere di garanzia garantite primariamente, in materia di diritto all'azione ed al diritto di difesa in giudizio. Vengono pertanto escluse le violazioni di norme che non incidono sull'esercizio di diritto di rango primario, quali quelli sopra indicati¹⁶¹.

¹⁵⁹ Cfr. sul tema QUEIROLO I., *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra regolamento 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria*, in 'I quaderni europei', novembre 2009, n. 15, secondo cui l'ordine pubblico non agisce automaticamente nei confronti delle norme o delle sentenze straniere ad esso contrarie, ma si fonda su di una verifica in concreto del risultato cui porta la loro applicazione alla luce dei principi accolti nell'ordinamento del giudice adito. Al contempo individua l'ordine pubblico nel complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale e con i principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici, non sacrificabili di fronte ad una legge o ad una sentenza straniera la cui applicazione porti a risultati con esso incompatibili, in tale prospettiva affermandosi comunemente che l'ordine pubblico è volto a perseguire l'obiettivo di difesa della coerenza del nostro ordinamento giuridico.

¹⁶⁰ Sul punto Cfr. CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit., p. 290, secondo cui la contrarietà manifesta presuppone un emergere *per tabulas* del motivo ostativo con riferimento alle risultanze del giudice, risultando pertanto a tal fine irrilevante la risultanza di una contrarietà soltanto possibile.

¹⁶¹ Per alcuni approfondimenti cfr. URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva 'europea'*, cit. p. 576, che presenta l'esempio secondo cui nel caso di ordine pubblico sostanziale, sarà negato il riconoscimento di una decisione lesiva del principio di dignità della persona, e nel caso dell'ordine pubblico processuale rileverà il mancato rispetto delle norme finalizzate ad assicurare i diritti della difesa anche tramite la previsione di termini congrui, di verifiche adeguate circa la conoscenza effettiva o la conoscibilità di atti processuali. Per contro non assumerà rilievo alcuno la contrapposta concezione sui requisiti per l'ottenimento di una decisione, frutto di diverse scelte legislative tra il Paese che ha pronunciato la decisione ed il Paese in cui se ne richiede il riconoscimento, come nell'ipotesi di divergenza tra gli Stati dei requisiti per la pronuncia di una decisione sul divorzio, separazione personale, ed annullamento del matrimonio.

L'art. 22 indica le situazioni al verificarsi delle quali è possibile negare il riconoscimento delle decisioni, ipotesi del tutto eccezionale.

Innanzitutto viene in rilievo l'ipotesi in cui la decisione da riconoscere sia stata resa in contumacia, qualora la domanda non sia stata notificata o comunicata al convenuto in tempo utile e con modalità idonee a consentirgli di presentare le proprie difese, a meno che questi non abbia accettato la decisione in modo inequivoco, *ex art. 22, lett. b.*

Quanto alla distribuzione dell'onere della prova, il convenuto che si vorrà opporre al riconoscimento della decisione che lo coinvolge dovrà provare il mancato rispetto del diritto di difesa, mentre chi vorrà ottenere tale riconoscimento, nonostante la contumacia, dovrà dimostrare che questi ha accettato la decisione con comportamento inequivocabile¹⁶². Segue l'ipotesi dei casi di incompatibilità della decisione con altre pronunce rese tra le medesime parti, come nel caso in cui nello Stato membro in cui sia stato richiesto il riconoscimento sia stata pronunciata una decisione contrastante tra le medesime parti anche se successiva, *ex art. 22, lett. c.*

Infine, all'art. 22, lett. d, è prevista l'ipotesi di contrasto con una decisione resa in precedenza, sempre tra le medesime parti, in altro Stato membro o in uno Stato non appartenente all'Unione europea, nei casi in cui tale decisione anteriore presenti i requisiti richiesti ai fini del riconoscimento nello Stato membro in cui tale riconoscimento è stato richiesto.

In considerazione del fatto che le decisioni in materia di divorzio, separazione personale ed annullamento del matrimonio, per loro natura, sono destinate ad incidere sugli *status* delle persone, solamente nei casi di definitività potrà verificarsi il riconoscimento, e una eventuale incompatibilità potrà aversi esclusivamente con decisioni interne a loro volta definitive¹⁶³.

¹⁶² Cfr. sul punto CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit. p. 291, che mettono in evidenza la divergente impostazione di cui al regolamento 44/2001, nelle cui analoghe norme è previsto in via aggiuntiva l'onere del convenuto contumace di impugnare nel Paese di origine la decisione definitiva. Secondo gli Autori tale previsione è coerente con il sistema speciale introdotto ispirato al *favor riconoscendi*, il quale attribuisce una efficacia sanante alla inequivoca accettazione del convenuto, di tal che la mancata impugnazione vale quale indice di inequivocabile accettazione.

¹⁶³ Cfr. sul tema CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit., p. 288, in cui si considera che non viene attribuito alcun valore impeditivo ad un processo ancora in atto, attuale o virtuale nel caso di pendenza di termini per l'impugnazione.

La considerazione è avvalorata dal dato normativo dell'art. 21, c. 2, il quale disponendo per il totale automatismo dell'aggiornamento delle iscrizioni nello Stato civile sulla base delle decisioni pronunciate in altri Stati membri, non può prescindere dall'irrevocabilità delle stesse.

La supremazia è attribuita in tal modo alla decisione interna, anche se emessa successivamente a quella di cui si chiede il riconoscimento, che troverà applicazione solamente nel caso in cui risulti con quella compatibile.

Si precisa tuttavia che questa ipotesi viene in rilievo solo nel caso di decisione interna definitiva già pronunciata, anche se successiva alla sentenza straniera a sua volta definitiva, da ciò discendendo che, mancando tale presupposto, la sentenza straniera definitiva anche se non riconosciuta potrà fare il suo ingresso in un processo in corso ed essere fatta valere in via incidentale, rimanendo salva la possibilità di opporre il giudicato laddove sia stata precedentemente riconosciuta in un momento precedente all'avvio del processo interno.

Nella opposta ipotesi della mancata sussistenza di una sentenza interna che abbia reciso in via definitiva il vincolo, la possibilità di riconoscimento di sentenze negative permetterà la sua applicazione con effetto preclusivo nell'ambito del giudizio di divorzio in Italia solo avviato.

Ancora, si consideri il caso di una sentenza di scioglimento del vincolo matrimoniale pronunciata dal giudice di un altro Stato membro, e di una sentenza interna che sullo stesso oggetto e tra le stesse parti si sia pronunciata con un rigetto, confermando il vincolo.

In questa ipotesi il problema dell'incompatibilità non si pone in termini di consequenzialità logica immediata.

E' possibile che la questione si definisca in termini di compatibilità nel caso in cui la sentenza del giudice dello Stato membro ponga a fondamento della decisione elementi fattuali successivi, oppure in quel processo non deducibili, rispetta alla decisione interna di rigetto della domanda proposta per lo scioglimento del vincolo.

Questo è permesso per il carattere mutevole delle situazioni di fatto che caratterizzano la materia, e pertanto è possibile il venir meno con il decorso del tempo dell'identità della pronuncia.

E questa considerazione è valevole nel caso di raffronto tra provvedimenti omogenei quanto ad oggetto e parti, e diversi solamente quanto ad esito della decisione, recidente o confermativo del vincolo.

Una distinzione ulteriore va fatta in tema di confronto tra provvedimenti a disomogeneità minore e tra provvedimenti del tutto disomogenei.

Nel primo caso si può fare l'esempio del confronto tra divorzio ed annullamento per vizi genetici, e nel secondo caso l'esempio del rapporto tra annullamento o divorzio da un lato e separazione dall'altro.

Qualora la sentenza comunitaria si pronunci sul divorzio e quella interna sull'annullamento non sorgerà alcun problema di compatibilità nel caso di pronunce di segno diverso, nei casi di raffronto tra una declaratoria di divorzio e la reiezione della richiesta di annullamento, o del confronto tra la reiezione di una domanda di divorzio e la declaratoria di annullamento.

Nel caso di decisioni entrambe positive, come la contemporanea sussistenza di una declaratoria di divorzio ed una pronuncia di annullamento, l'identità degli effetti escluderà l'interesse ad agire per il riconoscimento¹⁶⁴.

Si sottolinea che non può escludersi la possibilità che assieme alla pronuncia sullo *status* la decisione da riconoscere contenga altri capi, con l'eccezione delle questioni patrimoniali, che esulano dal campo di applicazione del regolamento.

In questi casi il riconoscimento sarà effettuato con regole diverse, sulla base del rilievo della specificità delle singole statuizioni.

Già ora è utile distinguere tra le decisioni che determinano lo scioglimento del vincolo e quelle che ineriscono la responsabilità genitoriale, di cui comunque si tratterà nel prosieguo del lavoro.

Le decisioni che come effetto sciolgono il vincolo matrimoniale, per la loro natura, non sono suscettibili di esecuzione, ma di sola attuazione, che si concretizza nella iscrizione nei registri dello stato civile dell'ordinamento dello Stato del riconoscimento delle decisioni divenute irrevocabili.

Per inciso, si mette in luce che le decisioni di scioglimento del vincolo matrimoniale possono essere fatte valere nella loro forza di giudicato anche in via incidentale, *ex art. 21, c. 4.*

Ciò nonostante è previsto altresì un meccanismo processuale applicabile alle decisioni su tutte le materie, con l'eccezione della materia del diritto di visita e di talune prescrittive del

¹⁶⁴ Per un approfondimento cfr. CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit., p. 293, secondo cui una divergenza parziale di effetti prodotti dalle due pronunce richiederà la verifica caso per caso della loro compatibilità.

ritorno dei minori, grazie al quale è possibile incardinare un giudizio di accertamento sulla riconoscibilità o meno della decisione¹⁶⁵.

Tutto ciò considerato emerge l'intenzione del regolamento di circoscrivere il più possibile eventuali contrasti tra decisioni¹⁶⁶.

Si ricorda che è il tipo di decisione adottata che fa sorgere o meno il rilievo della incompatibilità.

Per questa ragione, può emergere l'incompatibilità tra due decisioni favorevoli allo scioglimento del matrimonio quando il loro contenuto risulta diverso.

Per esempio, ci sarà incompatibilità tra una sentenza di divorzio, resa nello Stato in cui se ne chiede il riconoscimento, oppure una decisione anteriore pronunciata in uno Stato membro o in uno Stato terzo, con una decisione che accolga una domanda di separazione personale tra coniugi.

Nel caso opposto, sarà riconoscibile una decisione di divorzio, resa anteriormente o successivamente, non risultando incompatibilità alcuna con una decisione di accoglimento di separazione personale tra coniugi, senza che venga in rilievo la circostanza che promani dall'autorità giurisdizionale dello Stato richiesto, da un altro stato dell'Unione europea, o da uno Stato terzo.

Nell'interpretazione sistematica del regolamento è emerso un punto controverso che deriva dal mancato richiamo di quanto disposto nel 15° considerando del precedente regolamento 1347/2000 nel quale era possibile leggere che “ il termine decisione si riferisce unicamente alle decisioni che dispongono il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio”, facendo emergere, con tale esclusione, l'intenzione di aprire le porte al

¹⁶⁵ Cfr. sul punto CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit., p. 288, in cui si rileva la differenza con il regolamento 44/2001, in quanto nel sistema del regolamento 'Bruxelles II bis' è attribuita la legittimazione a richiedere la verifica dei presupposti di riconoscibilità ad entrambe le parti, anche alla parte che agisce in accertamento negativo, mentre ai sensi del regolamento 44/2001 è attribuita alla sola parte attiva l'iniziativa per l'accertamento della sussistenza positiva dei requisiti, in tal modo venendo in rilievo l'interesse consistente nell'attualità della contestazione.

¹⁶⁶ Per una specificazione sul punto cfr. URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva "europea"*, cit. p. 577, che rileva che, nonostante il sistema del regolamento 2201/2003 si applichi solo alle pronunce di accoglimento delle domande in materia matrimoniale, ovvero decisioni di divorzio, separazione personale o di annullamento del vincolo coniugale, non si deve escludere che nel caso in cui si debba procedere alla verifica circa la compatibilità tra provvedimenti resi in materia tra le stesse parti, possa emergere la rilevanza delle decisioni di rigetto di tali domande, che sono sottratte al regime di circolazione disciplinato dal regolamento. Ciononostante la loro esecuzione potrebbe essere richiesta ed ottenuta in applicazione della normativa interna dello Stato.

riconoscimento, oltre che alle sentenze costitutive, anche a quelle decisioni che rigettano le rispettive domande oppure quelle che accertano l'esistenza o l'inesistenza del vincolo matrimoniale.

Data l'assenza di indicazioni normative precise bisognerà propendere per una lettura dell'art. 21 non ostativa al riconoscimento delle decisioni di rigetto, anche per la lettura dell'8° considerando, il quale, prendendo in considerazione lo scioglimento del vincolo matrimoniale in ordine sia alle regole di giurisdizione sia alle regole di delibazione, appare delimitare l'ambito di materia, piuttosto che effettuare una selezione delle decisioni a seconda della pronuncia che il giudice andrà a compiere, rispettivamente di accoglimento o di rigetto¹⁶⁷.

L'art. 24 pone un principio di importanza fondamentale¹⁶⁸, escludendo la possibilità di invocare le norme sulla competenza, ai fini di un rifiuto del riconoscimento.

D'altronde dall'art. 3 all'art. 14 la disciplina è univoca nell'escludere la possibilità di riesaminare la questione inerente alla competenza giurisdizionale dal giudice dello Stato di origine, precludendo al contempo l'applicazione del criterio dell'ordine pubblico alle norme in materia, con la sola eccezione della particolare ipotesi di cui all'art. 15, che peraltro l'art. 24 non richiama.

Ciò vale sia per le decisioni in materia matrimoniale sia per quelle in materia di responsabilità genitoriale.

Siffatta impostazione si differenzia totalmente da quanto invece previsto dal regolamento 44/2001, nel quale assume a motivo ostativo del riconoscimento il mancato rispetto delle norme di competenza giurisdizionale particolare od esclusiva, ex art. 35, c. 1, in ordine alla

¹⁶⁷ Cfr. sul punto CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit., p. 289, che accolgono la tesi della circolazione di ogni sentenza, considerando la normativa del regolamento applicabile anche alle decisioni negative, attribuendo alle stesse valenza impeditiva di pronunce di scioglimento del vincolo in qualsiasi altro Paese, salva la possibilità di porre a fondamento di una nuova decisione fatti sopravvenuti o non precedentemente utilizzabili, che comportino una immutazione del titolo nel suo sostrato fattuale.

¹⁶⁸ Art. 24: Divieto di riesame della competenza giurisdizionale dell'autorità giurisdizionale d'origine. *‘Non si può procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro d'origine. Il criterio d'ordine pubblico di cui agli art. 22, lett. a), e 23, lett. a), non può essere applicato alla norme sulla competenza di cui agli art. 3 a 14’.* Come conseguenza di tale normativa è riconoscibile qualsiasi decisione adottata in violazione delle regole sulla competenza previste dal regolamento, per esempio, nel nostro ordinamento, ai sensi dei più ampi titoli di giurisdizione riconosciuti ai sensi della l. 218/95.

violazione di legge, in considerazione della denegata riconducibilità delle regole di giurisdizione al paradigma dell'ordine pubblico *ex art. 35, c. 3 del regolamento 44/2001*¹⁶⁹. Per ciò che riguarda le pronunce del tutto disomogenee, si mette in luce come l'8° considerando esclude dal campo di applicazione del regolamento qualsiasi questione relativa alle cause di divorzio, gli effetti del matrimonio sui rapporti patrimoniali o altri provvedimenti accessori od eventuali.

Nell'analisi dell'argomento non si può omettere un cenno agli art. 25 e 26 del regolamento che sanciscono rispettivamente il divieto di riesame nel merito della vicenda e l'indifferenza ai fini del riconoscimento delle divergenze tra le normative interne in ordine ai fatti rilevanti ai fini della pronuncia di divorzio, separazione ed annullamento del matrimonio.

Dall'applicazione delle norme suddette deriva che la dichiarazione di una separazione personale, che di per sé non determina lo scioglimento del vincolo, non potrà essere riconosciuta in presenza di una sentenza definitiva interna che abbia sciolto il vincolo coniugale, bensì potrà essere riconosciuta in presenza di una decisione interna che invece rigetti la domanda di divorzio o di annullamento del matrimonio.

Non sorgerà alcun problema nel caso di rigetto di una domanda di separazione pronunciata in uno Stato comunitario, in presenza di una decisione definitiva interna che abbia già sciolto il vincolo matrimoniale.

Qualora ci si trovi nelle opposte ipotesi di separazioni personali interne verso divorzi o annullamenti esteri, le pronunce entrambe negative escluderanno l'interesse al riconoscimento di quella estera; mentre nel caso di pronunce interne che rigettano istanze di scioglimento del vincolo contro sentenze straniere che invece accolgono l'istanza di scioglimento del vincolo non pongono problemi di contrasto, ugualmente dicasi per il caso di pronunce interne sulla separazione che vedono venir meno la loro efficacia al momento della definitività di una sentenza straniera che recide il vincolo.

¹⁶⁹ Regolamento recentemente sostituito dal Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, pubblicato in *GUUE* L 351, p. 1 ss, del 20 dicembre 2012.

4. L'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale

In precedenza è stato messo in rilievo che sia il regolamento 'Bruxelles II', sia il regolamento 'Bruxelles II bis' possiedono un carattere doppio, nel senso di contenere norme uniformi che concernono sia il profilo del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni, sia quello della determinazione del foro competente.

Dopo aver analizzato questo secondo profilo, sia con riguardo alle decisioni inerenti alla materia matrimoniale ed alla materia della responsabilità genitoriale, si procede alla disamina sulla disciplina inerente alla esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale.

Il riconoscimento delle decisioni, ai sensi dell'art. 21 del regolamento, è automatico come visto, pertanto non si rende necessario ricorrere ad alcun procedimento giurisdizionale, come regola generale¹⁷⁰.

L'art. 21, c. 2, recita : *'In particolare, e fatto salvo il par. 3, 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 membro, contro la quale non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto Stato membro'*.

Al secondo comma, recita: *'Fatta salva la sezione 4 del presente capo, ogni parte interessata può far dichiarare, secondo il procedimento di cui alla sezione 2, che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta'*.

Se da un lato il riconoscimento comporta l'attribuzione degli effetti delle pronunce straniere di accertamento e costitutive, dall'altro lato la produzione degli effetti esecutivi è regolata dagli art. 28 ss. del regolamento.

In ogni caso, la disciplina del regolamento consente il riconoscimento della sola parte delle decisioni relativa allo *status* matrimoniale, ma non degli aspetti relativi a tutte le questioni accessorie.

¹⁷⁰ L'art. 21, c. 2, recita : *"In particolare, e fatto salvo il par. 3, 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 membro, contro la quale non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto Stato membro"*.

Al secondo comma, recita: *"Fatta salva la sezione 4 del presente capo, ogni parte interessata può far dichiarare, secondo il procedimento di cui alla sezione 2, che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta"*.

Si ricorda che la nozione di decisione riconoscibile comprende in sé ogni decisione proveniente da autorità giurisdizionali o amministrative, indipendentemente dalla loro denominazione, inclusi i provvedimenti cautelari e provvisori, di cui si parlerà in separata sede.

Il riconoscimento automatico, già proprio della Convenzione di Bruxelles, nonché del regolamento 44/2001, è la regola, poiché l'eccezione è rappresentata dalla possibilità di dare corso ad un vero e proprio procedimento di riconoscimento solo in via eventuale, nelle ipotesi in cui si decida di domandare l'*exequatur* oppure nell'ipotesi in cui si domandi un riconoscimento in via principale per superare contestazioni che dovessero insorgere¹⁷¹.

In materia matrimoniale il ricorso per il riconoscimento, o per il non riconoscimento, sarà possibile in tutti i casi in cui venisse rifiutata l'iscrizione della decisione dall'Ufficiale dello stato civile che rilevi la sussistenza di un motivo per il non riconoscimento.

In questo caso dovrà instaurarsi un procedimento analogo a quello di *exequatur*, la cui competenza giurisdizionale è regolata dal regolamento secondo le norme esaminate in precedenza.

La domanda per il riconoscimento, nell'ipotesi menzionata del rifiuto all'iscrizione della decisione da parte dell'Ufficiale dello stato civile, nella ravvisata carenza dei requisiti previsti dal regolamento, andrà proposta o come impugnazione del rifiuto davanti al tribunale competente territorialmente, ex art. 95, d.p.r. n. 396/2000 come d'altronde già si prevede nei casi di rifiuto di riconoscimento automatico ex art. 64, l. 218/1995; oppure si potrà fare ricorso alla procedura per il riconoscimento in via principale ai sensi del regolamento.

La disciplina di cui al regolamento non prevede il riconoscimento per le decisioni che respingono la domanda di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio, ciò ammettendo la possibilità di riproposizione della stessa domanda in altro Stato membro, la cui legislazione potrebbe condurre allo scioglimento del vincolo.

Si ricorda che è altresì possibile procedere al procedimento di riconoscimento in via incidentale, da instaurarsi in seno ad un procedimento già instaurato avanti al giudice di uno Stato membro, nell'ipotesi in cui ciò si renda necessario¹⁷².

¹⁷¹ Gli art. 40-45 escludono la possibilità di ricorrere all'*exequatur* per le materie del diritto di visita e di ritorno del minore a seguito di sottrazione dello stesso.

¹⁷² Sulla tematica cfr. BERGAMINI E., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare*, in *Diritto internazionale privato e comunitario*, p. 4679 ss.

In questo caso un punto controverso concerne la questione che sorge in merito alla legittimazione attiva e passiva. Da un lato l'espressione 'parte' utilizzata dagli art. 21 e 28¹⁷³ sembra comprendere solamente i soggetti che avevano partecipato al procedimento originario di cui alla decisione da riconoscere ora in via incidentale, dall'altro lato non si può escludere che l'interesse al riconoscimento di una decisione emessa in altro Stato membro possa insorgere in capo a soggetti terzi, quali il pubblico ministero o altra analoga autorità se la legge nazionale lo prevede.

Per il ricorso alla procedura di riconoscimento *ex art. 37* è necessario il deposito del certificato di cui all'art. 39.

Il certificato è standardizzato in due modelli allegati al regolamento, uno per la decisione sullo scioglimento del vincolo matrimoniale, ed uno sulla decisione in materia di responsabilità genitoriale¹⁷⁴.

Il rilascio di tale certificato rappresenta un obbligo per l'autorità dello Stato d'origine della decisione, in considerazione della indispensabile sussistenza di tale documento per poter procedere al riconoscimento della decisione relative.

5. L'attribuzione della competenza nelle domande concernenti la responsabilità genitoriale

Dopo aver esaminato i criteri di attribuzione della competenza giurisdizionale nelle cause di divorzio, separazione personale ed annullamento del matrimonio, occorre ora analizzare la seconda area di disciplina, ovvero la competenza giurisdizionale in materia di responsabilità genitoriale¹⁷⁵.

¹⁷³ Art. 28: Decisioni esecutive. *'1. Le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale su un minore, emesse ed esecutive in un determinato Stato membro, sono eseguite in un altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata, purchè siano state notificate. 2. Tuttavia la decisione è eseguita in una delle tre parti del Regno Unito (Inghilterra e Galles, Scozia ed Irlanda del Nord) soltanto dopo esservi stata registrata per l'esecuzione, su istanza di una parte interessata'.*

¹⁷⁴ Cfr. sul punto BERGAMINI E., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare*, cit., p. 4693 ss., laddove si precisa che il modello di certificato prevede che debba contenere i punti essenziali della decisione, secondo una precisa elencazione formulata in modo da agevolare la lettura da parte del giudice di qualsiasi altro Stato membro.

¹⁷⁵ Cfr. sul tema CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit., p. 282, secondo cui la disciplina di cui al regolamento è finalizzata ad offrire strumenti di tutela immediata e si caratterizza per la natura modificabile delle decisioni adottabili, valevoli pertanto *rebus sic stantibus*. Per una disamina degli aspetti peculiari del regolamento in materia di responsabilità genitoriale si veda RAUSCHER T., *Parental responsibility cases*

Il concetto di responsabilità genitoriale innanzitutto comprende in sé la potestà genitoriale, che nel nostro ordinamento si ricava per esempio dagli art. 147 e 155 del Codice Civile e che rappresentava la vecchia dizione del regolamento 'Bruxelles II', nonché ricomprende tutti i diritti ed i doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica.

Tale responsabilità tuttavia è da riconoscere sia in capo a persona fisiche sia in capo a persone giuridiche, quali per esempio gli organismi di protezione per l'infanzia o i servizi sociali, assieme a tanti altri enti.

La responsabilità così inquadrata è notevolmente ampliata, vista la rilevanza correlata ai rapporti di fatto che si possono instaurare con i minori¹⁷⁶.

Essa viene determinata sulla base della residenza abituale del minore, ex art. 8, mantenendo pertanto una linea di continuità con la Convenzione de l'Aja sulla protezione dei minori del 5 ottobre 1961 e con la successiva Convenzione de l'Aja 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 minori del 19 ottobre 1996.

Ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. b, la disciplina comprende l'attribuzione, l'esercizio, la delega, la revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale.

All'art. 2, n. 7 troviamo la definizione della responsabilità genitoriale, che va intesa quale: *“complesso di diritti e 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. Il termine comprende in particolare il diritto di affidamento ed il diritto di visita”*.

La titolarità della responsabilità genitoriale, il diritto di affidamento ed il diritto di visita sono definiti rispettivamente ai numeri 8), 9), 10) dell'art. 2¹⁷⁷.

under the new Council Regulation “Brussels IIA”, in Eu.L.F., 1, 2005, p. 37 ss. ed anche RIMINI C., La responsabilità genitoriale nel regolamento comunitario n. 2201/2003, Atti del Convegno organizzato dal CSM “La Filiazione: realtà, principi e regole in evoluzione”, Roma, 7-8 Febbraio 2008.

¹⁷⁶ Cfr. sul punto D'AVACK L., *Il regolamento CE 2201/2003 entrato in vigore il 1° marzo 2005, in Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di Andriani M.C., Cedam, Padova, 2007, p. 129 ss, il quale rileva che il fatto che nel nostro ordinamento materie quali la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto sono decise attraverso provvedimenti disposti dall'autorità amministrativa con un provvedimento reso esecutivo con decreto del giudice tutelare non ostacola l'applicazione del regolamento, poiché all'art. 2 nel quadro definitorio si specifica che *'per quanto concerne la responsabilità genitoriale si deve intendere qualsiasi decisione a prescindere dalla denominazione usata, quale ad esempio decreto, sentenza, ordinanza'*.

Per quanto specificamente concerne il concetto di residenza abituale non viene né offerta una definizione in seno al regolamento, né viene tanto meno fatto richiamo alle legislazioni dei singoli Stati¹⁷⁸.

In considerazione della *ratio* che sottende al regolamento è possibile affermare che alla nozione di residenza abituale debba essere garantita la maggiore autonomia possibile e che altresì non debba tenersi conto della volontà di stabilire il centro permanente dei propri interessi, che se può risultare idonea per persone pienamente capaci di agire, così non può essere per i minori¹⁷⁹.

La complessità che emerge nell'opera di rinvenire una definizione valida del concetto di residenza abituale dei bambini è determinata, primo fra tutti, dal fatto che i fanciulli versano in una posizione che non consente loro di esercitare una volontà sul punto.

Da quanto discende dall'art. 9, c. 1, l'abitualità della residenza andrà evinta dalla stabilità locale che supera i tre mesi¹⁸⁰.

Un ulteriore criterio che individua un foro generale viene in rilievo nel caso in cui non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore e non sia possibile l'applicazione dell'art. 12 sulla proroga della competenza.

Tale elemento, ex art. 13, individua la competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato in cui il minore si trova al tempo in cui essi vengono aditi.

¹⁷⁷ Sul diritto di visita si rinvia *ex multis* a MAGRONE E. M., *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 2., p. 339 ss, nonché .

¹⁷⁸ Cfr. sul punto D'AVACK L., *Il regolamento CE 2201/2003 entrato in vigore il 1° marzo 2005*, cit., p. 128, il quale rileva che il precedente regolamento Bruxelles II non dava una definizione di potestà genitoriale, di modo che questa veniva definita ordinamento per ordinamento secondo i criteri ivi previsti. Il regolamento 2201/2003 all'art. 2, punto 7), abbandona l'espressione potestà genitoriale per utilizzare quella di responsabilità genitoriale.

¹⁷⁹ Sulla residenza abituale del minore ai sensi dell'art. 9 del regolamento si veda Corte giust. 2 aprile 2009, causa C-523/2007, *A.*, in *Racc.*, 2007, p. I-2805 ss. Nonché, per quanto attiene al nostro ordinamento la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 1984/2012 depositata il 13.02.12 sulla nozione della residenza abituale e sui criteri di giurisdizione per le domande in materia di responsabilità genitoriale.

¹⁸⁰ Art. 9: Ultrattività della competenza della precedente residenza abituale del minore. *'In caso di lecito trasferimento della residenza di un minore da uno Stato membro ad un altro che diventa la sua residenza abituale, la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro della precedente residenza abituale del minore permane in deroga all'art. 8 per un periodo di tre mesi dal trasferimento, per modificare una decisione sul diritto di visita resa in detto Stato membro prima del trasferimento del minore, quando il titolare del diritto di visita in virtù della decisione sul diritto di visita continua a risiedere abitualmente nello Stato membro della precedente residenza abituale del minore. 2. Il paragrafo 1 non si applica se il titolare del diritto di visita di cui al paragrafo 1, ha accettato la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui risiede abitualmente il minore partecipando ai procedimenti dinanzi ad esse senza contestarla'.*

Detto criterio¹⁸¹ non viene in applicazione nei casi in cui si verifichi un cambiamento di residenza, lecito o illecito che sia, o nel caso in cui si raggiunga un accordo tra i titolari della responsabilità genitoriale.

Il problema che pertanto si presenta come il più rilevante è senza dubbio quello di stabilire una nozione di residenza abituale nei casi in cui il minore soggiorni in uno Stato in cui non ha fissa dimora, laddove la Convenzioni de l'Aja hanno fissato un titolo di giurisdizione, come la Convenzione del 5 ottobre 1961, sulla competenza e la legge applicabile alla protezione del minore, la Convenzione del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori e la Convenzione del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore.

Precedentemente alla definizione fornita dal regolamento Bruxelles II *bis*, in dottrina ed in giurisprudenza si utilizzava una nozione decisamente uniforme sul termine di residenza abituale, come per esempio la Corte di Cassazione 7 luglio 2008, n. 18614¹⁸², che in applicazione della Convenzione del 1980 individua la residenza abituale nel *“luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgersi in detta località della sua quotidiana vita di relazione”*.

Ciò esposto secondo la nozione accolta può essere definita come residenza abituale il centro principale ed effettivo della vita del minore, e deve essere individuata a seguito di una valutazione sugli elementi di fatto.

Anche a livello comunitario sono state elaborate delle definizioni di residenza abituale, sempre caratterizzate dall'autonomia rispetto ai diritti nazionali, ma in settori che prescindono dalla materia della responsabilità genitoriale, e nello specifico nei rapporti di lavoro tra la Comunità europea ed i suoi dipendenti.

Sul presupposto che la nozione comunitaria avrebbe dovuto rispettare margini di autonomia dai diritti nazionali quanto più ampi possibile, un primo orientamento ha fatto propria della Comunità europea la definizione elaborata nell'ambito delle Convenzioni de l'Aja, un altro orientamento si è riportato ai precedenti giurisprudenziali della Corte di giustizia, richiamati dalla Relazione Borrás, secondo cui la residenza abituale consiste nel *“luogo in*

¹⁸¹ Criterio di vicinanza.

¹⁸² In riv dir. int. proc. 2009, p. 143.

*cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, fermo restando che, ai fini della determinazione del luogo di residenza abituale, occorre tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione*¹⁸³, mentre un altro orientamento dottrinale ancora ha elaborato i criteri già individuati nella guida pratica al regolamento, il quale specifica che il significato da attribuire alla nozione di residenza abituale va dedotto caso per caso e su base della valutazione delle circostanze di fatto del caso concreto, indicando solamente alcuni elementi ricostruttivi della nozione.

Una sentenza recente della Corte di giustizia ha esaminato il problema ponendo al vaglio numerosi aspetti rilevanti sulla questione¹⁸⁴.

Anche se non fornisce una definizione vera e propria della residenza abituale del minore, la Corte conferma innanzitutto la necessità di avvalersi di una autonoma nozione comunitaria a prescindere dalle nozioni offerte dai singoli ordinamenti statali, ed accogliendo la soluzione interpretativa offerta dalle citate Convenzioni de l'Aja.

La Corte di giustizia rigetta, per contro, la definizione di residenza abituale utilizzata per altri settori del diritto dell'Unione europea, quale quella elaborata nella Relazione Borràs.

La residenza abituale, secondo la Corte, va pertanto valutata sulla base delle circostanze fattuali del caso concreto e, non essendo sufficiente la mera presenza fisica, deve aversi riguardo alla non temporaneità e occasionalità della stessa, nonché all'integrazione del minore in un determinato ambiente sociale e familiare.

Secondo il punto 39 della sentenza, ai fini della determinazione della residenza abituale ‘ deve tenersi conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle

¹⁸³ Relazione esplicativa relativa alla convenzione stabilita sulla base dell'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali, (Testo approvato dal consiglio il 28 maggio 1998), elaborata dalla prof.ssa Alegria Borràs, in G.U. n. C221 del 16 luglio 1998, p. 27.

¹⁸⁴ Cfr. sul tema MARINO S., *Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della corte di giustizia CE*, in Riv. dir. proc., 2010, p. 467 ss, MELLONE M., *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in Riv. dir. int. priv. e proc., 2010, p. 685 ss., nonché ANDRAE M., *On the applicability of the Brussels II Regulation to State measures for the protection of the child*, in Eu.L.F., I, 2008, p. 189 ss.

conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato'.

La Corte fa propria la considerazione offerta nel caso dall'Avvocato generale, il quale aveva evidenziato, nel corso del procedimento di cui alla decisione, le esigenze di prossimità che il titolo di giurisdizione della residenza abituale avrebbe dovuto soddisfare, al fine di individuare il giudice che si trova in genere nella posizione più favorevole per valutare l'interesse superiore del minore, che, come abbiamo visto presidia l'intera normativa di cui al regolamento Bruxelles II *bis*, conformemente ai principi sanciti dalle Convenzioni de l'Aja.

Tanto considerato, è facile dunque comprendere la norma di cui all'art. 15 del regolamento, in cui si rinviene un meccanismo di flessibilità.

Esso dispone il trasferimento delle competenze in seno ad una giurisdizione più adatta alla trattazione del caso, in applicazione della Convenzione dell'Aja del 1996.

La condizione necessaria per il trasferimento del procedimento è rappresentata dal legame con uno Stato membro, ed in tal caso consiste nella circostanza che il minore in precedenza abbia risieduto in tale Stato membro o che di tale Stato sia cittadino, ovvero che in tale Paese abbia la residenza abituale uno dei titolari della responsabilità genitoriale, o ancora che in tale Paese il minore possieda beni patrimoniali.

Il trasferimento in oggetto, inoltre, non può essere disposto su iniziativa officiosa, bensì deve essere richiesto da un titolare della responsabilità genitoriale.

Il ruolo del giudice in questa procedura assume tuttavia un decisivo ruolo nel vaglio sulla corrispondenza del trasferimento del procedimento all'interesse superiore del minore.

Qualora si verifichi un cambio di residenza legittimo del minore la competenza dello Stato membro in cui il minore risiedeva continua a sussistere.

Nel caso di trasferimento del minore, la competenza generale diviene speciale.

Il trasferimento suddetto, difatti, comporta un'ultrattività della competenza giurisdizionale del giudice del luogo della residenza precedente, con il limite temporale di tre mesi per il caso di trasferimento lecito.

Tuttavia, ai fini del mantenimento della competenza giurisdizionale in capo al giudice di tale Stato, che già si è pronunciato sulla responsabilità genitoriale, è necessaria la sussistenza delle seguenti condizioni, che il minore si sia trasferito solo di recente nella

nuova residenza e che uno dei titolari della responsabilità genitoriale continui a risiedere nello Stato membro della precedente residenza del bambino.

Questo meccanismo permette che sia il giudice che meglio conosce la situazione del minore ad esprimersi.

I casi particolari di sottrazione di minori sono disciplinati dall'art. 10, in quanto fissano la competenza nello Stato nel quale il minore risiedeva prima del trasferimento illecito o del mancato rientro¹⁸⁵, evitando in tal modo l'utilizzo di mezzi illegali per incardinare la competenza giurisdizionale in Paesi diversi con l'intento di ottenere l'affidamento dei figli. Per contro, qualora non penda una istanza di ritorno del minore presentata entro il periodo di un anno, è possibile che la circostanza di fatto determinata dalla illecita sottrazione del minore, crea quale conseguenza il trasferimento della competenza giurisdizionale nello Stato di trasferimento del minore.

In base all'art. 11, è previsto un particolare meccanismo processuale, per il caso in cui si presenti un'istanza all'autorità giudiziaria per ottenere il ritorno del minore illecitamente trasferito o trattenuto, che tendenzialmente presuppone la competenza generale del giudice di residenza.

In sostanza si richiede che venga ascoltato il minore durante il procedimento quando ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità, e che la

¹⁸⁵ Art. 10. Competenza nei casi di sottrazione di minori. *'In caso di trasferimento illecito o mancato rientro del minore, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro conserva la competenza giurisdizionale fino a che il minore non abbia acquisito la residenza in un altro Stato membro e: a) se ciascuna persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha accettato il trasferimento o mancato rientro; b) se il minore ha soggiornato in quell'altro Stato membro almeno per un anno da quando la persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava e il minore si è integrato nel nuovo ambiente e se ricorre una qualsiasi delle seguenti condizioni: i) entro un anno da quando il titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava non è stata presentata alcuna domanda di ritorno del minore dinanzi alle autorità competenti dello stato membro nel quale il minore è stato trasferito o dal quale non ha fatto rientro; ii) una domanda di ritorno presentata dal titolare del diritto di affidamento è stata ritirata e non è stata presentata una nuova domanda entro il termine di cui al punto i); iii) un procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro è stato definito a norma dell'art. 11, paragrafo 7, iv) l'autorità giurisdizionale dello stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o del mancato ritorno ha emanato una decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore'.*

decisione sia presa in tempi brevi, come dispongono gli art. 12¹⁸⁶ e 13 della Convenzione del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione dei minori.

Il procedimento suddetto prevede l'applicazione delle regole di attrazione avanti al giudice competente relativamente al vincolo matrimoniale *ex art. 12*, sulla proroga della competenza.

La disciplina prevede che il giudice del divorzio, della separazione personale o dell'annullamento sia competente altresì in ordine alle domande relative alla responsabilità genitoriale, nei casi in cui almeno uno di essi eserciti la potestà, meglio responsabilità genitoriale, ed entrambi lo accettino.

Anche in questo caso non si può prescindere dal vaglio della conformità con l'interesse superiore del minore.

Questo meccanismo a tutti gli effetti mette in risalto la connessione con un procedimento pendente avanti ad un giudice diverso, fissando un titolo particolare di giurisdizione¹⁸⁷.

La connessione non potrà tuttavia essere disposta nel caso in cui la causa sul vincolo sia stata definita con sentenza passata in giudicato, ai sensi dell'art. 12, c. 2, lett. a e lett. b, secondo cui rispettivamente un giudicato precedente impedisce l'attivazione del procedimento di responsabilità, ed un giudicato attinto sul vincolo fa cessare la connessione.

Ad ogni modo, qualora il procedimento sul vincolo matrimoniale sia terminato, per qualsiasi ragione diversa dalla pronuncia della decisione definitiva, il titolo particolare di giurisdizione in capo al giudice della responsabilità genitoriale verrà meno.

¹⁸⁶ Cfr sul punto DI LIETO A., *Il regolamento n. 2201/2003 relativo*, cit. p. 126, secondo cui l'art. 12 si presenta per il favor che attribuisce alle parti con una certa libertà di scelta; i coniugi infatti possono acconsentire a che il giudice che ha emesso la decisione sul divorzio sia competente anche a decidere in materia di responsabilità genitoriale sui figli di entrambi i coniugi o che tutti i titolari della responsabilità genitoriale possano decidere di comune accordo di adire i giudici di uno stato membro con cui il minore abbia un legame sostanziale. Si fa l'esempio di un legame dipendente dalla residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale o della cittadinanza del minore. Si ricorda che il giudice, scelto su accordo dei titolari della responsabilità genitoriale in virtù della flessibilità accordata, dovrà sempre effettuare un controllo sulla rispondenza dell'assunzione della competenza all'interesse superiore del minore.

¹⁸⁷ Cfr. sul tema CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit., p. 283, secondo cui trattasi di un'ipotesi singolare di competenza per connessione davanti a giudici diversi, intesi nelle autorità giurisdizionali dello stato membro, la cui possibilità di attivazione viene meno nel momento in cui la causa principale sia terminata. Gli autori rilevano come in questo caso ci si allontani dalla applicazione del principio della *perpetuatio jurisdictionis*, che il nostro c.p.c. disciplina all'art. 5, in quanto prevede un difetto sopravvenuto di giurisdizione.

Ciò non significa tuttavia il venire meno della competenza, bensì comporta la sua inoperatività nel caso in cui la vicenda principale si sia esaurita prima della instaurazione della causa di responsabilità.

Altro titolo di giurisdizione particolare è previsto dall'art. 12 c. 3, che valorizza la volontà delle parti.

In questa norma si prevede uno specifico titolo di giurisdizione nella concorrenza tra cittadinanza del minore, o abituale residenza del titolare della responsabilità genitoriale, e l'inequivoca accettazione di tutte le parti, in qualsiasi modo manifestata, fin dagli inizi del procedimento; rimane salvo il vaglio sulla conformità al superiore interesse del minore.

Sussiste infine la competenza giurisdizionale residua, ex art. 7, c. 1, che viene determinata dalla legge dello Stato membro del giudice adito ove nessun giudice di altro Stato membro sia competente sulla base di un titolo previsto dal regolamento.

Infine, con riferimento al generale campo di applicazione del regolamento 2201/2003, si evidenzia che lo stesso richiama al considerando n. 11 le obbligazioni alimentari, dichiarando che esse, seppure in via generale escluse dal suo campo di applicazione, quando siano accessorie ad un procedimento in materia di responsabilità genitoriale, possono essere decise dallo stesso giudice competente per la responsabilità genitoriale¹⁸⁸.

6. Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale

Tutta la normativa del regolamento, per quanto concerne, *ratione materiae*, la disciplina della responsabilità genitoriale si ispira ai principi della Carta dei diritti dell'Unione europea, e nello specifico ha promosso la finalità di 'garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino dell'art. 24 della Carta¹⁸⁹'.

¹⁸⁸ Per una disamina sul punto cfr. BARUFFI M. C., *Il riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari verso i minori: l'Unione europea e gli Stati Uniti a confronto* in...riprendi i riferimenti p. 44

¹⁸⁹ Cfr. sul tema URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva 'europea'*, cit. p. 576, secondo cui al tal fine sono state ridefinite le regole processuali nel momento in cui la Carta, al tempo della sua proclamazione avvenuta nel dicembre 2000 a Nizza, che sembrava destinata a divenir parte integrante di una complessa struttura, la cui realizzazione aveva determinato il lavoro di revisione dei Trattati svolto dalla Convenzione, strumentale alla stesura della costituzione per l'Europa.

Il regolamento è stato pensato e strutturato con una doppia finalità, quella di tutelare e garantire da un lato il diritto del minore al riconoscimento più veloce possibile delle decisioni che lo riguardano quanto a titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale, evitando possibili lungaggini nella definizione delle posizioni che lo concernono; dall'altro lato, il regolamento persegue altresì la finalità di garantire ai genitori, che siano coniugati o meno, l'esercizio del diritto di visita o di affidamento¹⁹⁰.

In questi casi, considerata la natura della materia, appare evidente che la celerità della definizione dei procedimenti è insita nella tutela da garantire sia al fanciullo, sia ai suoi genitori.

Ciò considerato non si può escludere il bilanciamento dei diritti suddetti con quelli della difesa di chi intenda contestare eventuali decisioni prese in sua assenza.

Proprio tale esigenza ha condotto il legislatore comunitario a concepire il regolamento secondo un sistema volto a facilitare la circolazione delle decisioni in materia matrimoniale prevedendo una disciplina impostata sul solo riconoscimento automatico quale regola generale; dall'altro lato, sempre nel rispetto delle esigenze di celerità e speditezza, ha strutturato un procedimento volto anche alla esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale¹⁹¹.

Come già anticipato, con riferimento al diritto di visita e di rimpatrio dei minori sottratti, si prevede la possibilità di domandare direttamente l'esecuzione, esulando dalla procedura di *exequatur*, in applicazione del principio del riconoscimento automatico.

Per gli altri casi, il regolamento si richiama al modello proposto dal precedente regolamento 'Bruxelles II', offrendo un procedimento sommario suddiviso in due fasi.

Ai sensi degli art. 30, c.1, 37 e 39, il procedimento viene incardinato con il deposito di una istanza, ai sensi delle normative dei singoli Stati membri in cui si domanda l'esecuzione della decisione inerente la materia delle responsabilità genitoriale.

¹⁹⁰ Cfr. sul tema CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit., p. 287 ss.

¹⁹¹ L'art. 27 del regolamento prevede la disciplina della sospensione del procedimento. Si ricorda che quando si intenda procedere in via principale al riconoscimento o all'esecuzione non è richiesto il passaggio in giudicato della decisione, che è invece richiesto per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile. Si crea così la possibilità che nel corso del procedimento di riconoscimento la decisione venga impugnata con mezzo ordinario nello stato d'origine. Pertanto all'autorità giurisdizionale alla quale viene richiesto il riconoscimento è data la facoltà di sospendere d'ufficio il procedimento in attesa della decisione sulla impugnazione.

Successivamente, l'istante ha l'onere di eleggere il domicilio, oppure, nel caso in cui ciò non sia previsto nello Stato dell'esecuzione, di designare un procuratore, ai sensi dell'art. 30, c. 2.

La prima delle due fasi è definita *inaudita altera parte*, senza indugio dall'autorità giudiziaria adita, in seno alla quale non è consentita né l'audizione del minore, né la produzione di osservazioni da parte di colui contro il quale è stata domandata l'esecuzione della decisione.

Il possibile rigetto dell'istanza avviene nelle sole ipotesi di sussistenza di ragioni ostative al riconoscimento delle decisioni straniere, ai sensi degli art. 22, 23 e 24¹⁹².

Pertanto, oltre alle situazioni di cui all'art. 22, sono richiamate le situazioni di cui al successivo art. 23, secondo cui l'istanza è rigettata qualora: a) vi sia contrarietà della decisione all'ordine pubblico dello Stato richiesto, tenuto conto dell'interesse superiore del minore; b) sia mancata la possibilità per il minore di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello stato richiesto, tranne che nei casi di urgenza; c) nell'emanazione di una decisione resa in contumacia, se non si sia data la possibilità al convenuto, cui non è stato notificato o comunicato l'atto introduttivo del giudizio, di esercitare il proprio diritto di difesa, a meno che questi abbia accettato la decisione inequivocabilmente; d) sia mancato l'ascolto della parte che ritiene la decisione lesiva della propria responsabilità genitoriale, su sua richiesta; e) vi sia incompatibilità della decisione con altra successiva, in tema di responsabilità dei genitori, resa nello Stato membro richiesto; f) oppure sia resa in un altro Stato membro o in uno Stato esterno all'Unione europea, ove risieda il minore, se in questi ultimi due casi la decisione soddisfi le condizioni prescritte ai fini del riconoscimento, nello Stato richiesto; g) infine, sussistano le ipotesi di violazione della procedura sul collocamento del minore in un istituto o in una famiglia affidataria, *ex art. 56*.

La prima fase, pertanto, consiste nella verifica volta ad appurare la configurabilità di una delle descritte ragioni ostative, laddove il giudice decide immediatamente ed *inaudita altera parte*.

La seconda fase, solo eventuale, sorge con la proposizione dell'opposizione avverso tale decisione, *ex art. 33, c. 1* e si caratterizza per il rispetto del principio del contraddittorio, ai

¹⁹² Sulla tematica cfr. BERGAMINI E., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare*, cit., p. 4679 ss.

sensi dell'art. 33, c. 3; questa seconda fase si svolge davanti al medesimo giudice secondo le norme di procedura dello Stato membro richiesto.

L'art. 33, c. 5 prevede un termine di un mese dalla notificazione della dichiarazione di esecutività per la presentazione dell'opposizione, con la precisazione che il termine è invece di due mesi, qualora la parte contro la quale è richiesta l'esecuzione risieda abitualmente in uno Stato membro diverso da quello ove è stata emessa la dichiarazione di esecutività.

Nella seconda fase di opposizione sarà sempre possibile l'impugnazione della decisione raggiunta, ex art. 34, secondo le normative di ciascun Stato membro.

In Italia, detta impugnativa andrà esperita, come avveniva per il regolamento 1347/2000, nelle forme del ricorso per Cassazione.

I motivi della impugnazione dovranno essere ricondotti alle singole e tassative ragioni ostative al riconoscimento.

In questo settore, le cui decisioni incidono su status personali o familiari, allo Stato al quale è richiesto il riconoscimento è concessa la possibilità di bilanciare i principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico con l'interesse comunitario alla libera circolazione delle persone.

Ciò dovrà avvenire nel quadro di una diligente valutazione della rispondenza di ogni singola decisione ai valori giuridici accolti all'interno dell'Unione, sia da parte delle normative, sia da parte della giurisprudenza¹⁹³, sia nel bilanciamento della dimensione comunitaria e di quella internazionale dei principi suddetti.

L'art. 59, c. 1 del regolamento, primo tra le norme che disciplinano le relazioni con altri atti normativi, stabilisce la priorità della normativa del regolamento su quella delle convenzioni vigenti al momento della sua entrata in vigore, nelle materie ivi disciplinate.

¹⁹³ Cfr. sul tema uno su tutti, URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva 'europea'*, cit. p. 581, secondo cui il risultato ottenuto con l'introduzione di queste previsioni è stato quello di aver posto le basi per un ampliamento delle garanzie nell'ambito in esame, nella materia processuale, nell'ottica della mediazione e bilanciamento tra le fonti, sia di diritto interno, sia di diritto internazionale, di natura sostanziale o processuale. Nonostante il Capo V del regolamento sia dedicato altresì alle 'relazioni con altri atti normativi', con una serie di previsioni all'uopo dedicate, l'Autore rileva che già dalla lettura delle norme in questione si evince che non sempre queste raggiungano l'equilibrio sperato tra la dimensione comunitaria e quella internazionale.

Il requisito imprescindibile perché si abbia prevalenza delle norme del regolamento su norme di convenzioni bilaterali o multilaterali, è che esse disciplinino *in pari materia*¹⁹⁴.

Con riguardo alla cittadinanza, ad ogni modo, nel regolamento sono previste alcune differenze quanto a disciplina. E' possibile fare l'esempio della distinzione tra i casi in cui l'attore sia cittadino dello Stato membro in cui risiede abitualmente e quelli in cui non lo sia, ai fini della individuazione del foro competente secondo le norme sulla competenza giurisdizionale, per consentirgli il *favor* di un periodo più breve di residenza, sei mesi anziché un anno, per la proposizione della domanda.

Ciò senza dubbio rappresenta una contraddizione sostanziale tra l'affermazione di principio e la norma applicativa, ai fini della individuazione del foro dell'attore, ex art. 3, c.1.

Per quanto concerne il rapporto con le principali convenzioni multilaterali rilevanti in materia, l'art. 60 sancisce la prevalenza del regolamento su una serie tassativa di esse, laddove si richiamano, tra le convenzioni elaborate dalla Conferenza de l'Aja, la Convenzione del 5 ottobre 1961, in tema di protezione dei minori, la Convenzione del 1 giugno 1970, sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali, quella del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, e tra le Convenzioni del Consiglio d'Europa, la Convenzione del Lussemburgo dell'8 settembre 1967 sulle decisioni relative al vincolo matrimoniale e quella del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento.

Un ruolo di preminenza tra tutte è stato attribuito alla convenzione de l'Aja del 19 ottobre 1996, in materia di competenza giurisdizionale, di legge applicabile, di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, e di cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori.

Se in un primo momento l'idea prevalente nella Comunità europea era quella di aderire alla Convenzione, successivamente si optò per una soluzione di compromesso, sul reciproco coordinamento tra il regolamento e la Convenzione de l'Aja del 1996, attraverso la

¹⁹⁴ Cfr. l'opinione di URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva 'europea'*, cit. p. 581, ciò afferma il divieto di stabilire un trattamento differenziato dei cittadini dell'Unione europea a seconda della loro cittadinanza. Ciò comporta la formale enunciazione del principio di non discriminazione nel sistema del regolamento 'Bruxelles II bis', nonostante la centralità dello stesso potesse dirsi affermata prime di tale enunciazione solenne.

creazione di una regola di prevalenza del regolamento che garantisce allo stesso una vasta area di applicabilità.

Questa regola determina l'automatica applicazione delle norme del regolamento ogni qual volta il minore abbia la propria residenza abituale nel territorio di uno Stato membro dell'Unione.

Senza escludere che il regolamento rimane applicabile altresì ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione in uno Stato membro, di una decisione in materia di responsabilità dei genitori o di protezione dei minori, pronunciata da un giudice competente di un altro Stato membro, anche nei casi in cui il minore non sia abitualmente residente in uno Stato dell'Unione europea, purchè questo Stato sia contraente della Convenzione de l'Aja del 1996¹⁹⁵.

Per concludere, si ricorda che il regolamento 'Bruxelles II bis', come già il regolamento 'Bruxelles II', ha lasciato intatta l'applicabilità, quanto al rapporto con fonti diverse, dei Trattati con la Santa Sede.

Rimane intatta l'applicabilità del Trattato internazionale con il Portogallo concluso nel 1940, del Concordato lateranense del 1929, come modificato dal successivo accordo con l'Italia raggiunto nel 1984, e dell'accordo con la Spagna del 1979, in tema di questioni giuridiche.

In tal modo per il Portogallo ciò comporta il riconoscimento delle decisioni pronunciate da Tribunali ecclesiastici negli stati membri dell'Unione, in materia di invalidità del matrimonio, e per la Spagna e l'Italia, la possibilità di sottoporre il riconoscimento di tali decisioni alle procedure ed ai controlli applicabili alle sentenze dei tribunali ecclesiastici pronunciate in base ai trattati internazionali con la Santa Sede.

7. La litispendenza e la connessione

I casi di litispendenza e connessione sono regolati da norme che completano la disciplina sulla competenza giurisdizionale di cui al regolamento, in materia matrimoniale e di

¹⁹⁵ Cfr. sul tema uno su tutti, URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva 'europea'*, cit. p. 581, secondo cui dalla sola lettura di tale norma il proposito di semplificazione del sistema normativo di cui al regolamento Bruxelles II bis, potrebbe determinare il risultato opposto nelle ipotesi in cui il minore non abbia più un collegamento stretto con uno Stato dell'Unione europea.

responsabilità genitoriale, e tale disciplina è stata concepita allo scopo di coordinare l'esercizio della giurisdizione tra gli Stati membri¹⁹⁶.

Prima di tutto è stata disciplinata la verifica che il giudice adito deve effettuare sulla propria competenza, prevedendone casi e modi.

In considerazione della sussistenza, per la materia matrimoniale, di fori esclusivi, e per la responsabilità genitoriale, di fori individuati con la finalità di garantire l'interesse superiore del minore, nei casi di incompetenza il giudice adito ha l'obbligo di dichiarare la propria incompetenza d'ufficio, ai sensi dell'art. 17, a nulla venendo in rilievo l'eccezione di parte, o la contumacia del convenuto.

L'art. 16 del regolamento determina il momento in cui un'autorità è da ritenersi adita, in accoglimento della scelta di creare un autonomo ed uniforme criterio, evitando il richiamo a discipline interne quanto alla definizione suddetta.

Ai sensi dell'art. 16 pertanto l'autorità giurisdizionale si considera adita: a) alla data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è depositato presso l'autorità giurisdizionale, purchè successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché fosse effettuata la notificazione al convenuto; b) se l'atto deve essere notificato prima di essere depositato presso l'autorità giurisdizionale, alla data in cui l'autorità competente ai fini della notificazione lo riceve, purchè successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché l'atto fosse depositato presso l'autorità giurisdizionale.

L'art. 19 è stato steso allo scopo di risolvere la questione della litispendenza¹⁹⁷, ossia della contemporanea pendenza di una lite, di cui descriveremo or ora i caratteri, avanti a più giudici.

Alla luce delle esigenze di uniformità delle decisioni sul piano europeo, per le quali si vuole evitare il rischio della emanazione di provvedimenti in contrasto tra loro si è ritenuto che un solo giudice decida della controversia.

¹⁹⁶ Sulla litispendenza, ed in particolar modo, sulle soluzioni alla sospensione d'ufficio del procedimento da parte del giudice italiano adito successivamente (inammissibilità del regolamento di giurisdizione e ammissibilità di quello di competenza ex art. 42 c.p.c) si vedano i provvedimenti della Corte di Cassazione del 7 maggio 2004, n. 8748 (ord.), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 424, e le Sezioni Unite del 12 maggio 2006, n. 11001, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 198.

¹⁹⁷ Cfr. sul tema MARINO S., *I regolamenti comunitari: Bruxelles II bis e Roma III*, cit. p.73 ss., secondo cui tale situazione può verificarsi proprio in materia matrimoniale in considerazione che il regolamento stesso individua più giudici alternativamente competenti; ciascun coniuge, pertanto, potrebbe instaurare separatamente un procedimento avanti un diverso giudice, ritenuto più favorevole nel suo caso, determinandosi così la litispendenza.

Nel caso contrario non si potrebbe garantire ai coniugi una decisione unanime sul loro *status*, né, cosa ancor più grave, si potrebbe stabilire univocamente in cosa consistano i loro diritti ed obblighi con riferimento al minore di cui abbiano la responsabilità genitoriale.

Quindi l'art. 19 fissa il criterio della prevenzione per disciplinare queste ipotesi.

Come si evince dal tenore letterale della norma, il regolamento ha accolto la scelta di distinguere le questioni di litispendenza e connessione con riferimento alla tipologia di causa matrimoniale da un lato, e in materia di responsabilità genitoriale dall'altro.

Si rileva che l'art. 19 così come strutturato accoglie l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia sull'art. 21 della Convenzione di Bruxelles¹⁹⁸.

Entrambi i casi prevedono che l'autorità adita successivamente sospenda il procedimento in attesa dell'accertamento di competenza da parte del giudice adito preventivamente e, al fine di evitare conflitti negativi di competenza, l'art. 19, c. 3, prima parte, consente al giudice successivamente adito, di dichiarare la propria incompetenza e respingere la domanda solo quando sia stata accertata la competenza del giudice preventivamente adito.

Questi verificherà la competenza sulla base degli artt. 2-6 del regolamento ovvero, in via subordinata, su base del proprio diritto processuale.

Nel caso in cui venga in rilievo la responsabilità genitoriale si richiede altresì che i procedimenti abbiano lo stesso oggetto ed il medesimo titolo, escludendo la rilevanza delle ipotesi di connessione.

Per contro, nelle cause matrimoniali invece non si richiede l'identità di oggetto e titolo, in considerazione delle divergenze nelle legislazioni degli Stati membri circa le possibili ipotesi di scioglimento del vincolo, pertanto in questa materia l'ipotesi di connessione di cause relative allo stesso rapporto matrimoniale è equiparata all'ipotesi di litispendenza.

Ciò rappresenta una importante novità, in quanto si ha un'ipotesi di litispendenza che dalla necessaria sussistenza di domande con stesso oggetto e titolo, bensì richiede soltanto che le

¹⁹⁸ L'avvocato Generale Tesauro nelle conclusioni alla causa n. C-406/92, *Tatry c. Maciej Rataj*, sent. del 6 dicembre 1994, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5439, afferma che 'sono necessarie e sufficienti, perché l'art. 21 trovi applicazione, l'identità delle parti, indipendentemente dalla posizione processuale assunta dall'una o dall'altra nei due procedimenti, e l'identità del rapporto giuridico fondamentale dal quale derivano le situazioni fatte valere dalle parti: quest'ultima situazione si verifica, in particolare, quando la questione sollevata in una causa costituisca il presupposto logico della domanda formante oggetto dell'altra, o quando domande diverse siano comunque riconducibili ad una situazione sostanzialmente unica'.

domande pendenti siano relative al divorzio, alla separazione personale o all'annullamento¹⁹⁹.

Ciò avviene in quanto l'art. 19 ha accolto una nozione ampia di litispendenza in materia matrimoniale, tale da configurare una litispendenza impropria²⁰⁰.

Sulla scorta di quanto detto risulta evidente che nell'ambito del regolamento si accoglie il principio di prevenzione, accordando la precedenza al procedimento per primo divenuto pendente, ai sensi dell'art. 16.

Con l'accoglimento di tale allargata concezione di litispendenza si è perseguito l'obiettivo di trattare unitariamente tutte le cause relative alla medesima situazione in un unico processo, per la promozione di un reale spazio giudiziario europeo.

La normativa così come strutturata attribuisce al giudice adito con la domanda principale la competenza altresì a conoscere delle domande proposte in via riconvenzionale.

Pertanto, la parte che ha proposto la domanda davanti al giudice successivamente adito può proporla davanti al giudice preventivamente adito senza incorrere in quelle limitazioni o preclusioni che i diritti processuali interni prevedono per la proposizione di domande riconvenzionali o per la riunione di procedimenti connessi.

Anche se il regolamento disciplina la sola ipotesi di litispendenza, si ritiene che nell'ampia nozione si debbano ricondurre altresì i casi di connessione.

La normativa di cui all'art. 19 impone che al fine di poter instaurare utilmente altra causa relativa allo stesso rapporto matrimoniale è necessario attendere la definitività della decisione del primo giudice, con il suo passaggio in giudicato.

L'art. 19, c. 4 determina il momento in cui si ha la pendenza della lite, richiamando in via alternativa la data in cui è stata depositata la domanda giudiziale o un atto equivalente, oppure, se la *lex fori* prevede che l'atto debba essere notificato al convenuto prima di essere depositato presso il giudice, la data in cui l'atto è stato ricevuto dall'autorità competente

¹⁹⁹ Cfr. DI LIETO A., *Il regolamento n. 2201/2003*, cit. p. 128, per cui ciò che rileva è se il 'nocciolo' di entrambi i procedimenti sia più o meno uguale.

²⁰⁰ Cfr. sul tema MARINO S., *I regolamenti comunitari: Bruxelles II bis e Roma III.*, cit. p.73 ss., secondo cui è sufficiente l'identità delle parti e non del titolo, difatti si è ritenuto che provvedimenti emanati da giudici di Stati membri fossero in contrasto per esempio anche quando l'uno si pronunci favorevolmente sul divorzio dei coniugi e l'altro sfavorevolmente in merito alla domanda sulla loro separazione. Da ciò si ricava che la situazione di litispendenza si crea anche nei casi in cui le domande siano diverse, pur tuttavia rientrando nel campo di applicazione del regolamento.

per la notificazione, sempre che l'attore abbia rispettato le formalità dettate per la notificazione della domanda al convenuto e per il deposito presso la cancelleria del giudice. Nonostante il regolamento 'Bruxelles II bis' abbia apportato notevoli innovazioni rispetto al regolamento precedente, permangono alcune questioni problematiche con riferimento alla combinazione tra sistema di attribuzione della competenza giurisdizionale fondato su criteri alternativi e la disciplina appena descritta sulla litispendenza.

Il meccanismo che consente l'incardinazione di una causa avanti al giudice preventivamente adito, favorisce il fenomeno del cd. *forum running*.

Ciascun coniuge ha tutto l'interesse ad instaurare la causa di scioglimento del vincolo matrimoniale dinanzi al giudice la cui legge nazionale appare maggiormente favorevole al suo caso, o nel senso di consentire il raggiungimento di un certo risultato, o nel senso di eludere una certa normativa²⁰¹.

8. I provvedimenti provvisori e cautelari

L'art. 20 del regolamento fissa un rinvio generale alle norme nazionali sulla competenza nei casi di urgenza per misure provvisorie e per misure cautelari²⁰².

Tali misure sono quelle che si rendano necessarie in relazione alle persone o ai beni che si trovano nello Stato in cui pende il procedimento, ma la medesima regola vale anche per l'ipotesi in cui competenti a decidere sulla causa principale, nelle materie matrimoniale e di responsabilità genitoriale, siano i giudici di altro Stato membro.

Ai sensi dell'art. 20, primo comma: *'in casi di urgenza, le disposizioni del presente regolamento non ostano a che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro adottino i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati, anche se, a norma del presente*

²⁰¹ Cfr. sul tema MARINO S., *I regolamenti comunitari: Bruxelles II bis e Roma III*, cit. p.82 ss., secondo cui la proposta di regolamento 'Roma III' è finalizzata a determinare i criteri di collegamento per l'individuazione della legge applicabile, in modo che qualsiasi giudice potenzialmente competente applichi la medesima legge, facendo venir meno uno dei motivi di *favor* per il coniuge che nella vigenza del sistema attuale adisca uno o altro giudice.

²⁰² In tema di provvedimenti provvisori ed urgenti si veda FRAGOLA M., *Il primo caso di rinvio pregiudiziale <d'urgenza>: il caso Rinau*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 4, p. 765 ss.

regolamento, è competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro'.

Ai sensi del secondo comma del medesimo art. 20: *'i provvedimenti adottati in esecuzione del paragrafo I cessano di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente in virtù del presente regolamento a conoscere del merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti opportuni'.*

Sebbene il regolamento non fornisca una definizione di 'provvedimenti provvisori o cautelari' è possibile richiamarsi alla esplicazione offerta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, nella sua opera interpretativa della Convenzione di Bruxelles del 1968²⁰³.

In linea di continuità con quanto già disposto nella Convenzione de l'Aja del 1996, in merito alle persone o ai beni presenti nel proprio territorio si incardina la competenza ad adottare questi provvedimenti altresì in capo ad un'autorità non competente nel merito, proprio sul presupposto dell'urgenza.

Il medesimo presupposto si trova alla base anche della previsione secondo cui i provvedimenti cautelari e provvisori continuano a trovare applicazione e mantengono la loro efficacia solamente fino a che l'autorità competente non abbia provveduto in via autonoma a decidere sul punto²⁰⁴.

Una volta che la cognizione sul punto sarà raggiunta da parte del giudice competente nel merito, questi sarà in grado di adottare i provvedimenti cautelari che automaticamente prevarranno su quelli adottati dal foro esorbitante ed efficaci fino a quel momento.

Per ciò che rileva nel nostro ordinamento, in base alla legislazione italiana l'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti avverrà in base all'art. 708, c. 3, c.p.c. e all'art. 4, c. 8 l. n. 898/70, mentre rispetto all'art. 669- novies c.p.c., la norma di cui all'art. 20 del regolamento rappresenta un'ulteriore causa di inefficacia, tanto da determinarsi una sostituzione in termini di efficacia del provvedimento dato dal giudice competente nel

²⁰³ Secondo sent. 17 novembre 1998, causa c-391/95, *Van Uden, Raccolta*, I-2277, nell'espressione provvedimenti provvisori o cautelari possono ricondursi tutti quei provvedimenti provvisori e strumentali rispetto al giudizio principale di merito.

²⁰⁴ Cfr. sul punto BERGAMINI E., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare*, cit. p. 4675, secondo cui tale previsione è finalizzata a consentire un intervento di emergenza da parte della pubblica autorità giudiziaria o non, come per esempio i servizi sociali in merito alla situazione di un minore, la quale autorità si trovi in quella situazione contingente più vicina alla situazione ed al soggetto o bene, e pertanto reputata maggiormente idonea alla salvaguardia degli interessi da tutelare, in attesa di una pronuncia da parte dell'autorità competente ai sensi del regolamento.

merito ai sensi del regolamento, al provvedimento dato dal giudice del foro ove si sia reso necessario procedere d'urgenza sulla base della legge nazionale²⁰⁵.

Esulano dal campo di applicazione di questa norma, come dal resto del regolamento, le obbligazioni alimentari ed ogni provvedimento cautelare adottabile in tal senso.

Tanto si afferma in considerazione dell'impossibilità di qualificare nel senso della provvisorietà *ex art. 20* la previsione di corrispondere una somma al coniuge nell'ambito di un procedimento per lo scioglimento del vincolo coniugale.

D'altronde nel caso in cui il giudice competente per il merito addivenisse ad una modifica del provvedimento già adottato dal giudice di altro Stato non sussisterebbe alcuna ipotesi per eventuali rimborsi; le obbligazioni alimentari non possono nemmeno venire in rilievo quali misure conservative per i casi di urgenza.

Le Corti nazionali si sono sempre mantenute su una linea di interpretazione restrittiva quanto alla possibilità di adottare provvedimenti provvisori da parte di una autorità giurisdizionale che non sia competente nel merito.

Ciò onde evitare che il convenuto adisca successivamente una autorità non competente nel merito con il preciso fine di ottenere un provvedimento cautelare a condizioni maggiormente favorevoli.

9. Le disposizioni transitorie e finali del regolamento

L'art. 64 del regolamento contiene la disciplina di cui alle disposizioni transitorie, la cui formulazione si è resa necessaria al fine di coordinare il regolamento Bruxelles II col regolamento Bruxelles II *bis*.

Pertanto si è proceduto ad individuare il campo di applicazione temporale dei due regolamenti, individuando innanzitutto, quale oggetto, le sole azioni, gli atti pubblici

²⁰⁵ Crf. sul tema CAMPEIS G. e DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, cit. p. 280 ss, secondo cui il secondo comma dell'art. 20 attribuisce, senza necessità di ricorrere al riconoscimento, efficacia ablativa ai provvedimenti provvisori e cautelari adottati dal giudice di merito, i quali vanno a vanificare quelli dati dal giudice competente del luogo di attuazione, e di cui il primo comma dà atto, in assenza tuttavia di una efficacia fondante una giurisdizione di per sé autonomamente sussistente per disposizione interna.

formati e gli accordi tra le parti conclusi posteriormente alla data in cui il regolamento è entrato in applicazione secondo l'art. 72²⁰⁶.

Nello specifico l'art. 64 si preoccupa di delimitare l'ambito di applicazione temporale del regolamento con riguardo al riconoscimento delle decisioni, compresa la procedura di dispensa dall'*exequatur* di cui al capo III nelle materie del diritto di visita e di ritorno del minore.

Al comma 2 dell'art. 64 si dispone che sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo III le decisioni pronunciate dopo l'entrata in vigore del regolamento, alle decisioni pronunciate dopo l'entrata in vigore del regolamento Bruxelles II *bis*, anche se la relativa azione era iniziata prima, a condizione che le decisioni che vengono in rilievo siano state pronunciate a seguito dell'entrata in vigore del regolamento Bruxelles II²⁰⁷, e se tali decisioni siano state pronunciate sulla base di regole di competenza conformi a uno dei due regolamenti o ad una convenzione in vigore tra lo Stato membro ove è stata pronunciata la decisione e lo Stato membro laddove se ne chiede il riconoscimento attraverso la proposizione dell'azione.

Per ciò che riguarda le decisioni pronunciate prima del 1° marzo 2005, data dell'entrata in applicazione del regolamento Bruxelles II *bis*, il comma 4 dell'art. 64, limita *ratione materiae*, l'applicazione del medesimo regolamento al riconoscimento ed alla esecuzione delle decisioni nei soli casi di decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, ovvero decisioni relative alla responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune, emesse in occasione dei medesimi procedimenti matrimoniali, e sempre se si tratti di decisioni basate su regola di competenza riconducibili o al regolamento Bruxelles II o al regolamento Bruxelles II *bis*, o conformi altresì ad una convenzione in vigore tra lo Stato membro dell'autorità che ha emesso la decisione e lo Stato membro in cui se ne chiede il riconoscimento.

²⁰⁶ Art. 72: '1. Il presente regolamento entra in vigore il 1° agosto 2004. 2. Il presente regolamento sia applica dal 1° marzo 2005, ad eccezione degli articoli 67, 68, 69 e 70 che si applicano dal 1° agosto 2004. 3. Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri in base al trattato che istituisce la Comunità europea.

²⁰⁷ Art. 64, c. 3: 'Le decisioni pronunciate prima dell'entrata in applicazione del presente regolamento, relative ad azioni proposte dopo l'entrata in vigore del regolamento (CE)n. 1347/2000, sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo III del presente regolamento, purchè siano decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, ovvero decisioni relative alla responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune, emesse in occasione di quei procedimenti matrimoniali.

Ciò vale per tutte le decisioni pronunciate prima dell'entrata in applicazione del regolamento 2201/2003, ma dopo l'entrata in vigore del regolamento 1347/2000 e relativamente a cause iniziate prima dell'entrata in vigore del regolamento 'Bruxelles II'.

Le disposizioni finali del regolamento 2201/2003 sono contenute negli art. 65-72.

All'art. 65 è disciplinata la procedura di riesame, la quale è volta alla verifica sull'applicazione del regolamento, prevedendo al più tardi il 1° gennaio 2012, e successivamente ogni cinque anni, che la Commissione presenti al Parlamento europeo, al Consiglio ed al Comitato economico e sociale europeo, sulla base delle informazioni fornite dagli Stati membri, una relazione sull'applicazione del regolamento, corredata se del caso di proposte di adeguamento.

La Commissione procederà agli adeguamenti che si rendessero necessari attraverso il poter di iniziativa legislativa conferitole.

L'art. 66 detta una particolare norma volta a facilitare l'interpretazione del regolamento in quegli Stati membri in cui vigono, in unità territoriali diverse, due o più sistemi giuridici o complessi di norme per questioni disciplinate dal regolamento, qualora vengano in rilievo determinati criteri o definizioni di cui al regolamento.

Pertanto a) ogni riferimento alla residenza abituale nello Stato membro va inteso come riferimento alla residenza abituale nell'unità territoriale; b) ogni riferimento alla cittadinanza, o, nel caso del Regno Unito, al 'domicile' va inteso come riferimento all'appartenenza all'unità territoriale designata dalla legge di detto stato; c) ogni riferimento all'autorità dello Stato membro va inteso come riferimento all'autorità di un'unità territoriale interessata in tale Stato; d) ogni riferimento alle norme dello Stato membro richiesto va inteso come riferimento alle norme dell'unità territoriale in cui si invocano le competenza giurisdizionale, il riconoscimento o l'esecuzione.

L'art. 67 impone agli Stati di comunicare immediatamente, entro tre mesi dall'entrata in vigore del regolamento, e successivamente ogni modifica, tutte le informazioni sulle autorità centrali competenti in materia di responsabilità genitoriale e sulle lingue accettate da ogni Stato per le comunicazioni indirizzate alle medesime autorità centrali e per la compilazione del certificato sul diritto di visita.

Il Comitato di cui all'art. 70 è incaricato di fornire ausilio alla Commissione nel rendere accessibili tutte le suddette informazioni²⁰⁸.

Ai sensi dell'art. 68 gli Stati membri sono tenuti a comunicare alla Commissione gli elenchi dei giudici e dei mezzi di impugnazione di cui agli art. 21, 29, 33 e 34 e le modifiche apportate, al fine di garantire il corretto funzionamento dei meccanismi di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nonché sulla opposizione e sugli eventuali mezzi di impugnazione.

Al secondo comma del medesimo art. 68 è previsto che la Commissione aggiorni tali informazioni e le renda accessibili a tutti mediante pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e con ogni altro mezzo appropriato.

L'art. 69 disciplina attraverso la procedura semplificata la modifica dei modelli di certificato di cui agli allegati al regolamento, prescindendo pertanto dall'adozione di altro regolamento²⁰⁹.

L'art. 71 reca la rubrica 'Abrogazione del regolamento (CE) n. 1347/2000, disponendo la abrogazione del regolamento 'Bruxelles II' nonché la sua sostituzione con il regolamento Bruxelles II *bis*, a far data dalla entrata in applicazione dello stesso.

Al secondo comma, l'art. 71 richiama la tabella creata con il fine di individuare la corrispondenza tra articoli nella verifica dei rinvii al regolamento 'Bruxelles II' dalla legislazione precedente al regolamento 'Bruxelles II *bis*'.

L'art. 72, come abbiamo visto in precedenza regola l'entrata in vigore del regolamento Bruxelles II *bis*.

²⁰⁸ Art. 70: *'La Commissione è assistita da un comitato. Nei casi in cui è fatto riferimento al presente paragrafo, si applicano gli articoli 3 e 7 della decisione 1999/468/CE. Il Comitato adotta il proprio regolamento interno'*. Il comitato è stato creato al fine di affiancare la Commissione negli adempimenti sulla esecuzione del regolamento, e questi adotterà le proprie deliberazioni sulla base della procedura di cui agli art. 3 e 7 della decisione 1999/468, sull'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, in G.U.C.E. L 184 17 lug. 1999, 23.

²⁰⁹ Art. 69: *'Le modifiche dei certificati standard di cui agli allegati da I a IV sono adottate in conformità delle procedura di cui all'art. 70, paragrafo 2'*. Disciplina tale procedura la decisione 1999/468 sull'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione.

10. I limiti del Regolamento n. 2201/2003

Facendo seguito alla disamina degli strumenti comunitari che si sono avvicinati nella materia in oggetto, ovvero dapprima il regolamento Bruxelles II e poi il regolamento Bruxelles II bis, occorre ora analizzare i limiti che la disciplina vigente presenta in ordine all'applicazione del regolamento n. 2201/2003, giacchè sono proprio costoro che hanno condotto ad ulteriori passi in avanti nel diritto di famiglia europeo.

Va infatti sottolineato come, nel suo operato di normazione nel settore del diritto di famiglia, l'Europa ha rilevato che la protezione dei beni di cui si prefigge la tutela non può essere confinata ai soli interessi patrimoniali ed economici dei singoli componenti familiari, ma va estesa altresì agli status, ai bisogni dei soggetti deboli, e la stessa identità culturale²¹⁰.

Il diritto di famiglia è stato sempre più frequentemente oggetto sia di comparazione del diritto sia di armonizzazione del diritto, in un contesto in cui i principi di uguaglianza e di non discriminazione sanciti dal Consiglio d'Europa e dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo hanno svolto un ruolo preminente²¹¹.

Ai fini di garantire il buon funzionamento del mercato interno è indispensabile infatti una normativa che disciplini in maniera uniforme a livello comunitario gli aspetti maggiormente riferibili alla vita di relazione, tra i quali si inseriscono i rapporti tra coniugi, tra genitori e figli, e tra coppie separate e divorziate.

Come si è in precedenza rilevato, l'assenza di garanzie nei trasferimenti tra i Paesi dell'Unione costituisce un evidente disincentivo alla pur crescente mobilità di persone e capitali che accompagna il consolidarsi di legami familiari tra persone che risiedono in Stati membri diversi o persone di nazionalità diverse.

²¹⁰ Cfr. sul punto D'AVACK L., *Il regolamento CE 2201/2003 entrato in vigore il 1° marzo 2005*, cit., p. 123, il quale rileva che, in considerazione della mancanza di certezza che va attribuita al mercato, la libera circolazione delle persone non può essere garantita senza che venga integrata la cooperazione in tutti i settori, tra cui decisiva rilevanza assume il diritto di famiglia.

²¹¹ Cfr. PINTENS W., *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, di Patti S. e Cubeddu M. G., Giuffrè, Milano, 2008, p. 92, secondo cui numerosi elementi hanno determinato l'accoglimento di tali principi, consentendo di cogliere anche elementi comuni, e non solamente differenze nei mutamenti sociali che hanno influenzato il matrimonio e la famiglia: tra i quali l'emancipazione della donna, l'equiparazione dei diritti dei figli naturali, l'attenzione prestata al minore come soggetto di diritto in generale, l'aumento delle economie domestiche singole e delle famiglie monoparentali, la crescente importanza della convivenza non coniugale e la contrattualizzazione e individualizzazione del diritto di famiglia

Emerge pertanto con evidenza che la protezione degli interessi suddetti non può avvenire in assenza di discipline specifiche sui diritti e sugli *status* di cui i soggetti godono nei Paesi di provenienza²¹².

Ci si è domandati, nella prospettiva di progressiva armonizzazione, se sia sufficiente un procedimento di mutuo riconoscimento delle decisioni, non consentendo tale sistema un controllo sulla legge applicata nello Stato che ha adottato la decisione, sulla base delle norme di diritto internazionale privato proprie di ciascuno Stato membro²¹³.

Il regolamento n. 2201/2003 regola solamente il settore del diritto processuale civile internazionale, e pertanto, ai fini di inserire nella disciplina anche previsioni di diritto internazionale privato in senso stretto, nel 2006 la Commissione ha presentato una proposta di modifica volta ad identificare la legge regolatrice di separazione e divorzio in ordine ai matrimoni internazionali.

E' possibile affermare che il processo di integrazione europea comprende in sé anche l'esigenza di armonizzare il diritto di famiglia e la disciplina del mercato, i quali, nell'ottica che qui ci interessa, si presentano come complementari ed interattivi.

D'altronde l'esigenza di garantire la piena attuazione del principio di libera circolazione delle persone viene pregiudicata dalla mancanza di omogeneità nelle legislazioni dei singoli Stati nella materia del diritto di famiglia, nonché dalla negata riconoscibilità di alcuni modelli in cui si manifestano le relazioni familiari.

Il cammino che ha condotto alla regolamentazione nel territorio europeo è stato molto lento, a causa del convincimento della vocazione esclusivamente nazionale del diritto di famiglia²¹⁴.

²¹² Cfr. sul punto QUEIROLO I., *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra regolamento 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria*, in *I quaderni europei*, 15, 2009, che rileva in proposito che il criterio comunemente privilegiato per le questioni attinenti allo *status* delle persone è proprio quello della cittadinanza. Mentre la previsione del requisito della residenza è stata aggiunta con la finalità di perseguire la piena attuazione del principio della libera circolazione delle persone. Pertanto, stabilendo di estendere l'applicazione del regolamento anche ai cittadini di Stati terzi che presentassero un legame sufficientemente stretto con il territorio comunitario, si valorizza il requisito della residenza abituale.

²¹³ Per approfondimenti cfr. NASCIMBENE B., *Competenza giurisdizionale e legge applicabile in materia matrimoniale: verso un regolamento Roma III?*, in *Famiglia e Diritto*, 5, 2009, p. 529, secondo cui anche se il reciproco riconoscimento ha la conseguenza di rendere meno rilevante la diversità dei sistemi di conflitto, ciò nonostante non rappresenta una vera alternativa, né può sostituirsi ad un'armonizzazione delle regole di conflitto. In questa ottica si pongono le proposte di modifica del regolamento Bruxelles II bis.

²¹⁴ Cfr. sul punto D'AVACK L., *Il regolamento CE 2201/2003 entrato in vigore il 1° marzo 2005*, cit., p. 124, secondo il quale emergeva con decisione la circostanza per cui pareva doveroso che la tutela delle esigenze e delle problematiche della famiglia incombesse sul legislatore interno, attraverso l'utilizzo dello

Il primo limite che viene in rilievo, precipuamente su questo punto, concerne l'emergere di una rilevante quantità di conflitti positivi o negativi di giurisdizione, a cui gli Stati maggiormente interessati a risolvere il problema hanno pensato di porre rimedio attraverso il ricorso a convenzioni internazionali bilaterali e multilaterali, al fine di perseguire, almeno tra gli Stati firmatari, un coordinamento che si caratterizzi per effettività.

I contenuti di tali convenzioni, assieme alle normative a tutela dei diritti umani, hanno avuto il pregio di sancire anche l'inviolabilità della dignità umana, il diritto di ogni uomo o donna di fondare una famiglia e la protezione di quest'ultima sul piano giuridico, economico e sociale, il rispetto della vita privata familiare, la parità dei sessi, la privacy nonché i diritti sostanziali e processuali dei minori.

L'utilità di tali enunciazioni è stata quella di aver inciso sul processo giuridico culturale delle tematiche familiari all'interno ed all'esterno degli Stati aderenti all'Unione.

Come si è già evidenziato, il regolamento in questione presenta carattere doppio, in quanto disciplina da un lato i criteri di competenza giurisdizionale e dall'altro il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale; ciò nonostante la disciplina comunitaria non contempla tutti i provvedimenti inerenti il vincolo matrimoniale, posto che il regolamento n. 2201/2003 prevede una serie di limiti di carattere oggettivo, geografico, temporale e soggettivo alla propria applicazione.

Tra le esclusioni vengono soprattutto in rilievo i procedimenti inerenti alle unioni che non si identificano con il vincolo matrimoniale classico, i procedimenti che si concludono con una decisione che nega lo scioglimento del vincolo matrimoniale, le decisioni sugli aspetti patrimoniali, quali l'assegno alimentare o di mantenimento, lo scioglimento del regime patrimoniale, o anche prettamente personali, quali la colpa dei coniugi, tutti aspetti che sovente emergono in seno alle controversie sulla crisi matrimoniale.

Il regolamento n. 2201/2003 non contempla, inoltre, la disciplina delle domande relative alla filiazione, quali i procedimenti di riconoscimento e disconoscimento giudiziale della paternità, nonché la disciplina concernente il nome ed il cognome, quella dell'adozione,

strumento giuridico dello *status*. Tale soluzione veniva considerata preferibile agli strumenti del contratto e della autodeterminazione, in uno con il richiamo, per quanto concerne le questioni connotate da elementi di internazionalità, delle norme di diritto processuale civile internazionale.

ed anche i provvedimenti riguardanti la cessazione del legame che unisce le coppie di fatto e quelli in materia di illeciti penali commessi da minori.

Altra rilevante esclusione concerne le sentenze emesse dai tribunali religiosi, ad eccezione, come si è detto, di quelle ecclesiastiche concernenti l'annullamento dei matrimoni concordatari²¹⁵.

Sussistono inoltre delle limitazioni di ordine temporale, poiché il regolamento 2201/2003 sostituisce il regolamento n. 1347/2000 a far data dal 1° marzo 2005, godendo le decisioni pronunciate dopo il 1° marzo, a conclusione di azioni instaurate sotto il vigore del regolamento n. 1347/2000, del regime agevolato di circolazione delineato dal regolamento n. 2201/2003, nei casi in cui risultino fondate su regole conformi a quelle stabilite dal capo II del regolamento Bruxelles II bis.

Quanto ai limiti *ratione personae* i titoli di giurisdizione che vengono in rilievo sono due ed alternativi, fissati ai fini della applicazione del regolamento n. 2201/2003 per la materia matrimoniale, la cittadinanza e la residenza del coniuge convenuto in giudizio.

Tutto ciò premesso, la disciplina così impostata ha fatto emergere una serie di interrogativi tra i quali spicca innanzitutto la necessità di verificare se l'esigenza sentita dal legislatore di consentire alle decisioni che concernono le questioni familiari di circolare senza troppi ostacoli nello spazio giudiziario europeo, sia stata effettivamente soddisfatta.

Come è emerso dalla sua applicazione, il regolamento n. 2201/2003 presenta infatti, oltre ad alcuni limiti, vuoti di disciplina e inconvenienti in diversi settori: muovendo dall'ambito di applicazione della normativa, dal riconoscimento dei modelli familiari, dai criteri giurisdizionali di competenza e connessione, nonché dai limiti al riconoscimento delle decisioni giudiziarie, appare con chiarezza l'emergere di problematiche sulle quali le istituzioni europee e la stessa prassi giudiziaria sono chiamate a pronunciarsi.

Una delle principali questioni lasciate aperte dal regolamento in esame è unanimemente ravvisata nella regolamentazione giuridica dei cosiddetti matrimoni misti o internazionali,

²¹⁵ Cfr. in tema D'AVACK L., *Il regolamento CE 2201/2003 entrato in vigore il 1° marzo 2005*, cit., p. 125, che rileva che le sentenze ecclesiastiche sono ammesse a circolare in Europa solo quando conformi agli accordi conclusi con la Santa Sede con Italia, Portogallo, Spagna e Malta. L'importanza del rilievo si evince dal dato di fatto che il fenomeno immigratorio può incrementare il numero delle unioni religiose creando il pericolo di una discriminazione fra cittadini che vedono il loro matrimonio disciplinato da norme religiose.

ovvero i casi in cui i coniugi hanno cittadinanze diverse, la residenza fissata in Paesi membri differenti oppure in uno Stato membro di cui non sono cittadini.

Le norme di giurisdizione di cui al regolamento sono infatti applicabili in caso di divorzio, ma la legge in base alla quale verrà disciplinato il procedimento andrà individuata attraverso le norme sui conflitti di legge appartenenti allo Stato membro laddove è instaurato il giudizio.

Il problema consiste nel fatto che tra le norme sui conflitti di legge dei vari Stati membri sussistono discrepanze di non poco rilievo, ed altrettante per quanto riguarda le differenze di diritto tra Stati, con tutti i rischi che ciò comporta a discapito della certezza giuridica e della flessibilità²¹⁶.

Uno degli aspetti in relazione al quale emergono appieno le conseguenze della differenza normativa tra Stati in materia di diritto di famiglia concerne il concetto stesso di famiglia e di matrimonio, infatti il regolamento non fa alcun riferimento né alle unioni omosessuali né tantomeno alle convivenze registrate.

Il regolamento è tuttavia coerente con se stesso laddove accoglie la nozione di famiglia dettata dalla Corte di giustizia, come peraltro definita nell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ad oggi, molti Paesi dell'Unione europea hanno accolto una concezione della famiglia molto più ampia, parificando al matrimonio le convivenze registrate ed equiparando quasi completamente il matrimonio eterosessuale ed il matrimonio omosessuale, attraverso la predisposizione di discipline comuni su molti versanti.

Risulta pertanto evidente il limite rappresentato dal regolamento n. 2201/2003 nell'applicazione delle sue norme di giurisdizione esclusiva, le quali negherebbero ai cittadini degli Stati che contemplano tali forme di regime familiare (Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Gran Bretagna, Paesi Bassi, Spagna, Svezia) di poter ricorrere ad un foro internazionale per lo scioglimento delle loro unioni.

La logica pluralista ha assunto dimensioni innegabilmente rilevanti, ed assieme al corollario di conseguenze di cui è portatrice, viene sostituendosi al modello tradizionale di

²¹⁶ Cfr. sul punto D'AVACK L., *Il regolamento CE 2201/2003 entrato in vigore il 1° marzo 2005*, cit., p. 127, che esemplifica adducendo il caso delle difficoltà a cui vanno incontro cittadini comunitari che risiedono in uno Stato terzo, nell'individuazione di un tribunale giurisdizionalmente competente in materia di divorzio oppure nell'ottenere il riconoscimento nel proprio Paese di origine della sentenza di divorzio pronunciata da un tribunale di uno Stato terzo.

famiglia, imponendo prepotentemente i suoi concetti di matrimonio, eterosessualità, bigenitorialità e naturalità.

Come si può facilmente ipotizzare, la manifesta contrarietà all'ordine pubblico, quale impedimento al riconoscimento delle decisioni previsto dal regolamento n. 2201/2003, verrà in rilievo ogni qual volta il riconoscimento richiesto venga a confliggere in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato del riconoscimento, come nei casi di unioni omosessuali ritenute contrarie ai principi costituzionali²¹⁷.

E' comunque il caso di rilevare che il fenomeno in esame è suscettibile di venire ricondotto alla palese violazione del divieto di discriminazione previsto all'articolo 18 primo comma TFUE (*ex art. 12 TCE*) o art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Va tuttavia rilevato, che aldilà del regolamento 2201/2003, in Europa è andata sempre più prendendo spazio l'apertura alle unioni fuori dal matrimonio, attraverso la predisposizione di norme che hanno conferito una parziale tutela a suddette unioni.

Si collocano su questa linea la Direttiva n. 2004/58²¹⁸ Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Per quel che interessa in questa sede, è di notevole rilievo l'indicazione, tra i membri che costituiscono la famiglia del richiedente il ricongiungimento, del coniuge, del partner non legato da vincoli di matrimonio, e del partner dello stesso sesso che abbia contratto con il cittadino dell'Unione una unione registrata.

La mancanza di omogeneità sulle prese di posizione in merito alle unioni non riconosciute rappresenta una discriminazione per le unioni non tradizionali all'interno di quegli Stati membri che non prevedono l'assimilazione delle coppie sposate e quelle non sposate.

²¹⁷ Cfr. sul punto D'AVACK L., *Il regolamento CE 2201/2003 entrato in vigore il 1° marzo 2005*, cit., p. 128, rileva che l'impedimento all'esercizio dei diritti garantiti ai coniugi in Italia con riferimento alle coppie omosessuali va ad incidere pesantemente sullo spazio di libertà, di sicurezza, di garanzie sociali e di giustizia in Europa, laddove anche l'interpretazione meno conservatrice dell'art. 29 Cost. non è di pacifico *favor* per l'affermazione di unioni non tradizionali.

²¹⁸ Direttiva n. 2004/58 Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in *GUUE* L 158 del 30 aprile 2004, p. 77 ss.

Un ulteriore aspetto problematico della normativa origina dalla diversa espressione terminologica e contenutistica che ha interessato la trasformazione della potestà genitoriale (che nell'ambito del regolamento n. 1347/2001 veniva definita attraverso il rinvio ai singoli ordinamenti) nella responsabilità genitoriale.

La trasformazione suddetta infatti non è puramente linguistica, ma incide sul contenuto dell'istituto in considerazione del fatto che, coincidendo parzialmente con il concetto di potestà genitoriale di cui all'ordinamento italiano (ex artt. 147, 155, etc.) acquisisce per altre conseguenze un ben più ampio contenuto sostanziale e soggettivo.

Il regolamento n. 2201/2003 individua nel concetto di responsabilità genitoriale l'insieme di diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica, quali sono per esempio anche gli organismi di protezione dell'infanzia ed i servizi sociali.

Il riconoscimento di queste situazioni di "custodia di fatto", determina relazioni improntate a legalità che esulano dal rapporto con i genitori, e che coinvolgono enti ed istituti da un lato, ma dall'altro lato anche le ipotesi di cosiddette famiglie allargate.

Sebbene il regolamento n. 2201/2003 richiami la convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei minori, in Italia in vigore in forza della legge n. 77 del 2003, gli Stati membri non hanno dato segni di interessamento alla realtà delle nuove famiglie, soprattutto nel caso delle problematiche inerenti ai rapporti tra genitori e figli nati dalla precedente unione del partner²¹⁹.

Interessamento che invece si dovrebbe auspicare nell'ottica del perseguimento di garanzie per la protezione di tali nuovi nuclei famigliari, che si caratterizzano per solidarietà, reciproca responsabilità, *affectio*, in modo tale da estendere anche al coniuge attribuzioni legali in relazione al minore non proprio figlio naturale, così da conformare l'ordinamento giuridico alle esigenze di tutela di cui l'evoluzione della società necessita con sempre più frequenza.

Proseguendo l'analisi delle problematiche sottese all'attuazione del regolamento n. 2201/2003, va altresì considerata l'assenza di qualsiasi riferimento a rilevanti materie concernenti il diritto di famiglia o inerenti alla potestà ed alla responsabilità genitoriale.

²¹⁹ Nell'ordinamento italiano, l'eccezione è rappresentata dall'art. 44 lett. b) della l. 184/1983, che consente l'adozione particolare del figlio del proprio coniuge se i genitori naturali lo consentono. Ma secondo D'AVACK L., *Il regolamento CE 2201/2003 entrato in vigore il 1° marzo 2005*, cit., p. 130, trattasi di un intervento troppo limitato a fronte di un fenomeno in via di espansione come in Italia come in Europa, qual è quello della famiglia ricomposta e rinnovata.

In questo ambito si collocano le domande che riguardano i nomi e cognomi del minore, l'emancipazione, la filiazione, i procedimenti di riconoscimento e disconoscimento giudiziale della paternità e l'adozione.

La differenza di normativa tra gli ordinamenti statali, con le sue conseguenze, emerge altresì in materia di responsabilità genitoriale. L'art. 23 indica, tra i limiti al riconoscimento delle decisioni, il mancato ascolto del minore *“in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto”*, nei casi in cui ciò non sia giustificato da ragioni di urgenza.

L'art. 11, collocato nell'ambito delle problematiche concernenti il ritorno del minore, al punto 2 stabilisce che *“nell'applicare gli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja (1980), ci si assicurerà che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento, se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età e del suo grado di maturità”*; ed anche al punto 19 dei considerando è possibile leggere che *“l'audizione del minore è importante ai fini dell'applicazione del presente regolamento, senza che detto strumento miri a modificare le procedure nazionali applicabili in materia”*.

L'ascolto del minore ha dunque assunto a livello europeo, così come a quello internazionale²²⁰, un ruolo di rilievo ai fini della costruzione del processo di unificazione del diritto relativo ai minori.

In seno agli strumenti internazionali vengono specificati con precisione le informazioni e le comunicazioni che devono essere date al minore dotato di sufficiente capacità di discernimento, sancendo il principio per cui il minore ha il diritto di esprimere la sua opinione dietro sua espressa richiesta.

Il nostro ordinamento, per contro, pone una decisa resistenza all'accoglimento di tali principi, vigendo nei casi di separazione e divorzio, ai sensi degli artt. 4, co. 8 e 6, comma 9 della legge n. 898 del 1970, la regola per la quale il minore deve essere sentito solo

²²⁰ Nell'ambito internazionale si vedano le Regole di Pechino, approvate a New York il 29.11.1985 per le procedure penali; la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.1989; la Convenzione dell'Aja per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 29.5.1993 e la convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli sottoscritta a Strasburgo il 25.1.1996, ratificata in Italia con l. 20.3.2003, n. 76, ai cui artt. 3 e 6 risultano recepite e rafforzate le indicazioni della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

qualora il presidente o il giudice lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della sua età²²¹.

L'Italia, al momento della ratifica della convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, ha adempiuto all'obbligo di indicare almeno tre tipi di procedimenti davanti ad una autorità giudiziaria avanti ai quali questa convenzione sarà applicata, indicando procedimenti dove il diritto all'ascolto non gode che di scarsa applicazione, quali l'art. 145: indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia, art. 244, ultimo comma.: autorizzazione del minore ultrasedicenne all'azione di disconoscimento; art. 322: atti eccedenti l'ordinaria amministrazione dei beni del minore, ed art. 323: atti in violazione del divieto di acquisto dei beni e dei diritti del minore.

Partendo dal rilievo che in Italia non è contemplato spazio per l'ascolto del minore nei procedimenti di separazione coniugale e divorzio (così come nell'adozione, nel controllo della potestà genitoriale, etc.) ben si capisce come la singola normativa degli Stati membri incida notevolmente anche nell'applicazione dello stesso regolamento 2201/2003.

²²¹ Si cfr. le sentenze della Corte di Cassazione del 4 aprile 2007, n. 8481, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 204, del 16 aprile 2007, n. 9094, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 211 e del 27 luglio 2007, n. 16754, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 745.

CAPITOLO III: Gli ultimi passi verso un diritto di famiglia europeo

1. Verso una modifica del regolamento 2201/2003: il Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio

Al fine di risolvere le problematiche originarie dalla normativa in materia di scioglimento del matrimonio e di responsabilità genitoriale di cui al regolamento 2201/2003, nel 2005, mediante il Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio²²² la Commissione europea si è prefissa l'obiettivo di avviare un'ampia consultazione con le parti interessate in merito al diritto applicabile e alla giurisdizione in materia matrimoniale.

Le norme del regolamento Bruxelles II bis (che ha sostituito il precedente regolamento Bruxelles II) costituiscono un utile strumento per i cittadini europei che intendono sciogliere il loro vincolo matrimoniale, ma presenta difficoltà rilevanti, di cui si è detto, concernenti innanzitutto l'assenza di disposizioni in merito al diritto applicabile, per la cui individuazione si rimanda alle norme di diritto internazionale privato dei singoli Stati anche molto differenti tra loro²²³.

In questo contesto, nel 1998 il Consiglio europeo di Vienna²²⁴ sottolineava che l'obiettivo di uno spazio giudiziario comune è quello di offrire un percorso di semplificazione della vita dei cittadini, in particolar modo nelle situazioni che concernono le loro vite private, come lo sono la separazione ed il divorzio.

Proprio muovendo da tale prospettiva, il Consiglio europeo nel novembre 2004 ha invitato la Commissione a presentare un Libro verde sulle norme che regolano i conflitti di legge in materia di divorzio²²⁵.

²²² Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio del 14 marzo 2005, COM (2005) 82 definitivo.

²²³ Cfr. sull'argomento TONOLO S., *Il Libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, in *Riv. dir. int.*, 3, 2005, pag. 767 ss. secondo cui i principali problemi del regolamento Bruxelles II bis consistono *in primis* nella delimitazione della giurisdizione relativa a procedimenti concernenti cittadini comunitari che vivono in uno Stato terzo, (con l'eventualità che nel caso in cui nessun criterio si percorribile, l'unica soluzione sarebbe quella di ricorrere alle norme nazionali che fissano la giurisdizione), nonché nel rischio della cd. "corsa al tribunale".

²²⁴ *GU C.* 19 del 23.1.1999, pag. 1 ss.

²²⁵ "Roma III", Programma dell'Aja: rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia nell'Unione europea, adottato dal Consiglio europeo del 4-5 novembre 2004.

In una situazione come è quella che ad oggi si presenta nella pratica, laddove vi è un aumento dei matrimoni internazionali, in cui i coniugi hanno diversa cittadinanza oppure residenza in Stati membri diversi, oppure in uno Stato membro di cui non sono cittadini, risulta essere di importanza fondamentale individuare la legge applicabile.

La cornice in cui ci si muove è rappresentata dal trattato di Amsterdam, il quale ha posto l'obiettivo di instaurare progressivamente uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia adottando altresì misure nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile; infatti ai sensi dell'odierno articolo 81 TFUE, l'Unione adotta misure nel settore della cooperazione giudiziaria civile che presenti implicazioni transfrontaliere, per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno, riferendosi nello specifico alle misure per la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge e di competenza giurisdizionale.

Le consultazioni attivate dalla Commissione attraverso la redazione del Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio hanno alla base l'esigenza di eliminare le divergenze attualmente esistenti nei sistemi di conflitto nazionali insieme alla correlata mancanza di certezza giuridica, con particolare riguardo al caso di coniugi che non abbiano residenza abituale comune e abbiano cittadinanza in Stati diversi²²⁶.

Il Libro verde emerge per la sua importanza perché innanzitutto detta indicazioni di rilievo che permettono la risoluzione di problemi applicativi sulla giurisdizione, ed altresì perché la sua stesura dimostra l'intenzione di estendere la cosiddetta comunitarizzazione del diritto internazionale privato alle norme sui conflitti di leggi.

La soluzione proposta in tal senso consiste nell'offrire alcuni criteri di collegamento ed altresì l'ipotesi particolare di consentire ai coniugi una, seppur limitata, facoltà di *optio iuris*, concedendo loro di scegliere in ordine alla legge applicabile.

Ulteriore aspetto critico che il Libro verde prende inoltre in esame, è rappresentato dal fenomeno del cd. "*forum running*" o "corsa al tribunale", incentivato dalla mancanza di regole di conflitto nel regolamento n. 2201/2003; tale fenomeno si identifica con tutti quei casi di tentativo, da parte del coniuge intento ad eludere l'applicazione di una certa legge

²²⁶ Cfr. BERGAMINI E., *Il regolamento 2201/2003 quale esempio di armonizzazione nell'Unione europea del diritto internazionale privato in materia di famiglia*, cit., p. 95 ss., laddove indica una soluzione nella possibilità di armonizzare le norme sui conflitti di legge introducendo criteri atti a far regolare il divorzio dall'ordinamento giuridico con cui presenti il collegamento più stretto, come per esempio attraverso l'utilizzo del criterio dell'ultima residenza abituale comune o della cittadinanza comune, qualora ancora uno dei coniugi la possieda, o della *lex fori*.

nazionale, di presentare per primo la domanda di divorzio, con il proposito di attivare il meccanismo insito al principio della litispendenza²²⁷.

L'art. 19, paragrafo 1 del regolamento n. 2201/2003, pensato per il fine di evitare l'instaurazione di procedimenti paralleli in diversi Stati membri, dispone che, in presenza di identità di cause (tra le medesime parti, con medesimo titolo ed oggetto) o in presenza di cause connesse (instaurate tra le stesse parti, ma aventi titolo ed oggetto diversi) il giudice successivamente adito sospenda d'ufficio il procedimento fino a che non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita²²⁸.

Il problema che il Libro verde solleva riguarda le conseguenze del procedimento di coordinamento giurisdizionale suddetto che incentiva la "corsa al tribunale" e potenzialmente lede il soggetto convenuto²²⁹, posto che il coniuge che per secondo ha instaurato il procedimento si vedrà costretto a subire l'applicazione della legge individuata dalle norme di conflitto dello Stato previamente adito dall'altro coniuge²³⁰.

²²⁷ Il Libro verde spiega che una coppia internazionale intenzionata a divorziare è soggetta alla disciplina di cui al regolamento Bruxelles II bis, beneficiando bensì della possibilità di optare per criteri di giurisdizione alternativi, ma una volta instaurato il procedimento divorzile innanzi al Tribunale europeo, la legge applicabile sarà individuata attraverso il ricorso alle norme di diritto internazionale privato di quello Stato. Ciò comporta una serie di problemi, di certezza giuridica innanzitutto, nonché di flessibilità, ciò non rispondendo alle legittime aspettative dei cittadini. La "corsa al tribunale" è causata propriamente dalla circostanza per cui, per i cittadini comunitari residenti in uno Stato terzo può risultare difficile reperire un tribunale giurisdizionalmente competente ed ottenere il riconoscimento nel proprio paese di origine della sentenza di divorzio altrove pronunciata.

²²⁸ Cfr. sul punto TONOLO S., *Il Libro verde della Commissione europea*, cit., pag. 770, laddove specifica che tale normativa regola sia i procedimenti di separazione e divorzio sia quelli in tema di responsabilità genitoriale, di cui all'art. 19, comma 2. Tale disciplina prevede la determinazione della pendenza del procedimento, prendendo a modello il regolamento 44/2001, nell'art. 16, laddove indica il deposito dell'atto introduttivo o la sua ricezione. Secondo l'Autore, la disciplina suddetta si inserisce nell'alveo del più ampio principio di libera circolazione delle decisioni, cui si ispirano il regolamento Bruxelles II, il regolamento Bruxelles II bis ed il regolamento n. 44/2001, sulla scorta della Convenzione di Bruxelles del 1968. Vedi altresì VILLATA F.C., *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento 4/2009*, in *Riv. dir. int.*, 2011, 3, p. 731-776.

²²⁹ Il Libro verde ravvisa in tal fenomeno il rischio per il quale la "corsa al tribunale" di un coniuge, motivato per esempio dalla finalità di eludere una certa legge sul divorzio, pregiudichi gli interessi dell'altro coniuge, qualora ne consegua l'applicazione di un diritto con cui il coniuge a cui è imposta tale scelta non si senta collegato, o che, ancora peggio, non tenga in debita considerazione i suoi interessi.

²³⁰ Cfr. per approfondimenti TONOLO S., *Il Libro verde della Commissione europea*, cit., pag. 771 che evidenzia le numerose critiche alla disciplina della litispendenza posta dal regolamento Bruxelles II bis, accolta come eccessivamente rigida, sia per la prevista rilevanza d'ufficio, sia per gli effetti della dichiarazione di incompetenza del secondo giudice, che già si riteneva di dover mettere in discussione nell'ipotesi in cui la sentenza del primo giudice non potesse essere riconosciuta, quasi a determinare la reviviscenza della competenza del secondo giudice, per la necessità di tutelare i diritti individuali fondamentali.

In considerazione della complessità delle norme di diritto internazionale privato, nonché delle differenti legislazioni da Stato a Stato, risulta molto difficile fare una previsione su quella che sarà la legge da applicarsi nei singoli casi concreti²³¹.

Le soluzioni che il Libro verde propone pertanto sono finalizzate alla armonizzazione delle norme sui conflitti di legge, basandosi su una serie di criteri di collegamento uniformi.

I vantaggi a cui si perverrebbe attraverso l'adozione di tali soluzioni, nelle intenzioni del Libro verde, consisterebbero nell'assicurare la certezza giuridica, nell'aumentare l'autonomia delle parti a seconda del contenuto delle norme armonizzate, nel contribuire ad accogliere soluzioni soddisfacenti per i cittadini.

Anche la cosiddetta "corsa al tribunale" diminuirebbe la sua frequenza, proprio in quanto l'armonizzazione farebbe sì che qualsiasi tribunale adito applicherebbe la legge sui divorzi individuata in base a norme comuni²³².

Il Libro verde suggerisce che i criteri di collegamento dovrebbero essere esaminati con una attenzione particolare sulla loro attitudine a garantire la certezza giuridica e la prevedibilità, e nel contempo consentire una certa flessibilità, ponendo quale obiettivo principale quello di privilegiare l'ipotesi che a decidere di un divorzio sia il giudice dell'ordinamento giuridico con cui sia ravvisabile il collegamento più stretto²³³ con la vita coniugale, attraverso il ricorso ai criteri di collegamento comunemente utilizzati dagli strumenti internazionali e dalle norme di diritto internazionale privato degli Stati membri²³⁴: l'ultima residenza abituale dei coniugi, la loro cittadinanza comune²³⁵, l'ultima residenza comune qualora un coniuge ancora le conservi, o infine la *lex fori*.

²³¹ Il Libro verde spiega che questa problematica emerge in particolare allorquando i coniugi non possiedono una comune residenza abituale o hanno una cittadinanza diversa, o quando i coniugi, pur avendo stessa cittadinanza, vivono in Stati diversi.

²³² Cfr. sul punto TONOLO S., *Il Libro verde della Commissione europea*, cit., pag. 772 laddove considera che la creazione di una serie di criteri di collegamento uniformi, contribuendo a realizzare la certezza giuridica e la tutela delle aspettative dei cittadini europei, evita al contempo la "corsa in tribunale" e più in generale il *forum shopping* considerando che qualsiasi tribunale adito applicherebbe la disciplina sui divorzi individuata in base a norme comuni.

²³³ Cfr. ancora TONOLO S., *Il Libro verde della Commissione europea*, cit., pag. 772 ; secondo l'Autore la scelta della Commissione è quella di garantire la massima libertà alla scelta delle parti, ponendo tuttavia dei limiti al fine di scongiurare il pericolo del richiamo di leggi 'esotiche', con cui i coniugi abbiano collegamenti solo insignificanti.

²³⁴ Per approfondimenti in merito alle norme in materia di famiglia del sistema italiano di diritto internazionale privato si rinvia a CLERICI R., *Le norme di diritto internazionale privato in materia di famiglia*, in *Trattato di diritto privato, diretto da Bessone M., Famiglia e matrimonio, a cura di Auletta T.*,

Casi, quelli appena citati, di criteri che conducono a leggi di stretto collegamento con la situazione coniugale, in cui un tribunale non sia costretto ad applicare un diritto straniero; esigenze sentite da parte dei redattori del Libro verde.

L'ulteriore opzione adottabile sarebbe quella di introdurre una limitata facoltà di scelta per i coniugi sulla scelta del diritto applicabile al loro divorzio, garantendo così nel loro caso concreto, la certezza giuridica e la prevedibilità.

Il Libro verde accoglie pertanto il principio per cui l'introduzione di un certo grado di autonomia delle parti nella scelta del diritto applicabile al procedimento di scioglimento del matrimonio, oltre a garantire i principi di cui sopra, scongiurerebbe anche il rischio della "corsa al tribunale"²³⁶.

Quanto al concetto di prevedibilità, il Libro verde considera che, a causa dei trasferimenti intra-europei, facilitati dalle condizioni offerte dal mercato interno, i cittadini europei possono molto spesso subire l'applicazione di norme procedurali e sostanziali allo scioglimento del proprio matrimonio notevolmente diverse da Stato a Stato²³⁷.

Anche il principio di flessibilità, nelle previsioni del Libro verde, troverebbe la sua attuazione attraverso l'applicazione dell'innovazione che persegue, giacché le norme attuali in linea di massima prevedono un'unica soluzione, mentre la garanzia

Giappichelli, Torino, 2010, p. 117 ss., ZANOBETTI A., Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare, in Codice della famiglia, a cura di M. Sesta, p. 4718 ss., TORTORICI F., *The choice of law rule on the legal effects of marriage in Italian private international law*, in *Eu.L.F.*, 5-6, 2003, p. 5 ss. ed anche, per un confronto tra il sistema italiano e quello francese REVILLARD M., *Pratique du droit international privé de la famille en Italie et en France: perspectives de communautarisation*, in *Liber Fausto Pocar, Venturini G., Bariatti S. (a cura di)*, Giuffè, Milano, 2009, p. 849 ss.

²³⁵ Se veda sempre TONOLO S., *Il Libro verde della Commissione europea*, cit, pag. 772 ; secondo l'Autore il richiamo, anche se residuale, del collegamento della cittadinanza comune, crea numerosi problemi con riferimento ai coniugi titolari di doppia o plurima cittadinanza, problemi che il Libro verde non prende in considerazione, ma che hanno formato oggetto di molteplici prese di posizione della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di esercizio delle prerogative connesse alla cittadinanza europea (sentenza Corte giust. 2 ottobre 2003, in causa C-148/02, *Garcia Avello c. Belgio*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, p. 1088 ss).

²³⁶ Cfr. sul punto TONOLO S., *Il Libro verde della Commissione europea*, cit., pag. 768 laddove sottolinea che il Libro verde individua la fonte di risultati che non corrispondono alle legittime aspettative dei cittadini, nella mancanza di certezza giuridica e di flessibilità, propria delle regole di conflitto nazionali, senza invece considerare la difformità di contenuto delle disposizioni materiali, come per esempio quelle che prevedono periodi di tempo differenti ai fini della presentazione della domanda di divorzio.

²³⁷ Il Libro verde in tal proposito riferisce l'esempio di due coniugi con cittadinanza diversa che decidono di trasferirsi in uno Stato membro di cui nessuno dei due sia cittadino. Il problema che sorge in questa ipotesi è rappresentato dal fatto che il regolamento Bruxelles II bis non permette la trattazione della causa di divorzio in uno Stato di cittadinanza di uno solo dei coniugi, in assenza di ulteriori criteri di collegamento. Quindi le parti dovranno ricorrere al tribunale dello Stato in cui abbiano la residenza abituale, con ciò confliggendo con quelle che potrebbero essere le loro aspettative legittime.

dell'operatività di più criteri e di più possibilità consentirebbe di tutelare al meglio gli interessi dei coniugi.

Le convenzioni internazionali in materia di norme sui conflitti di legge, successivamente anche recepite in regolamenti comunitari, hanno offerto al principio di libertà di scelta terreno fertile soprattutto nel diritto dei contratti, purtroppo però ciò è avvenuto con poco favore nella materia del diritto di famiglia²³⁸.

Il Libro verde, a seguito della verifica sull'applicazione concreta del regolamento Bruxelles II *bis*, opta inoltre per la revisione dell'art. 3 sui criteri di giurisdizione, i quali non si sono dimostrati fruttuosi nel perseguimento degli obiettivi per i quali erano stati pensati: ovvero per rispondere a necessità di carattere obiettivo, per essere adeguati agli interessi delle parti, per improntarsi a principi di flessibilità e per tenere conto delle esigenze di mobilità delle persone, in un'ottica di garanzia per la certezza del diritto²³⁹.

Il Libro verde contempla come ipotesi possibile quella di rivedere le norme sulla giurisdizione, valutando al contempo le conseguenze che potrebbero derivare da tale revisione, considerando che limitare i criteri di giurisdizione potrebbe avere conseguenze negative in termini di flessibilità e di accesso ai tribunali, salva l'ipotesi in cui le parti abbiano la concreta possibilità di scegliere il tribunale giurisdizionalmente competente.

Per converso, anche la scelta di aggiungere nuovi criteri di collegamento potrebbe confliggere con le esigenze di certezza giuridica.

Il Libro verde prende in analisi altresì i rischi e le difficoltà che incombono sui cittadini comunitari che vivono in uno Stato terzo, e che si presentano in considerazione del fatto che, se da un lato le disposizioni di cui al regolamento Bruxelles II *bis*, in materia di riconoscimento, vengono applicate ad ogni decisione resa in uno Stato membro, dall'altro lato, le norme sulla giurisdizione non vengono a disciplinare tutte le ipotesi che nella pratica si possono verificare.

In alcuni casi potrebbe anche accadere che non risulti applicabile alcuno dei criteri di giurisdizione previsti dal regolamento.

²³⁸ Il Libro verde fa l'esempio di come il Belgio abbia optato per questa scelta, laddove la legge belga sul diritto internazionale privato consente ai coniugi la scelta tra la legge nazionale di uno dei coniugi o la legge belga, la *lex fori*. Art. 55, par.2, "*Loi portant le Code de droit international privé*" del 16 luglio 2004, pubblicata il 27 luglio 2004.

²³⁹ Punto 27 della relazione esplicativa relativa alla convenzione del 28 maggio 1998 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali (su cui si basa il regolamento Bruxelles II), in G.U. C. 221 del 16.7.1998, pag. 27.

In situazioni del genere, spiega il Libro verde, i tribunali dello Stato membro possono avvalersi delle norme nazionali che determinano la giurisdizione, ma il fatto che tali norme non sono tra loro armonizzate può presentare l'inconveniente per cui nessun tribunale all'interno dell'Unione europea, o altrove, abbia la giurisdizione nella fattispecie di due coniugi cittadini comunitari di nazionalità diversa ma che vivono in uno Stato terzo. Problema analogo si ravvisa nelle difficoltà che si creerebbero in ordine al riconoscimento della relativa sentenza negli Stati di origine dei due coniugi²⁴⁰.

Altro punto problematico affrontato dal Libro verde è rappresentato dall'art. 7 del regolamento n. 2201/2003²⁴¹, che reca la norma sulla giurisdizione residuale, pensato per i casi in cui nessun tribunale europeo, né esterno al territorio europeo, abbia competenza giurisdizionale in materia di divorzio. Nei casi in cui un tribunale di uno Stato terzo riconosca di essere competente, la decisione che emetterà sarà riconoscibile all'interno dell'Unione europea non già sulla base del regolamento Bruxelles II bis, bensì solamente

²⁴⁰ Cfr. sul punto TONOLO S., *Il Libro verde della Commissione*, cit., pag. 772, il quale pone l'accento sul fatto che i cittadini residenti in Stati terzi vedranno realizzato il coordinamento con la disciplina vigente nel luogo ove risiedono solo nel caso in cui non abbiano scelto la legge applicabile al divorzio.

²⁴¹ L'art. 7 permette ai giudici degli Stati membri di fondare la propria competenza sulle norme del rispettivo ordinamento, così dettando una regola di competenza residua, nei casi in cui nessun giudice di uno Stato membro sia competente a norma degli art. 3, 4 e 5. La competenza residua è individuata proprio dal combinato disposto dell'art. 6 e dell'art. 3. L'art. 6 dispone che il coniuge che risiede abitualmente nel territorio di uno Stato membro o che ne abbia la cittadinanza, può essere convenuto dinanzi ai giudici di un altro Stato membro solo secondo quanto prevedono gli artt. 3, 4 e 5 del regolamento. Di conseguenza, qualora sussistano i criteri di collegamento ivi indicati, i giudici degli Stati membri non possono fondare la propria competenza sulle norme del sistema di diritto processuale civile internazionale vigente nello Stato del foro. Qualora il coniuge convenuto abbia la cittadinanza di uno Stato dell'Unione ma risieda in uno Stato terzo sussiste l'eventualità che si verifichi la fattispecie di cui all'art. 7, par. 1, ma poiché all'art. 6, lett. b) si indica che il richiamo delle norme interne sulla giurisdizione è precluso quando si intende attrarre il coniuge cittadino di uno Stato membro dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza, le norme interne sulla giurisdizione verranno in rilievo, di necessità, nei casi in cui si intenda instaurare un procedimento nel paese di cittadinanza del coniuge convenuto, e non ci siano i presupposti per il ricorso ad altro criterio di competenza previsto dal regolamento, quale per esempio la medesima cittadinanza in capo al coniuge attore, la residenza dell'altro coniuge in uno Stato membro o i presupposti di cui all'art. 3, par. 1, lett. a). In Italia il meccanismo della competenza residuale determina l'applicazione delle norme sulla giurisdizione della legge italiana di diritto internazionale privato, l. 31 maggio 1995, n. 218. Si applicherà l'art. 32 l. 218/1995 quando il coniuge convenuto ha la cittadinanza italiana ma risiede in uno Stato non membro o in Danimarca, se il coniuge attore è straniero e nel caso in cui i giudici dello Stato membro in cui il coniuge attore risiede non siano competenti sulla base delle norme di cui al regolamento. In presenza delle suddette circostanze, in Italia verrà in rilievo la competenza del giudice italiano sulle norme di giurisdizione interna, ed in particolare sull'art. 32 l. 218/95 e sul criterio della cittadinanza di uno dei coniugi ivi previsto. Ciò non comporterà ripercussioni sulla riconoscibilità della sentenza dallo stesso giudice pronunciata ai sensi del regolamento (art. 7), ad ogni modo disposta dalla prassi consolidata creatasi sul regolamento Bruxelles II, ai sensi del quale, nella materia da esso regolata, è vietato il controllo sulla competenza giurisdizionale del giudice *a quo*.

ai sensi del diritto nazionale o dei trattati internazionali applicabili, con ciò comportando grossi problemi per i coniugi che vogliano divorziare nei propri paesi di origine²⁴².

Altra soluzione offerta dal Libro verde è rappresentata dalla cosiddetta proroga della giurisdizione, ovvero sia consentire ai coniugi di scegliere il tribunale giurisdizionalmente competente in caso di divorzio.

Questa scelta andrebbe a tutto vantaggio delle esigenze di garanzia in ordine a certezza giuridica, flessibilità e rappresenterebbe altresì un indiscutibile *favor* per i casi di divorzio consensuale, nonché per i casi in cui i coniugi si vedano impossibilitati di adire un tribunale di uno Stato membro ai sensi delle attuali norme sulla giurisdizione, nei casi in cui non abbiano la cittadinanza o il domicilio in comune²⁴³.

Secondo il Libro verde, in materia di separazione e di divorzio, la proroga della giurisdizione potrebbe essere limitata ai tribunali degli Stati membri con cui i coniugi presentino uno stretto collegamento, come nei casi della cittadinanza o del domicilio di entrambi i coniugi, ovvero dell'ultima residenza abituale comune. Nel caso in cui la coppia abbia dei figli, andrà fatta una verifica sulla compatibilità con la proroga di cui all'art. 12 del regolamento Bruxelles II bis.

Facendo seguito a quanto spiegato in tema di litispendenza e di "corsa al tribunale", fenomeno che avvantaggia chi per primo tra i coniugi presenta la domanda di divorzio, il Libro verde suggerisce la possibilità di introdurre la possibilità di trasferire, ricorrendo circostanze eccezionali, il procedimento di divorzio dinnanzi al tribunale di un altro Stato membro, analogamente a quanto il regolamento Bruxelles II bis prevede in materia di potestà genitoriale, all'art. 15. In tal caso le due previsioni andrebbero coordinate.

²⁴² Cfr. RICCI C., *I fori residuali nella cause matrimoniali dopo la sentenza Lopez*, in Liber Fausto Pocar, Venturini G., Bariatti S. (a cura di), Giuffè, Milano, 2009, p. 875, nel contesto della nuova proposta di formulazione dell'art. 7 è stata avvertita dalla Commissione l'esigenza di una interpretazione autonoma della residenza abituale, che ha condotto alla introduzione di una presunzione uniforme di tre anni di durata per l'ultima residenza abituale comune della famiglia, che sia mantenuta in uno stesso Stato. L'Autore critica la scelta poiché non dimostra un sufficiente grado di flessibilità rispetto alle coppie che abbiano vissuto nell'area comunitaria in quel lasso di tempo ma non siano sempre localizzati nello stesso Paese, godendo della libertà di circolazione loro garantita dal Trattato. Cfr. anche MARINO S., *L'esercizio delle competenze esterne comunitarie e la cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2, 2010, p. 319-329.

²⁴³ La proroga della giurisdizione è concessa da vari strumenti comunitari, per esempio ai sensi dell'art. 23 del regolamento n. 44/2001 del Consiglio, così come, analogamente, il regolamento 2201/2003, fissa all'art. 12 una limitata possibilità di scegliere il tribunale giurisdizionalmente competente in materia di potestà genitoriale.

La soluzione preferibile sarebbe quella di prevedere il trasferimento in casi eccezionali e tassativi, quali quelli in cui un coniuge presenti la domanda in uno Stato membro e l'altro coniuge chieda il trasferimento davanti al tribunale di altro Stato membro, adducendo che la vita matrimoniale si sia localizzata in tale Stato in via prevalente, ponendo ogni genere di presidio onde evitare che il meccanismo assuma finalità dilatorie.

Queste soluzioni richiedono ovviamente la previa individuazione di univoci criteri di collegamento, in virtù del principio di certezza del diritto, al fine di individuare il centro di gravità della vita matrimoniale, come per esempio ricorrendo ad una serie tassativa di criteri di collegamento, tra cui per esempio l'ultima residenza abituale dei coniugi, qualora ancora uno dei due vi risieda ancora, e la loro cittadinanza comune, in modo tale che il meccanismo si ponga come soluzione ai problemi che potrebbero sorgere nei casi di divorzio unilateralmente domandato da una parte contro la volontà del coniuge.

Al fine di meglio tutelare le esigenze dei coniugi, tutti i suggerimenti offerti dal Libro verde sono confluiti nella successiva proposta di regolamento volto appunto al superamento dei limiti della normativa del 2003 in materia di competenza, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

2. La proposta di modifica al regolamento 2201/2003: il Progetto Roma III

La concreta applicazione della disciplina in materia di famiglia, di cui al regolamento Bruxelles II *bis*, ha fatto emergere la constatazione secondo cui per garantire una normativa funzionale è necessario affiancare, alla legislazione che individua la competenza giurisdizionale, una serie di previsioni in ordine al diritto sostanziale applicabile.

A queste considerazioni se ne aggiungono di ulteriori, legate a possibili e non infrequenti risultati pratici conseguenti all'applicazione della normativa di cui al regolamento del 2003.

Ad esempio, si consideri il caso di una coppia di cittadini italiani che da molti anni vive in Germania e si sente perfettamente integrata nella società tedesca. Stando alla disciplina del regolamento in esame, la domanda di divorzio consensuale può essere presentata in Germania, ma il giudice tedesco, in applicazione del suo diritto internazionale privato, deve respingere detta domanda, in quanto la legge italiana, che è applicabile in base al

rinvio operato dalle norme tedesche di diritto internazionale privato, non prevede l'ipotesi di divorzio fondato sul mutuo consenso a prescindere dall'intercorso periodo di separazione legale ininterrotto di almeno tre anni²⁴⁴.

Tali ordini di problemi hanno condotto in un primo momento ad uno studio intitolato *Practical Problems Resulting from the Non-Harmonization of choice of Law Rules in divorce Matters* e, successivamente, al Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio.

Il 17 luglio 2006 veniva approvata una apposita proposta di regolamento²⁴⁵, la quale, su base delle sentite esigenze di modifica²⁴⁶, veniva pensata per rivedere il regolamento 2201/2003 in merito alla competenza giurisdizionale ed all'introduzione di norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale.

In merito all'ambito di applicazione dello strumento, al fine di sopire dubbi o incertezze quanto all'aspetto materiale, interveniva il considerando n. 6, che evidenziava l'opportunità per le parti di concordare una autorità giurisdizionale competente ed una legge applicabile a divorzio e separazione, non ravvisando per contro l'opportunità di estendere la scelta alla disciplina dell'annullamento del matrimonio, essendo l'istituto

²⁴⁴ Altro esempio, si pensi ad un matrimonio celebrato in Italia tra un portoghese ed una italiana, nel caso in cui subito dopo il matrimonio il marito torni in Portogallo per lavoro e la moglie rimanga in Italia. Ai sensi dell'art. 1, lett. a) del regolamento, nel caso in cui i due coniugi dopo due anni decidano di divorziare, potranno presentare domanda congiunta sia in Italia che in Portogallo, sulla scorta del criterio della residenza abituale di uno dei coniugi. Secondo le rispettive leggi, sia italiana, sia portoghese, sarà impossibile individuare la legge applicabile al caso, visto che in Italia trova applicazione la regola del Paese in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata, ai sensi dell'art. 31 l. 218/1995, mentre per il diritto portoghese trova applicazione la legge della residenza abituale comune dei coniugi, ovvero, in mancanza, la legge cui i coniugi hanno più stretto collegamento. Con ciò determinandosi la più assoluta oscurità per i coniugi in ordine alla prevedibilità sulla legge che andrà applicata nel loro concreto caso.

²⁴⁵ Proposta del 17 luglio 2006, COM(2006)0399.

²⁴⁶ Cfr. sul tema NASCIMBENE B., *Revisione del Regolamento 'Bruxelles II' (n. 2201/2003) e libera circolazione delle persone*, in *Int'l lis*, 2, 2008, p. 57, secondo cui l'espressione modifica è impropria poiché, se comunque è vero che vengono modificati alcuni articoli sulla competenza giurisdizionale, è anche vero che si viene ad incidere profondamente sul regolamento nel proporre l'estensione dello stesso al tema della legge applicabile in materia matrimoniale, ovvero divorzio e separazione personale. La suddetta estensione, ad avviso dell'Autore rappresenta una innovazione che sarebbe stato preferibile recepire in un nuovo atto legislativo; per approfondimenti cfr. anche PERONI G., *Ricorso in Cassazione per i provvedimenti di volontaria giurisdizione e regolamento (CE), n. 2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1, 2009, p. 85 ss e DE BOER Th. M., *The second revision of the Brussels II Regulation: jurisdiction and applicable law*, in *European Challenges in Contemporary Family Law*, Katharina Boele Woelki and Tone Sverdrup (eds), Intersentia, 2008, Antwerp-Oxford-Portland, p. 321 ss.

strettamente collegato alle condizioni di validità del matrimonio e per il quale l'autonomia delle parti è inappropriata²⁴⁷.

La proposta di regolamento muoveva dal presupposto secondo cui le autorità giurisdizionali degli Stati membri, facendo applicazione delle medesime norme di conflitto per determinare la legge applicabile in una medesima fattispecie, avrebbero rafforzato la fiducia reciproca nelle decisioni rese negli altri Stati membri, in considerazione altresì della facoltà concessa ai coniugi di optare tra più criteri di competenza alternativi²⁴⁸.

La finalità perseguita dalla proposta era appunto quella di creare un contesto normativo chiaro e preciso in materia matrimoniale nel territorio dell'Unione europea, garantendo ai cittadini la certezza del diritto, la prevedibilità, la flessibilità e l'accesso alla giustizia, in un quadro come quello attuale in cui, instaurato un procedimento matrimoniale davanti alle autorità giurisdizionali di uno Stato membro, la legge che in concreto andrà applicata, è ora individuata in base alle norme di diritto internazionale privato di tale Stato, e che si fondano su criteri di collegamento anche molto diversi tra Stato e Stato.

Nella maggioranza dei casi gli Stati membri impostano criteri di collegamento atti a garantire che il procedimento venga poi disciplinato dall'ordinamento giuridico con cui presenta il legame più stretto, ma alcuni Paesi fanno applicazione direttamente della loro legge nazionale, la *lex fori*.

Nei matrimoni caratterizzati da internazionalità il rischio di incontrare aspetti problematici è insito in un sistema nel quale le leggi nazionali sono molto diverse sia in termini di diritto sostanziale, sia di norme di conflitto, a tutto discapito delle esigenze di certezza.

D'altronde, al fine di verificare la rispondenza delle finalità del regolamento con le modifiche ed innovazioni ed esso apportate, occorre avere riguardo agli interessi delle

²⁴⁷ Sebbene l'annullamento fosse stato oggetto di opinioni divergenti in occasione dei commenti al Libro verde, il Consiglio, in occasione della sessione del 19-20 aprile 2007, ha preso atto che la proposta non concerne le questioni di diritto sostanziale di famiglia e non comporta modifiche alle norme sostanziali degli Stati, sulla definizione di matrimonio, sulle condizioni di validità, giacché le questioni che generalmente concernono il diritto sostanziale sono di competenza nazionale.

²⁴⁸ Cfr. sul tema CARRASCOSA GONZALEZ J. e SEATZU F., *Normas de competencia judicial Internacional en la propuesta de regolamento "Roma III"*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, 3, p. 567 ss., secondo cui uno degli obiettivi più importanti del regolamento "Roma III" è quello di introdurre norme di conflitto uniformi in materia di separazione e divorzio, con le quali il legislatore comunitario ha colto l'occasione per correggere alcune regole di competenza giurisdizionale internazionale del regolamento Bruxelles II bis che hanno dimostrato lacune.

parti, alla certezza giuridica ed alla flessibilità delle soluzioni, e valutare il risultato del loro bilanciamento.

Se consideriamo l'obiettivo principale perseguito attraverso l'impiego del criterio del collegamento più stretto, ovverosia la garanzia che un divorzio sia pronunciato dal giudice che presenta il collegamento più stretto coi coniugi e secondo la legge del Paese più vicina alla vita familiare, limitarsi ad ampliare le ipotesi in cui il giudice è competente a decidere non raggiungerebbe l'obiettivo suddetto, giacché ampliando i criteri di giurisdizione già previsti dal regolamento, non si incrementerebbe di per sé il risultato sperato, ovvero che il giudice competente applichi la legge che presenta il collegamento più stretto con i coniugi.

La proposta di regolamento, al fine di apportare soluzioni concrete a tali esigenze, ed in accoglimento alle proposte fornite anche a seguito delle consultazioni promosse dal Libro verde, mirava ad individuare la competenza giurisdizionale per le cause di separazione e divorzio, valorizzando concretamente e prevalentemente l'accordo delle parti²⁴⁹.

In tal senso, nelle ipotesi in cui ricorreva il consenso delle parti, poteva essere apportato un concreto ausilio nei casi in cui dovesse altrimenti pronunciarsi un giudice privo di collegamento, o che presentasse un solo tenue collegamento coi coniugi.

Così, accanto alla proroga di cui all'art. 12 del regolamento n. 2201/2003 in merito alla scelta della giurisdizione, il quale pone il rispetto del limite dell'interesse superiore del minore, venivano introdotti altri due criteri di giurisdizione oggetto di proroga: uno fondato sulla residenza dei coniugi, l'altro sulla cittadinanza di un coniuge²⁵⁰.

²⁴⁹ Il nuovo art. 3-bis reca la rubrica: "Scelta dell'autorità giurisdizionale a opera delle parti nei procedimenti di divorzio e separazione personale. Comma 1: I coniugi possono concordare le autorità giurisdizionali di uno Stato membro competenti a decidere nel procedimento di divorzio o separazione personale, purché abbiano un legame sostanziale con quello Stato membro in quanto: a) ricorra uno dei criteri di competenza giurisdizionale di cui all'art. 3, oppure b) è il luogo in cui i coniugi hanno avuto l'ultima residenza abituale comune per almeno tre anni, oppure, c. uno dei coniugi è cittadino di quello Stato membro o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha il "domicili" nel territorio di uno di questi Stati membri. Comma 2. L'accordo attributivo della competenza è redatto per iscritto e firmato da entrambi i coniugi al più tardi al momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale".

²⁵⁰ Cfr. NASCIMBENE B., *Revisione del Regolamento 'Bruxelles II'*, cit., p. 57, secondo cui la scelta di introdurre la lettera a) nell'art. 3 bis, e permettere la scelta tra uno dei sette criteri ivi richiamati, solleva alcuni aspetti problematici, poiché, consentendo tale dilatato ambito di scelta, contrasta con l'esigenza di maggior limitazione possibile della scelta sulla giurisdizione, ed aumenta invece il fenomeno del *forum shopping*. Tale scelta non tiene in debita considerazione il fatto che l'elevato numero delle ipotesi di cui all'art. 3 era stato ideato proprio per sopperire alla mancanza di una possibilità di proroga.

Una parentesi va aperta, in materia di proroga, in merito alla modifica che la proposta di regolamento riservava per l'art. 12, laddove inseriva l'espresso riferimento all'art. 3 *bis*²⁵¹. Sarebbe stato necessario, proprio per perseguire l'interesse superiore del minore, inserire anche nell'art. 3 *bis* la precisazione per cui, nei casi in cui la proroga riguarda divorzi e separazioni in cui sono coinvolti figli minori, la proroga stessa sarebbe dovuta essere compatibile o conforme all'interesse superiore del minore.

La valorizzazione del criterio della scelta dei coniugi veniva espressa nella possibilità, anche se limitata, di scegliere in merito alla legge applicabile ed in merito alla autorità giurisdizionale competente per i procedimenti di divorzio e separazione personale²⁵².

I limiti che la proposta prevedeva, per l'applicazione dell'istituto della scelta dei coniugi, si ravvisavano nell'esigenza di rispettare il criterio di scelta sulle leggi con cui il matrimonio presenta uno stretto legame, in modo tale proprio da evitare l'applicazione di leggi "esotiche", con cui i coniugi avessero un legame minimo o addirittura inesistente, prevedendo altresì che, in mancanza di scelta, la legge applicabile fosse individuata sulla scorta di criteri di collegamento diretti a garantire, comunque, che il procedimento matrimoniale fosse regolato dall'ordinamento giuridico con cui la vita matrimoniale presentasse legami più stretti.

Un'altra esigenza a cui la proposta di regolamento prestava attenzione particolare era quella di garantire l'accesso alla giustizia ai coniugi di nazionalità diversa che vivevano in uno Stato terzo, in modo da permettere che la norma sulla scelta si applicasse sia che la coppia viva in uno Stato membro sia che viva in uno Stato terzo²⁵³.

²⁵¹ Cfr. sull'argomento anche RICCI C., *I fori residuali nella cause matrimoniali dopo la sentenza Lopez*, cit., p. 874 ss.

²⁵² Per approfondimento cfr. NASCIMBENE B., *Revisione del Regolamento 'Bruxelles II'*, cit., p. 57, secondo cui se da un lato per la competenza giurisdizionale sono già previsti dei criteri e la modifica del regolamento intende introdurre una clausola di elezione del foro, e, pertanto, la possibilità di una proroga di giurisdizione, dall'altro lato, per la legge applicabile, necessita l'introduzione di alcuni criteri, sia per i casi in cui le parti non abbiano effettuato la scelta, sia per i casi in cui tale scelta sia stata espressa. L'Autore pertanto solleva le problematiche inerenti alla definizione, alla ampiezza, al numero, alla eventuale gerarchia o alternatività dei collegamenti ritenuti come stretti tra i coniugi e l'ordinamento nazionale, compatibili con l'ordine pubblico, con i principi generali del diritto comunitario e con le tradizioni nazionali comuni dei Paesi membri.

²⁵³ Cfr. sul tema CARRASCOSA GONZALEZ J. e SEATZU F., *Normas de competencia judicial Internacional*, cit., p. 567 ss., laddove si ricorda che il regolamento n. 2201/2003 non regola gli effetti giuridici prodotti negli Stati membri dalla sentenza pronunciata da un giudice di uno Stato terzo in merito al divorzio di cittadini comunitari.

Veniva pertanto dettata una norma uniforme e completa sulla competenza residuale per rafforzare la certezza del diritto nonché garantire l'accesso alla giustizia in materia matrimoniale alle coppie che vivono in uno Stato terzo e che preferirebbero adire l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro con cui presentano un legame più stretto.

Quanto al problema della cosiddetta "corsa in tribunale"²⁵⁴, il rischio di cui si intende evitare il verificarsi è rappresentato dall'applicazione di una legge con cui il convenuto non sente un legame stretto o che non tiene in dovuto conto i suoi interessi, oppure che trascuri gli istituti della conciliazione e della mediazione.

La proposta, attraverso l'introduzione di norme di conflitto armonizzate, intendeva diminuire i casi di "corsa in tribunale", offrendo norme in base alle quali qualsiasi autorità giurisdizionale adita tra gli Stati membri avrebbe applicato la legge individuata sulla base di norme comuni.

Di tal che, qualsiasi giudice potenzialmente competente applicherebbe la stessa legge, eliminando uno dei motivi che, nel sistema così delineato, premia il coniuge che primo adisce il tribunale.

Un punto particolarmente controverso è stato il percorso che ha condotto alle proposte di modifica dell'art. 7, sulla competenza residuale, il quale, secondo il pensiero accolto nella proposta di regolamento, non avrebbe fatto più riferimento ai diritti nazionali, ma avrebbe determinato in via autonoma ulteriori competenze, nei casi in cui non fosse risultato possibile attribuire la competenza ad un giudice comunitario ai sensi dell'art. 3²⁵⁵.

Il nuovo art. 7 disponeva pertanto che qualora nessuno dei coniugi avesse la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro o entrambi i coniugi fossero cittadini di uno stesso Stato membro ovvero, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, avessero il "domicile" nel territorio di Regno Unito o Irlanda, fossero competenti le autorità giurisdizionali di uno Stato membro in quanto i coniugi avessero avuto la residenza

²⁵⁴ Cfr. MARINO S., *I regolamenti comunitari: Bruxelles II bis e Roma III*, in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 83, che considera il cd. *forum running* uno dei principali limiti che risultano dalla combinazione fra il sistema di attribuzione della competenza giurisdizionale fondato su criteri alternativi e disciplina della litispendenza, che attribuisce la competenza giurisdizionale del primo giudice adito. Tale circostanza va considerata assieme a quella per cui un giudice può essere scelto proprio per la legge che andrà ad applicare.²⁵⁴

²⁵⁵ Per approfondimenti sul punto cfr. MARINO S., *I regolamenti comunitari: Bruxelles II bis e Roma III*, cit. *supra*, p. 83, secondo cui tale scelta si giustifica sul fatto che i diritti nazionali non sempre consentono un effettivo accesso alla giustizia, mentre l'applicazione dei nuovi criteri determinerebbe la competenza giurisdizionale dei giudici di uno Stato membro anche nel caso in cui la residenza dei coniugi fosse collocata in uno Stato terzo, pur tuttavia sussistendo legami stabili con uno Stato membro.

abituale comune nel territorio di quello Stato membro per almeno tre anni, oppure uno dei coniugi fosse cittadino di quello Stato membro o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, avesse ivi il suo “*domicile*”.

La riscrittura dell'art. 7 è dovuta al fatto che la stesura originaria, nel rinviare alle norme nazionali di competenza internazionale, quando i coniugi non risiedano abitualmente nel territorio di uno Stato membro e non abbiano la stessa cittadinanza, non garantisce sufficientemente ai coniugi un accesso effettivo alla giustizia, poiché le norme nazionali si basano su criteri diversi. I rischi che si presentano sono molteplici, e comprendono le ipotesi in cui nessuna autorità giurisdizionale degli Stati membri o di uno Stato terzo sia competente a pronunciarsi su una domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, ma anche altre situazioni, tra cui i casi in cui una decisione emessa in uno Stato terzo non sia riconoscibile in uno Stato membro secondo il regolamento Bruxelles II *bis*, ma solo sulla base delle norme nazionali o dei trattati internazionali applicabili.

Per quanto specificamente concerne l'ipotesi di annullamento del matrimonio, non era prevista alcuna facoltà di scelta per i coniugi, né altro criterio di collegamento, poiché le consultazioni generate dal Libro verde avevano condotto alla opportunità di preferire la delega ai criteri degli ordinamenti nazionali²⁵⁶.

L'intenzione che muoveva la proposta di regolamento era dunque quella di eliminare quanto più possibile il riferimento alla *lex fori*, per i problemi insiti nelle rilevanti diversità tra le norme nazionali²⁵⁷.

Ma, soprattutto, si era inteso introdurre norme sulla legge applicabile al fine di evitare l'applicazione di leggi sostanziali diverse tra Stato a Stato, a seconda che si dovesse adottare il criterio della cittadinanza, della residenza dei coniugi o la *lex fori*.

Quanto alla legge applicabile in materia di divorzio e separazione personale, la Commissione aveva proposto con il Libro verde l'introduzione di norme di conflitto armonizzate che si basassero come linea di principio sulla scelta dei coniugi, con il

²⁵⁶ Cfr. BERGAMINI E., *Il regolamento 2201/2003*, cit., p. 96 ss., laddove riferisce che nella maggioranza dei casi gli Stati fanno rinvio alla legge del luogo di celebrazione o alla legge nazionale comune dei coniugi.

²⁵⁷ Cfr. sul punto NASCIBENE B., *Revisione del Regolamento 'Bruxelles II'*, cit., p. 59, secondo cui non viene sufficientemente motivata la scelta di eliminare l'operatività della *lex fori*, che in via residuale non può arrecare alcun svantaggio né contrasto con i principi che ispirano il regolamento, posta come criterio in subordine rispetto ai criteri di giurisdizione uniformi della residenza comune e della cittadinanza di un coniuge.

vincolo che la scelta dovesse ricadere sulle leggi dello Stato con cui i coniugi presentassero un legame stretto, come la loro ultima residenza abituale comune se uno dei due ancora vi risieda, la cittadinanza di uno dei coniugi ed anche la legge del foro, ma solamente in via residuale.

Quanto all'abito oggettivo di applicazione, le consultazioni generate dalla stesura del Libro verde erano state concordi sull'applicazione delle norme di conflitto sia alla separazione personale sia al divorzio, atteso che molto spesso i due istituti sono l'uno subordinato all'altro, ed anche perchè gli Stati applicano alla separazione le stesse norme di conflitto dettate per il divorzio.

La proposta di regolamento prendeva atto, in relazione alla redazione dell'art. 20 *bis*, della circostanza per cui nella maggioranza dei casi le norme di conflitto nazionali prevedono un'unica soluzione ad una data situazione, e, muovendo da tale presupposto, si era inteso offrire ai coniugi una maggiore flessibilità nella scelta²⁵⁸ della legge applicabile alla separazione ed al divorzio, con il limite delle leggi dei soli Stati con cui i coniugi avessero un legame stretto. Quanto ai requisiti formali, l'accordo doveva essere redatto, ai sensi dell'art. 20 *bis*, per iscritto e doveva essere sottoscritto da entrambi i coniugi al più tardi nel momento in cui veniva adita l'autorità giurisdizionale²⁵⁹.

Sarebbe stato preferibile che la forma scritta fosse stata accompagnata altresì da forme di pubblicità, come l'iscrizione della dichiarazione nei registri o atti dello stato civile di un Paese membro, nonché fossero state previste garanzie di autenticità, come nel caso di dichiarazione in presenza di una autorità pubblica o davanti ad un soggetto in grado di attestarne la provenienza²⁶⁰.

²⁵⁸ Cfr. sul punto QUEIROLO I., *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale*, cit., secondo cui la previsione si colloca in quel fenomeno a cui oggi si assiste, improntato ad una vera e propria "contrattualizzazione" dei rapporti familiari, in generale, e delle relazioni di coppia, in particolare, in un contesto per cui ciò si verifica sia per la famiglia legittima, sia per la famiglia di fatto.

²⁵⁹ Cfr. QUEIROLO I., *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale*, cit. *supra*, laddove specifica che il requisito implicito che condiziona la validità della clausola è la manifestazione di una volontà non viziata da parte di una persona capace di compiere l'atto, ma quanto alla ricorrenza di eventuali vizi del consenso, il regolamento nulla dice. Pertanto, dovrebbe implicitamente ritenersi che debba farsi richiamo alle norme di diritto internazionale privato, o ritenersi che la stessa legge prescelta sia destinata a disciplinare il caso di eventuali vizi.

²⁶⁰ Cfr. BERGAMINI E., *Il regolamento 2201/2003*, cit., p. 113, laddove il rischio insito nella assenza di ulteriori requisiti né forme pubblicitarie, oltre alla semplice forma scritta, si crea quando l'accordo venga meno successivamente alla dichiarazione ed il coniuge in possesso del documento si rifiuti di presentarlo. L'autore suggerisce l'opportunità di prevedere la possibilità di pubblicizzare questa scelta nei registri dello stato civile, quantomeno in forma di delega agli Stati.

D'altronde il rispetto delle formalità rileva altresì al fine di individuare l'ultimo momento utile per effettuare la scelta, ovvero sia il momento in cui viene adita l'autorità giudiziaria²⁶¹.

Qualora le parti non avessero proceduto all'effettuazione della scelta, ai sensi dell'art. 20 *ter*, la legge applicabile sarebbe stata determinata sulla scorta di una serie di criteri di collegamento, *in primis* quello della residenza abituale dei coniugi, al fine di garantire certezza del diritto e prevedibilità. Questo meccanismo si prefiggeva l'obiettivo di ridurre la "corsa in tribunale", in considerazione del fatto che ogni autorità giurisdizionale adita all'interno dell'Unione avrebbe dovuto applicare la legge individuata in base a norme comuni.

Ma la proposta di regolamento considerava che, facendo la norma riferimento anzitutto alla residenza abituale dei coniugi o in subordine, all'ultima residenza abituale comune se uno dei due vi risiedesse ancora, nella maggioranza delle ipotesi si sarebbe applicata la *lex fori*²⁶², con automatica espansione delle problematiche insite nell'applicazione della legge straniera.

Tale evenienza avrebbe portato con sé la possibilità di consentire alla parte che proponeva la domanda di scegliere altresì la legge applicabile unilateralmente, ogni qual volta in cui i predetti criteri non fossero stati applicabili, in uno con la possibilità dell'operatività di detto criterio anche nei casi in cui il giudice avesse declinato la propria competenza, venendo meno la possibile giustificazione dell'unità tra *forum* e *ius*²⁶³.

Le finalità che sottendevano alla stesura della proposta di regolamento possedevano portata universale, dato che le norme di conflitto saranno state destinate a designare sia la legge di uno Stato membro, come la legge di uno Stato terzo.

²⁶¹ Cfr. sul punto NASCIBENE B., *Revisione del Regolamento 'Bruxelles II'*, cit., p. 60, secondo il quale andrebbe altresì specificato se la dichiarazione possa essere fatta in qualsiasi momento, anche al momento della celebrazione del matrimonio, o nei patti pre-matrimoniali ove consentiti, e se sia anche suscettibile di revoca.

²⁶² Cfr. sul punto NASCIBENE B., *Revisione del Regolamento 'Bruxelles II'*, cit., *supra*, p. 59, il quale specifica che se la legge applicabile risulta essere la *lex fori* può non sussistere lo stretto legame, nei casi in cui la cd. 'corsa al tribunale' determini in automatico la legge applicabile. L'Autore suggerisce, per ovviare al problema, di prevedere espressamente che il collegamento alla *lex fori* sia ammissibile a condizione che sussista un legame tra i coniugi e l'ordinamento del foro.

²⁶³ Cfr. BERGAMINI E., *Il regolamento 2201/2003*, cit., p. 95, secondo cui se la *lex fori* può operare come clausola di chiusura nei casi di mancanza di scelta e di operatività di ulteriori criteri, appare permettere il radicamento della scelta implicita di legge anche nelle ipotesi di declaratoria di incompetenza.

Al fine di garantire la certezza del diritto la proposta del regolamento respingeva il meccanismo del rinvio, e pertanto la designazione della legge in applicazione di norme di conflitto uniformi sarebbe consistita nel designare norme sostanziali di quella legge e non le sue norme di diritto internazionale privato.

Il rinvio sarebbe pertanto escluso proprio in virtù della disciplina regolamentare uniforme di diritto internazionale privato, che sarebbe andata a sostituire i sistemi interni degli Stati²⁶⁴.

La proposta di regolamento contemplava altresì una specificazione sul limite dell'ordine pubblico²⁶⁵, la cui eccezione permetteva all'autorità giurisdizionale di eludere l'applicazione della legge straniera individuata sulla scorta delle norme di conflitto, nei casi in cui la sua concreta applicazione si manifesti contraria all'ordine pubblico del foro²⁶⁶.

Va precisato che la stessa Corte di giustizia²⁶⁷ e la costante dottrina si muovono tuttora in tal senso, in accoglimento del criterio restrittivo di interpretazione del vincolo, in modo tale che la legge applicabile, per integrare il contrasto con l'ordine pubblico, debba porsi in conflitto inaccettabile con i principi fondamentali a cardine dell'ordinamento del foro, non essendo sufficiente a tal fine un mero contrasto o, a maggior ragione, una mera divergenza fra leggi, di modo che la sua applicazione risulti caratterizzarsi per eccezionalità.

Il progetto Roma III si proponeva anche l'introduzione di una disposizione finalizzata alla cooperazione fra autorità giurisdizionali, secondo la quale, qualora la legge applicabile

²⁶⁴ Cfr. sul punto MARINO S., *I regolamenti comunitari: Bruxelles II bis e Roma III*, cit., p. 85, secondo cui qualora la legge applicabile fosse quella di uno Stato membro il rinvio non avrebbe senso, dato che tale legge si riterrà applicabile, mentre nel caso in cui venisse richiamata una legge di uno Stato terzo, l'operatività del rinvio comporterebbe che la scelta della legge applicabile sarebbe da questa rinvenuta, con ciò creando situazioni di difficile conciliabilità con i principi del regolamento "Roma III". Per approfondimenti cfr. anche DE BOER TH. M., *The second revision of the Brussels II regulation: jurisdiction and applicable law*, in *European Challenges in Contemporary Family Law*, Boele Woelki K and Sverdrup T. (eds), Intersentia, 2008, Antwerp-Oxford-Portland, p. 321-341.

²⁶⁵ Cfr. QUEIROLO I., *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale*, cit, laddove specifica che l'ordine pubblico non costituisce una clausola di automatica applicazione in relazione alle norme o alle sentenze straniere ad esso contrarie, bensì opera come verifica in concreto del risultato cui porta la loro applicazione in virtù dei principi che accoglie l'ordinamento del giudice adito. Presupposto per l'operatività del vincolo è che deve sussistere una grave e manifesta incompatibilità tra i principi fondamentali vigenti nel diritto interno e l'applicazione della norma o il riconoscimento della sentenza straniera.

²⁶⁶ Cfr. sul punto NASCIBENE B., *Revisione del Regolamento 'Bruxelles II'*, cit., p. 60, secondo il quale accanto al limite dell'ordine pubblico andrebbe affiancato quello dell'interesse superiore del minore.

²⁶⁷ Corte giust., 28 marzo 2000, in causa C-7/98, *Krombach*, in *Racc.*, p. I-1995.

fosse stata quella di uno Stato membro, il giudice avrebbe potuto servirsi della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale per accertare il contenuto della legge straniera²⁶⁸.

Il regolamento Roma III, di cui alla proposta in esame, intendeva pertanto garantire una maggiore semplificazione nonché soluzioni uniformi all'interno dello spazio giudiziario europeo²⁶⁹.

Nell'ambito della procedura di consultazione prevista dall'allora articolo 67 del Trattato CE, con risoluzione del 21 ottobre 2008, il Parlamento europeo aveva espresso le proprie considerazioni in merito alla proposta della Commissione, offrendo delle indicazioni sull'opportunità di effettuare alcune modifiche.

Il Parlamento aveva precisato innanzitutto che, per esigenze di certezza, la residenza abituale andava definita quale luogo di ordinaria dimora della persona.

Quanto all'art. 3 *bis* l'istituzione europea aveva proposto di tenere in considerazione, in merito alla scelta della giurisdizione competente, il momento in cui tale scelta veniva effettuata²⁷⁰.

Secondo il Parlamento europeo, inoltre, l'introduzione tra il novero di Stati oggetto della scelta dei coniugi dello Stato membro ove il matrimonio era stato celebrato avrebbe potuto rinviare ad un ordinamento privo di collegamento effettivo con il matrimonio, in considerazione del fatto che sposarsi in uno Stato non significava di per sé accettare la legge o la giurisdizione di tale Stato.

Ciò nonostante erano stati introdotti due nuovi criteri in merito alla legge applicabile, il criterio dello Stato in cui era avvenuto il matrimonio (nuovo punto c) dell'art. 3 *bis* e

²⁶⁸ Cfr. sul punto NASCIMBENE B. *Revisione del Regolamento 'Bruxelles'*, cit., p. 60. La rete è stata istituita dalla decisione del Consiglio del 28 maggio 2001, Decisione (CE) n. 470, e comprende compiti quali la cooperazione nei procedimenti con risvolti transazionali.

²⁶⁹ Cfr. MARINO S., *I regolamenti comunitari: Bruxelles II bis e Roma III*, cit., p. 85, secondo cui la disciplina di cui al regolamento "Roma III", introdurrebbe l'autonomia internazionalprivatistica in un settore con forti connotazioni di diritto pubblico, per tradizione sottratto alla disponibilità delle parti.

²⁷⁰ Tale scelta deve avvenire, secondo il Parlamento europeo, tenendo in considerazione la presenza dei criteri proprio al momento della scelta: la cittadinanza deve essere considerata quale criterio di scelta se presente in tale momento e la residenza abituale deve sussistere da tre anni rispetto al momento della scelta. Nel caso in cui la residenza in tale Stato, considerato il momento di adire il giudice, fosse venuta meno da più di tre anni, la scelta effettuata perde la sua efficacia. Oltre che in materia di giurisdizione, il momento della scelta rileva altresì quanto alla individuazione della legge applicabile di cui all'art. 20 *bis*.

dell'art. 20 *bis*) ed il criterio della residenza abituale dei coniugi al momento in cui era stato concluso l'accordo²⁷¹.

Quanto alla legge applicabile, il Parlamento europeo aveva affermato che la scelta avrebbe dovuto rispettare sia i diritti della Carta dei diritti fondamentali, sia il principio dell'ordine pubblico, in tal modo limitando l'operatività della scelta della legge di un Paese terzo, che secondo un orientamento della Commissione giuridica del Parlamento europeo non avrebbe dovuto nemmeno essere contemplata.

Il Parlamento europeo aveva richiamato altresì espressamente un importante limite, la cui applicazione era imprescindibile, individuato nel rispetto del superiore interesse del minore.

Per ciò che riguardava inoltre la forma della dichiarazione sulla scelta, il Parlamento europeo aveva sottolineato l'esigenza del rispetto dei requisiti formali, quantomeno della legge di uno degli Stati ove i coniugi avevano la residenza, nonché i requisiti del contratto con cui era stato concluso il matrimonio, qualora l'accordo avesse fatto parte di un contratto di matrimonio. In base al nuovo art. 20 *sexies bis*, gli Stati avrebbero dovuto comunicare alla Commissione le norme nazionali relative ai requisiti formali.

Al fine di limitare il fenomeno del *forum shopping*, il Parlamento europeo aveva proposto, in materia di competenza residuale, di limitare la competenza dello Stato di ultima residenza abituale comune, in modo che il periodo di tre anni di residenza non fosse risalito a più di tre anni prima.

Veniva inoltre introdotto un nuovo art. 7 *bis*, che riconosceva la competenza dello Stato di cittadinanza di uno dei coniugi, o dello Stato di celebrazione del matrimonio, nei casi in cui la giurisdizione individuata ai sensi del regolamento non avesse previsto il divorzio o non avesse riconosciuto l'esistenza o la validità del matrimonio; e riconosceva altresì, proponendo una soluzione per l'applicazione del regolamento alle coppie dello stesso sesso, la competenza dei giudici dello Stato di cittadinanza di un coniuge o di celebrazione del matrimonio, nel caso in cui l'ordinamento del Paese competente non avesse riconosciuto l'esistenza o la validità del matrimonio.

²⁷¹ Questa previsione, in base alla *Relazione Gebhardt* del 19 settembre 2008, è giustificata dalla considerazione che la celebrazione del matrimonio in un determinato Paese implica anche l'accettazione della scelta di sottoporsi alla legge di tale Stato.

Questa norma introduceva il cosiddetto *forum necessitatis*, rappresentando una sorta di *favor divortii* nei casi in cui uno Stato non potesse riconoscere come matrimonio un atto che tale non è secondo le leggi che lo regolano, nemmeno per lo scioglimento del vincolo, e nei casi di Stati in cui l'istituto del divorzio non esistesse.

La previsione di cui all'art. 7 *bis* andava letta anche congiuntamente alla proposta di cui al paragrafo 2 *bis* dell'art. 20 *bis*, laddove prevedeva l'applicazione della *lex fori* nei casi in cui la legge di cui alla scelta non avesse previsto la separazione ed il divorzio, oppure avesse previsto tali istituti ma in modo discriminatorio per uno dei coniugi.

In virtù della certezza del diritto, i criteri di collegamento dovevano verificarsi come esistenti al momento della scelta, ed il giudice avrebbe avuto l'obbligo di verificare che la giurisdizione e la legge applicabile fossero stati il frutto di una "scelta illuminata" da parte dei coniugi, i quali avrebbero dovuto dare dimostrazione di conoscere le conseguenze giuridiche e sociali della loro scelta.

In tale cornice, un ruolo importante veniva attribuito alla Commissione, la quale avrebbe avuto l'obbligo di fornire appropriate informazioni in merito alle norme nazionali applicabili tramite internet e nell'ambito della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale.

3. Dal fallimento della proposta di regolamento Roma III alla cooperazione rafforzata

La proposta di regolamento cosiddetta Roma III²⁷², volta a modificare il regolamento 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale nonché ad introdurre norme sul diritto applicabile in materia matrimoniale, a dispetto di quanto sperato da gran parte degli Stati membri nonché delle istituzioni europee non ha trovato i voti necessari per entrare a far parte del novero degli atti legislativi dell'Unione europea.

Tale regolamento infatti necessitava, previa consultazione del Parlamento²⁷³, della deliberazione all'unanimità del Consiglio per poter essere approvato²⁷⁴, unanimità non raggiunta a causa dell'opposizione di alcuni degli Stati membri²⁷⁵.

²⁷² Proposta del 17 luglio 2006, COM(2006)0399, vedi *infra*.

²⁷³ Il Parlamento ha fornito il proprio parere favorevole il 21 ottobre 2008, cfr. *GU C* 15 E del 21.01.2010, pag. 128. Si badi che il Parlamento in tale procedura ha un ruolo ancora marginale, infatti è prevista solo la sua consultazione e pertanto lo stesso non può nemmeno opporsi all'eventuale approvazione dell'atto.

Come noto, la delicatezza della materia del diritto di famiglia ha sempre reso gli Stati membri gelosi delle proprie discipline nazionali, ed in special modo quando l'oggetto dell'intervento normativo dell'Unione concerneva proprio l'uniformazione delle norme di diritto internazionale privato in senso stretto.

In ragione di ciò, nella riunione "Giustizia e affari interni" del 5 e 6 giugno 2008 il Consiglio ha prelevato atto del fallimento dell'iniziativa della Commissione nonché constava l'impossibilità di raggiungere, mediante l'applicazione delle disposizioni dei trattati, gli obiettivi contenuti nella proposta di regolamento Roma III in tempi ragionevoli.

La mancata approvazione del progetto Roma III ha tuttavia svolto l'importante funzione di rendere consapevoli tanto gli Stati quanto le istituzioni europee che al di là dell'unanimità vi era comunque la possibilità di poter proseguire, su altri fronti, il dibattito sull'uniformazione dei criteri di conflitto in materia di dissolvimento del legame coniugale.

Dibattito viepiù incentivato sia dal Programma di Stoccolma²⁷⁶, il quale inseriva nell'agenda dell'Unione europea in materia di giustizia, libertà e sicurezza per il periodo 2010-2014 proprio la prosecuzione dell' "armonizzazione delle norme sui conflitti di leggi

²⁷⁴ Ai sensi dell'articolo 61 lettera c) e dell'articolo 67 paragrafo 1 del Trattato CE, attuale articolo 81, paragrafo 3 TFUE. Secondo tale norma infatti: "In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto della famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo la procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. Il 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. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. I parolamenti nazionali sono informati della proposta di cui al c. 2°. Se un parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. In mancanza di opposizione, il Consiglio può adottare la decisione."

²⁷⁵ In primis il veto opposto da parte della Svezia la quale non era disposta ad accettare che le proprie autorità giurisdizionali fossero vincolate ad applicare normative di altri Stati sul divorzio qualora le stesse prevedessero criteri più selettivi per l'ottenimento dello scioglimento del matrimonio. Un'ulteriore opposizione proveniva da Malta nella quale sino a quest'anno non era possibile dissolvere il vincolo coniugale mediante l'istituto del divorzio. Nonché obiezioni provenienti da altri Stati membri concernenti il rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà necessari per l'emanazione del regolamento in questione. Sul punto cfr. la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 16 giugno 2010 sul progetto di decisione del Consiglio che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (09898/2/2010 - C7 - 0145/2010 - 2010/0066(NLE)), nonché la Raccomandazione della commissione giuridica del 10 giugno 2010 (A7-0194/2010).

²⁷⁶ Programma di Stoccolma "Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini", in GUUE C 115 del 4 maggio 2010 p. 1 ss, che ha sostituito il Programma dell'Aja "Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione Europea", in GUUE C 53 del 3 marzo 2005. Per approfondimenti sul tema si veda CUBEDDU M.G., *Il diritto della famiglia in Europa*, in *Trattato di diritto privato, diretto da Bessone M., Famiglia e matrimonio.*, a cura di Auletta T., I, 2010, p. 76-77.

a livello dell'Unione nei settori in cui risulta necessario, come la separazione ed il divorzio"²⁷⁷, sia dallo stesso Consiglio europeo il quale invitava la Commissione a portare avanti i lavori in tema di norme uniformi sui conflitti di legge nell'ottica di migliorare sempre di più la cooperazione civile tra Stati membri agevolando la risoluzione delle controversie, l'esercizio delle azioni civili e la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali²⁷⁸.

Ed è su tali basi che, in ragione del numero sufficiente di Stati interessati a raggiungere gli obiettivi fissati con la proposta di regolamento del 2006, è sorta l'intenzione di utilizzare lo strumento dalla cooperazione rafforzata.

Alla luce delle disposizioni del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea²⁷⁹ (allora ancora Trattato sulla Comunità europea) è infatti attualmente consentito ad un gruppo di almeno nove Stati di disciplinare di comune accordo una determinata materia mediante l'utilizzo degli strumenti procedurali e legislativi dell'Unione, lasciando aperta la possibilità agli altri Stati membri di aderire in qualsiasi momento alla cooperazione.

La funzione di questo strumento, introdotto con il Trattato di Amsterdam e sino ad ora mai utilizzato²⁸⁰, è appunto quella di evitare che la necessaria e crescente integrazione e

²⁷⁷ Programma di Stoccolma, cit., punto 3.1.2. In argomento si veda OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2011, p. 124.

²⁷⁸ Programma di Stoccolma, cit., punto 3.3.2.

²⁷⁹ Precisamente l'articolo 20 del Trattato sull'Unione europea e gli articoli da 326 a 334 dell'odierno Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

²⁸⁰ Il mancato precedente utilizzo dello strumento delle cooperazioni rafforzate è da ricondursi alle iniziali rigorose regole procedurali previste per l'approvazione delle stesse (successivamente semplificatesi in particolare a seguito del Trattato di Nizza del 2001), alla necessità della partecipazione della maggioranza degli Stati membri, nonché alla facoltà per questi ultimi di opporre il proprio veto e di bloccare in tal modo ogni ipotesi di cooperazione. Tali limitazioni denotano l'iniziale prudenza del legislatore comunitario il quale, pur prevedendo la necessità di consentire all'Europa di avanzare nel raggiungimento dei propri obiettivi a "due velocità", ha limitato tale possibilità con un iter procedurale rigoroso anche al fine di non creare una frammentazione legislativa potenzialmente nociva agli interessi dell'Unione europea. Merita sottolineare che ancor prima del Trattato di Amsterdam, il quale ha appunto codificato le cooperazioni rafforzate, è rinvenibile un esempio concreto di avanzamento degli Stati a velocità differenti, si pensi, nell'ambito della realizzazione di un'unione economica e monetaria introdotta nel 1992 con Maastricht, alla creazione della moneta unica comune alla quale nel 1999 parteciparono pienamente soltanto alcuni Stati. Con il Trattato di Lisbona la politica monetaria è divenuta a tutti gli effetti un'ipotesi di cooperazione rafforzata (artt. 136 e 137 TFUE). Per maggiori approfondimenti cfr. POCAR F., *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2, 2011, p. 297 ss; OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea*, cit., p. 126; CUBEDDU M.G., *Il diritto della famiglia in Europa*, cit., p. 73 ss.

cooperazione tra Stati membri possa essere rallentata dall'opposizione di alcuni di questi consentendo in tal modo all'Unione europea di perseguire .

Naturalmente tale possibilità incontra dei limiti precisamente indicati nei trattati, ovvero una cooperazione rafforzata deve mirare al perseguimento degli obiettivi dell'Unione, alla tutela dei suoi interessi nonché ad incentivare il processo integrativo tra Stati²⁸¹. Oltre a ciò una cooperazione rafforzata non deve pregiudicare il mercato interno né la coesione sociale e territoriale e parimenti non deve ostacolare o discriminare gli scambi tra Stati oppure falsare la concorrenza²⁸².

Nel caso in esame, il rispetto di tali limiti era stato ampiamente verificato posto che la Commissione si era già interessata della materia dello scioglimento del vincolo matrimoniale prima con il Libro verde del 2005²⁸³ e poi con la proposta di regolamento del 2006.

Pertanto, in data 28 luglio 2008, 12 agosto 2008 e 12 gennaio 2009 dieci Stati membri²⁸⁴ hanno trasmesso alla Commissione la richiesta di procedere alla presentazione al Consiglio di una proposta di cooperazione rafforzata²⁸⁵.

In ossequio a tale formale investitura da parte degli Stati, la Commissione ha presentato simultaneamente la proposta di decisione del Consiglio che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale ai sensi dell'articolo 329, primo comma, TFUE²⁸⁶, e la proposta di regolamento del Consiglio concernente l'attuazione di tale cooperazione, basata sull'articolo 81, paragrafo 3 TFUE²⁸⁷.

²⁸¹ Così l'articolo 20 paragrafo 1 TUE.

²⁸² In questi termini l'articolo 326, comma secondo, TFUE.

²⁸³ COM(2005)0082 sul quale si rimanda al capitolo III paragrafo 2.

²⁸⁴ Bulgaria, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo, Ungheria, Austria, Romania e Slovenia. La Grecia, tuttavia, il 3 marzo 2010 ha ritirato la propria richiesta.

²⁸⁵ Successivamente hanno richiesto di partecipare anche Germania, Belgio, Lettonia, Portogallo e Malta.

²⁸⁶ Proposta di decisione del Consiglio che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale del 24 marzo 2010, COM(2010) 104 def.

²⁸⁷ Proposta di regolamento (UE) del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale del 24 marzo 2010, COM(2010) 105 def.

Successivamente, sulla base dell'articolo 329, primo comma, TFUE il Parlamento europeo mediante risoluzione ha approvato il progetto di decisione del Consiglio²⁸⁸ volto a consentire l'instaurazione della prima cooperazione rafforzata²⁸⁹.

Nel luglio del 2010 il Consiglio²⁹⁰, preso atto che gli obiettivi alla base della proposta di regolamento non sarebbero stati raggiunti dall'Unione europea in tempi ragionevoli e che tale cooperazione avrebbe avuto il pregio di portare ad un miglioramento della cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazioni transnazionali, attraverso l'uniformazione delle norme di conflitto ed il mutuo riconoscimento delle sentenze, ha approvato la proposta di decisione della Commissione²⁹¹.

Infine, al termine di questo *iter*, il 20 dicembre 2010 è stato emanato il regolamento (UE) n. 1159/2010 del Consiglio relativo all'attuazione di un cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale²⁹².

²⁸⁸ Il Parlamento in tale atto ha altresì invitato il Consiglio ad utilizzare la cosiddetta "clausola passerella", ovvero l'articolo 333, secondo comma, TFUE, che consente al Consiglio di legiferare secondo la procedura ordinaria anziché quella speciale come previsto dall'articolo 81, terzo paragrafo, secondo comma, TFUE. Sull'argomento cfr. OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea*, cit., p. 119 e 129.

²⁸⁹ Si dà atto che attualmente è stata approvata un'ulteriore cooperazione rafforzata in materia di protezione unitaria dei brevetti. Si veda la proposta di decisione autorizzativa del Consiglio predisposta dalla Commissione del 14 dicembre 2010 (COM(2010) 790 def.), la decisione del Consiglio che autorizza la cooperazione rafforzata del 10 marzo 2011 (2011/167/UE), nonché le successive due proposte di regolamento avanzate dalla Commissione il 13 aprile 2011, rispettivamente proposta del Parlamento e del Consiglio relativo all'instaurazione di un cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettale unitaria e proposta di regolamento del Consiglio relativo all'instaurazione di un cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettale unitaria in relazione al regime di traduzione applicabile (COM(2011) 215 def. e COM(2011) 216 def.). Per un'analisi si rimanda a POCAR F., *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate*, cit., p. 302 ss.

²⁹⁰ Decisione del Consiglio che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale del 12 luglio 2010, 2010/405/UE, in *GUUE* n. L 189 del 22 luglio 2010, p. 12 ss.

²⁹¹ Proposta di decisione che ha altresì ottenuto l'approvazione del Comitato Economico e Sociale, il quale si è espresso favorevolmente all'utilizzo della procedura delle cooperazioni rafforzate. Cfr. *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Council regulation implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*, Soc/379, *Divorce and Legal Separation*.

²⁹² Regolamento (UE) n. 1159/2010 del Consiglio relativo all'attuazione di un cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GUUE* L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss.

4. Il regolamento 1259/2010 e la disciplina della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale

Il regolamento 1259/2010, adottato nell'ambito di una cooperazione rafforzata, ha, come sopra si è detto, rappresentato l'*escamotage* per riuscire a disciplinare, in assenza del parere unanime degli Stati membri, l'aspetto della legge applicabile rimasto estraneo all'ambito di applicazione del regolamento 2201/2003 in materia di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà genitoriale²⁹³.

Rispetto alla proposta di regolamento del 2006, che conteneva sia disposizioni volte ad introdurre modifiche al regolamento 2201/2003 sia norme sulla legge applicabile, il regolamento in esame si occupa soltanto dell'uniformazione delle norme di conflitto, ritornando sull'idea iniziale della Commissione, così come si evince dal Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio, di dedicare alla disciplina del diritto applicabile alla separazione e al divorzio un autonomo regolamento, sulla scorta di quanto era precedentemente avvenuto in materia di obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali.

Non a caso il regolamento 1259/2010 viene comunemente detto "Roma III", facendo seguito al regolamento n. 593/2008 sulle obbligazioni contrattuali detto "Roma I"²⁹⁴ e al regolamento 864/2007 sulle obbligazioni extracontrattuali denominato appunto "Roma II"²⁹⁵.

²⁹³ Per approfondimenti sul nuovo regolamento si vedano tra gli altri NASCIMBENE B., Le norme di conflitto in tema di separazione e divorzio nel regolamento 1259/2010, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 343 ss., BARUFFI M.C., *Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 867 ss., ZANOBETTI A., *Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, p. 250 ss., CLERICI R., Il ruolo dell'autonomia privata tra espansione e limiti di operatività nel Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione legale, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 2, p. 351 ss., BERGAMINI E., DEREATTI C., L'uniformazione (parziale) della legge applicabile nel diritto dell'UE. Dal nuovo Regolamento n. 1259/2010 al Regolamento sulle successioni: il focus sulla volontà delle parti per contenere il forum running, in *Int'l Lis*, 2011/2012, 1, p. 10 ss.

²⁹⁴ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in *GUUE* L 177 del 4 luglio 2008.

²⁹⁵ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento e del Consiglio del 11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, in *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss.

Completando il quadro normativo in materia matrimoniale, seppur con riferimento ai soli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata, il regolamento si prefigge di disciplinare le ipotesi di conflitti di leggi al fine di garantire la certezza del diritto, la prevedibilità e la flessibilità, e ciò sempre nell'ottica di agevolare la libera circolazione delle persone²⁹⁶.

In particolare, il regolamento persegue l'obiettivo di eliminare le possibilità di *forum shopping* cioè la corsa da parte del coniuge più avveduto verso il Tribunale dello Stato che applica la legge ritenuta ad esso più favorevole.

Prima dell'emanazione del regolamento in oggetto, ovvero in assenza di una disciplina sulla legge applicabile, i procedimenti relativi allo scioglimento del vincolo matrimoniale venivano regolati nella sostanza dalla legge individuata in base alle norme di diritto internazionale privato dello Stato adito, con la possibilità, in alcuni casi, che si realizzasse una coincidenza tra *forum* e *ius*.

Con l'introduzione di una normativa *ad hoc* sul diritto applicabile, pertanto un coniuge non ha più interesse a rivolgersi ad uno Stato membro piuttosto che un altro, considerato che la legge ad esso applicabile verrebbe individuata mediante un sistema armonizzato di norme di conflitto.

In tal modo, il regolamento assicura la certezza del diritto e la prevedibilità della legge che sarà applicata, dal giudice competente alla luce del regolamento 2201/2003, per la soluzione della controversia matrimoniale.

Tale prevedibilità viene assicurata, come meglio si vedrà, attraverso l'applicazione di criteri di collegamento che presentano uno stretto legame con la persona (residenza abituale, cittadinanza, legge del foro) nonché mediante l'attribuzione ai coniugi della possibilità di scegliere la legge applicabile alla propria separazione personale o al proprio divorzio.

Nell'uno e nell'altro caso, pertanto, entrambi i coniugi potranno sapere con certezza ed in anticipo quale diritto verrà applicato allo scioglimento del proprio matrimonio, o perché è

²⁹⁶ A tal proposito si legga il 9° considerando del regolamento: “*Il presente regolamento dovrebbe istituire un quadro giuridico chiaro e completo in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale negli Stati membri partecipanti e garantire ai cittadini soluzioni adeguate per quanto concerne la certezza del diritto, la prevedibilità e la flessibilità, e impedire le situazioni in cui un coniuge domanda il divorzio prima dell'altro per assicurarsi che il procedimento sia regolato da una legge che egli ritiene più favorevole alla tutela dei suoi interessi*”.

stato da essi predeterminato o perché seguirà le norme sui conflitti di legge indicati dal regolamento.

Dalla predetta facoltà di scelta della legge applicabile attribuita alle parti consegue altresì la flessibilità che la presente normativa dell'Unione europea intende introdurre nella materia matrimoniale, seppur entro dei limiti che presto si delineeranno.

Va innanzitutto premesso che il regolamento intende disciplinare in maniera esclusiva la materia della legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e che pertanto, così come indicato nell'articolo 19, le convenzioni stipulate anteriormente non troveranno più applicazione, seppur limitatamente agli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata, posto che le convenzioni internazionali tra Stati partecipanti, non partecipanti e Stati terzi continueranno ad esplicare il loro effetti²⁹⁷.

Oltre a ciò, la normativa europea di cui trattasi prevede esplicitamente l'esclusione del rinvio, e che pertanto ogni riferimento alla legge applicabile di uno Stato, sia essa scelta dalle parti o individuata dal regolamento, si intende fatto alle norme di tipo sostanziale e non a quelle di diritto internazionale privato del singolo ordinamento giuridico²⁹⁸.

L'ambito di applicazione della normativa in esame, come indicato nell'articolo iniziale, concerne le ipotesi in cui vi siano conflitti di legge in materia di separazione personale e di divorzio dei coniugi²⁹⁹.

Occorre pertanto che la controversia matrimoniale da risolvere presenti le implicazioni transnazionali così come richieste dall'articolo 81 paragrafo 3 TFUE, ovvero che vi sia un elemento di internazionalità che impedisca la riconduzione della fattispecie nell'alveo della disciplina nazionale³⁰⁰.

Internazionalità che può essere data sia dall'aver cittadinanza o residenze diverse, sia dal possesso della medesima cittadinanza con la residenza comune in uno Stato diverso da

²⁹⁷ Si veda l'articolo 19, paragrafo 1 e 2.

²⁹⁸ In questi termini l'articolo 11 del regolamento.

²⁹⁹ Sul campo di applicazione del regolamento in generale si veda HAMMJE P., *Le nouveau règlement (UE) n. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Revue critique de droit international privé*, 2, 2011, p. 297 ss.

³⁰⁰ A differenza di quanto avviene nei regolamenti in materia di obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, l'elemento di estraneità non può essere rinvenuto nella mera indicazione ad opera delle parti dell'applicazione di un diritto straniero giacché, come indicato, il carattere internazionale del matrimonio deve essere nella medesima fattispecie. Sull'argomento si veda VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*?, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 3, 2011, p. 606.

quello di appartenenza: come precisato infatti dalla stessa Commissione già nel Libro verde del 2006, sono considerati matrimoni “internazionali” quelli in cui i coniugi hanno cittadinanza diversa, o risiedono in Stati differenti, oppure risiedono in uno Stato di cui non sono cittadini.

Un primo elemento di incertezza originato dalla normativa in esame è dato proprio dal campo di applicazione *ratione personae/materiae* di cui ora si è detto.

E' pacifico, infatti, che l'applicazione delle disposizioni, secondo quanto stabilito nell'articolo 1 paragrafo 1, è limitata unicamente a quelle “circostanze che comportino un conflitto di leggi”³⁰¹, vale a dire che affinché si possa fare riferimento al regolamento *de quo* occorre che la fattispecie matrimoniale presenti uno o più elementi di estraneità³⁰².

Come sopra indicato, ai fini dell'applicazione del regolamento la separazione o il divorzio deve riguardare una coppia di coniugi con diversa nazionalità, o con diversa residenza, o che viva in uno Stato diverso da quello di cittadinanza (anche di uno solo dei coniugi) o infine che abbia trasferito in via permanente o temporanea la propria residenza in un altro Stato³⁰³; ad esempio, una coppia di coniugi italiani che ha sempre posseduto la residenza in Italia e la cui vita matrimoniale non abbia mai varcato per così dire i confini nazionali, non potrà giovare delle norme europee sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio.

Proprio tale limitazione nel campo di applicazione ha tuttavia rappresentato fin da subito un aspetto problematico.

Va infatti ricordato che uno dei principali obiettivi del regolamento del 2010 era quello di porre fine al cosiddetto *forum shopping*, ovvero alla corsa dei coniugi (più spesso del coniuge più informato ed avveduto) verso il tribunale di quello Stato competente in base alle disposizioni del regolamento n. 2201/2003, che in base al proprio sistema di diritto internazionale privato avrebbe applicato le norme sostanziali più favorevoli.

³⁰¹ Diversamente a quanto accade per esempio nei regolamenti Roma I e Roma II ove è possibile indicare l'applicazione di una legge di un diverso Stato a fattispecie completamente interne. La ragione di tale differenza va verosimilmente ravvisata nella delicatezza della materia trattata nel regolamento del 2010. Cfr. sul punto CLERICI R., *Il nuovo regolamento dell'Unione europea*, cit., p. 1055, nonché QUEIROLO I., CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata*, cit., p. 74.

³⁰² Sul punto si veda CLERICI R., *Il nuovo regolamento dell'Unione europea*, cit., p. 1055, nonché VELLETTI M., *Il regolamento UE n. 1259/2010*, cit., p. 30.

³⁰³ Si nota pertanto che l'elemento di internazionalità può non appartenere unicamente ai due coniugi (nazionalità diversa), ma può discendere da un elemento di fatto della vita matrimoniale (residenza abituale). In questi termini ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1454.

Con il regolamento 1259/2010 tale fenomeno ha perso effettivamente di interesse, ma alla luce della previsione dell'applicabilità del regolamento sulla scelta di legge ai casi in cui l'elemento di estraneità è unicamente costituito dalla residenza abituale in uno Stato diverso da quello di cittadinanza, ne è sorto un altro con analoghi fini.

In una fattispecie matrimoniale priva di alcun elemento di estraneità, come nell'esempio sopra indicato, è infatti sufficiente il trasferimento della residenza comune dei coniugi per un determinato periodo antecedente alla richiesta di cessazione del rapporto coniugale in uno Stato dotato di norme materiali favorevoli per poter ivi radicare la causa di divorzio, ai sensi del regolamento Bruxelles II bis, nonché per fruire dell'applicabilità delle medesime norme di diritto.

Ma vi è di più, poiché è anche possibile che, alla luce sempre del regolamento del 2003, la causa sia instaurata non solo dinnanzi all'autorità giurisdizionale di residenza dei coniugi ma anche, in alternativa, a quella di cittadinanza, ovvero quella ante trasferimento fittizio di residenza.

Nel caso che interessa il nostro Paese, basti pensare a due coniugi italiani³⁰⁴ che fittiziamente e temporaneamente trasferiscano la propria residenza in Romania³⁰⁵; gli stessi in tal modo godranno da un lato dell'applicazione del regolamento 2201/2003 con l'individuazione quale foro competente di quello rumeno, e dall'altro dell'applicazione del regolamento 1259/2010 che gli consentirà di ottenere un divorzio molto celere ai sensi della disciplina locale.

Nulla esclude, tuttavia, che gli avveduti coniugi preferiscano rivolgersi agli stessi giudici italiani, altresì competenti ex regolamento 2201, per chiedere in patria la pronuncia del proprio divorzio alla luce delle norme rumene.

In assenza di precise prescrizioni nei due regolamenti³⁰⁶ circa la qualificazione della residenza abituale³⁰⁷, lo stabilimento della residenza unito per esempio alla locazione di

³⁰⁴ Nel caso di trasferimento di un solo coniuge, ai sensi dell'articolo 8, lett. b) del regolamento, troverà invece applicazione la legge dell'ultima residenza comune a meno che non sia trascorso più di un anno.

³⁰⁵ Di questo avviso CRESPI REGHIZZI, secondo il quale "il trasferimento di entrambi i coniugi in altro Stato, anche da pochissimo tempo, potrà sin dall'inizio implicare un mutamento della loro residenza abituale, laddove dagli elementi concreti risulti l'intenzione di stabilire il centro dei loro interessi personali o professionali nel nuovo Stato", cfr. CRESPI REGHIZZI Z., *Commento all'art. 8*, cit., p.1498.

³⁰⁶ Sul concetto di residenza ai sensi dell'articolo 3 del regolamento si rinvia al capitolo II par. 2.

³⁰⁷ Per una disamina sui criteri volti all'accertamento della residenza abituale (criterio oggettivo, soggettivo, qualitativo e quantitativo) si veda MELLONE M., *La nozione di residenza abituale*, cit., p. 693 ss.

un immobile ed alla stipulazione di contratti per l'energia o il gas potrebbero infatti essere ritenuti sufficienti per provare l'abitudine della residenza³⁰⁸, ancorata ad elementi fattuali e non anagrafico-formali³⁰⁹.

Va altresì sottolineato che, difficilmente, il giudice adito dichiarerà l'illegittimità dell'applicazione del titolo di giurisdizione vantato dall'attore qualora tale elemento non venga nemmeno eccepito dal convenuto³¹⁰.

Inoltre, sempre con riferimento alla possibilità di giovare dei vari criteri di collegamento previsti dal regolamento Bruxelles II bis in ordine alla competenza giurisdizionale, è altresì degna di nota un'ulteriore eventualità di *forum shopping*.

Va infatti tenuta presente anche la possibilità per un coniuge di aggirare l'accordo di scelta della legge applicabile allo scioglimento del matrimonio, precedentemente redatto con l'altro *partner* e al quale non desidera più conformarsi, mediante l'instaurazione del procedimento divorzile dinnanzi all'autorità di uno Stato non partecipante alla cooperazione rafforzata, e pertanto non obbligato a riconoscere validità all'accordo di legge³¹¹.

Tale eventualità sembra possibile ed altrettanto lecita alla luce del fatto che nessuna norma del regolamento si occupa del caso del mancato rispetto da parte di uno dei coniugi dell'accordo di scelta della legge applicabile al divorzio.

Ipotesi tutt'altro che inverosimile nei casi di stipulazione di accordi preventivi³¹², ovvero in tempi lontani dalla crisi matrimoniale, e che a distanza di anni e con l'incrinarsi del

³⁰⁸ Sul punto si veda la sentenza della Corte di Giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-497/10, *Mercredi*, in Racc., I-14309, in cui la Corte, nel caso di trasferimento della madre con il neonato in uno Stato da pochi giorni, ha affermato che "può costituire un indizio del trasferimento della residenza abituale l'intenzione del titolare della responsabilità genitoriale di stabilirsi con il minore in un altro Stato membro, manifestata attraverso determinate misure concrete, come l'acquisizione o la locazione di un alloggio nello Stato membro ospitante". Cfr. CRESPI REGHIZZI Z., *Commento all'art. 8*, cit., p.1498.

³⁰⁹ In questi termini QUEIROLO I, CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata*, cit., p. 85.

³¹⁰ Di questo parere QUEIROLO I, CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata*, cit., p. 74.

³¹¹ In merito a tale possibilità di aggiramento della disciplina prevista dal regolamento 1259/2010 si veda QUEIROLO I, CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata*, cit., p. 74-75.

³¹² Secondo Queirolo e Carpaneto, oltre alla possibilità di redigere accordi post matrimoniali in assenza di crisi e post matrimoniali dopo il sorgere della crisi, non vi sarebbe quella di stipulare anche i *prenuptial agreements*. Tale considerazione, secondo le Autrici può essere ricavata sia dell'utilizzo nel regolamento del

rapporto coniugale uno dei due soggetti intenda volontariamente disattendere per infastidire l'altro coniuge.

Come già detto il regolamento Roma III sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio completa, nell'ambito dei quindici Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata³¹³, la disciplina del Regolamento Bruxelles II bis sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nella materia matrimoniale.

Ove infatti il regolamento del 2003 stabilisce il foro competente per pronunciare un provvedimento di scioglimento del matrimonio, il regolamento del 2010 dà altresì la possibilità ai coniugi di indicare quali norme di diritto sostanziale il giudice dovrà applicare per giungere a detta pronuncia.

Lo stretto rapporto tra i due regolamenti, alla luce di quanto si legge nell'articolo 2 del regolamento, nonché nei considerando 10 e 13, è caratterizzato dall'esigenza di "coerenza" e dall'effetto di complementarità nella loro applicazione.

Tuttavia va segnalato un elemento a discapito della coerenza tra le due normative, ravvisabile nell'istituto dell'annullamento del matrimonio, al quale saranno applicabili le disposizioni sulla competenza giurisdizionale ma non quelle sulla legge applicabile, in ragione dell'esplicita esclusione di detta materia dal campo applicativo del regolamento 1259.

La ragione della suddetta esclusione trova peraltro spiegazione nella necessità di un equilibrio tra la spinta armonizzatrice del legislatore europeo nei confronti delle norme di

termine "coniugi" sia dal fatto che ad esempio nella recente proposta di regolamento in materia di regimi patrimoniali la Commissione ha fatto esplicito riferimento sia ai coniugi sia ai nubendi. Cfr. QUEIROLO I, CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata*, cit., p. 80 ss.; ad analoghe conclusioni perviene anche Biagioni e ciò sia sulla base del dettato letterale della norma, sia sulla impossibilità di indicare preventivamente la residenza abituale che avranno in futuro i coniugi. Si veda BIAGIONI G., *Commento all'art. 5*, cit., p. 1481. Di diverso avviso Velletti, secondo la quale invece sono configurabili anche gli accordi sulle legge applicabile stipulati in data antecedente al matrimonio, con tuttavia l'opportunità di rinnovare tale convenzione in un atto successivo alla celebrazione, nonché Clerici. Si vedano VELLETTI M., *Il regolamento UE n. 1259/2010*, cit., p. 41 ss., CLERICI R., *Il ruolo dell'autonomia privata*, cit., p. 360.

³¹³ Considerata anche la recente adesione della Lituania, di cui si dira' oltre.

diritto internazionale in materia di scioglimento del matrimonio e la protezione delle peculiarità dei diritti nazionali in tale materia³¹⁴.

La disciplina dell'annullamento del matrimonio, infatti, essendo fortemente legata a quella concernente la validità stessa del vincolo coniugale, riflette le differenti tradizioni dei vari ordinamenti giuridici e pertanto si è ritenuto di escluderla dal campo applicativo del regolamento 1259³¹⁵.

Oltre a tale considerazione, va altresì rammentato che già nella proposta del 2006 tale materia veniva esclusa sia alla luce del principio di proporzionalità, sia in ragione dell'inopportunità di coinvolgere gli aspetti della validità di un matrimonio nella autonomia delle parti³¹⁶.

Può altresì intravedersi un ineliminabile "conflitto teleologico" tra il regolamento del 2010 e la disciplina dell'annullamento, il primo infatti è pacificamente orientato verso il *favor divortii*, mentre la seconda è diversamente incentrata sul *favor matrimonii*³¹⁷.

Per quanto attiene, più in generale, al campo di applicazione del regolamento, si evidenzia che l'attuale sua definizione, desumibile dalla lettura congiunta dell'articolo 1 e del considerando 10 del regolamento, è stata il frutto di un compromesso tra due diversi orientamenti sorti in sede di lavori per l'adozione dell'atto comunitario.

Accantonata l'idea iniziale di non dedicare nessuna disposizione all'ambito applicativo del regolamento, successivamente, preso atto della necessità di indicare la sua circoscrizione alla materia dello scioglimento del vincolo coniugale, hanno preso vita due differenti proposte: la prima volta ad indicare il campo di applicazione unicamente nei considerando, a differenza della seconda che riteneva preferibile dedicare all'uopo una specifica disposizione normativa.

Le ragioni a sostegno del primo orientamento si basavano sul timore che la specifica indicazione dell'ambito di operatività all'interno di un articolo del regolamento, avrebbe implicato una rigida applicazione della normativa, con il rischio di creare dubbi in merito

³¹⁴ Sulle ragioni di esclusione dell'annullamento del matrimonio dal campo di applicazione del regolamento Roma III si cfr. ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1456, nonché NASCIMBENE B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, cit., p. 39.

³¹⁵ L'istituto dell'annullamento del matrimonio è conosciuto in quasi tutti i Paesi dell'Unione europea ad eccezione della Finlandia e della Svezia.

³¹⁶ Si veda in tal senso la proposta di regolamento COM (2006) 399, cit., al considerando n. 6.

³¹⁷ Per tali osservazioni si veda sempre ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1456.

alle materie e questioni giuridiche connesse alla separazione ed al divorzio, non menzionate nella disposizione normativa, ma disciplinate nella legge straniera applicabile al caso di specie.

L'indicazione invece in sede di considerando, avrebbe avuto il pregio di indirizzare gli interpreti sulle materie ricadenti nell'ambito dell'atto comunitario, garantendo però una qualche flessibilità di applicazione.

Dal canto suo, la proposta contraria, sosteneva la necessità di assicurare la certezza del diritto e l'uniformità agli standard adottati sinora dal legislatore comunitario negli altri atti emanati, ottenibili solo mediante una disposizione normativa *ad hoc*.

Alla luce della formulazione oggi vigente, si deduce che la soluzione adottata è stata quella di dedicare l'articolo 1 del regolamento all'indicazione in negativo delle materie escluse dal suo campo di applicazione, nonché il considerando 10, ove, oltre ad essere ribadite le esclusioni già indicate nel testo, si tenta di definire, stavolta in positivo, l'operatività della norma comunitaria³¹⁸.

Tuttavia, proprio in tale duplicazione può rinvenirsi una fonte di dubbio circa la portata generale del regolamento.

Innanzitutto, così come nel regolamento sulla competenza giurisdizionale³¹⁹, vengono escluse dall'ambito di applicazione della norma del 2010 le questioni inerenti alla capacità giuridica delle persone³²⁰, al nome dei coniugi, agli effetti patrimoniali del rapporto di coniugio, alle obbligazioni alimentari, ai diritti successori nonché quelle attinenti alla responsabilità genitoriale, e ciò anche qualora emergano in via preliminare nell'ambito del procedimento di separazione o di divorzio³²¹.

Analoga esclusione attiene ai delicati aspetti relativi all'esistenza, validità e riconoscimento del matrimonio.

³¹⁸ Sulla questione relativa all'ubicazione delle indicazioni in merito al campo di applicazione del regolamento si veda nello specifico VELLETTI M., *Il regolamento UE n. 1259/2010*, cit., p. 31 ss.

³¹⁹ Si veda l'articolo 1 paragrafo 3 del regolamento 2201/2003, nonché il suo decimo considerando.

³²⁰ Tale esclusione determina, per quanto concerne l'ordinamento italiano, in tema di capacità matrimoniale l'applicazione dell'articolo 27 della legge n. 218/1995 e per la capacità a concludere l'accordo di scelta della legge applicabile l'applicazione dell'articolo 23 della legge di riforma del diritto internazionale privato.

³²¹ Cfr. l'articolo 1 paragrafo 2 del regolamento 1259/2010.

Aldilà dell'indicazione delle materie escluse, su cui tra poco si tornerà, il profilo di incertezza riguarda le questioni attinenti alle cause o ai presupposti della separazione o del divorzio.

Se nulla può desumersi al riguardo dall'analisi dell'articolo 1 del regolamento Roma III, ove infatti è detto che lo stesso trova applicazione “*in circostanze che comportino un conflitto di leggi*” e non nelle materie ivi elencate, nel considerando 10 invece si legge che “*la legge determinata dalle norme di conflitto del presente regolamento dovrebbe applicarsi alle cause del divorzio e della separazione*”.

In ossequio a quanto sopra affermato in merito alle intenzioni del legislatore di introdurre una certa flessibilità di applicazione mediante il contenuto dei considerando³²², pare dedursi che il regolamento sulla legge applicabile estenda la propria disciplina anche alle cause che hanno determinato l'instaurazione di un procedimento per lo scioglimento del matrimonio.

Per capire meglio il problema, basti pensare che, per quanto attiene all'ordinamento italiano, vengono solitamente fatte rientrare nel novero dei presupposti di una separazione o di un divorzio le questioni attinenti all'accertamento del venir meno dell'*affectio maritalis*, o al decorso del termine triennale dalla separazione, o anche tutti quegli effetti di natura personale quali il venir meno dell'obbligo di fedeltà e coabitazione.

Va tuttavia precisato che la dottrina non è unanime nell'inclusione dei suddetti aspetti nella materia della disciplina in esame.

Secondo un orientamento, infatti, le questioni concernenti la valutazione del comportamento dei coniugi ai fini della determinazione delle cause dello scioglimento del vincolo, sarebbero diversamente da qualificare alla stregua dei rapporti personali tra i coniugi e come tali esclusi dall'ambito di operatività del regolamento e disciplinati nello specifico ai sensi dell'articolo 29 della nostra legge sul diritto internazionale privato³²³.

³²² Desumibile, verosimilmente, anche dall'uso dei verbi nella forma del condizionale.

³²³ Di questo avviso Crespi Reghizzi, il quale sostiene che “benché l'articolo 1 non ne faccia menzione tra le materie escluse, il regolamento non si applica ai rapporti personali tra i coniugi, la cui legge resta designata in Italia, dall'articolo 29 della L. n. 218/95 [...]. In base a tale legge dovranno determinarsi gli effetti della separazione sui loro rapporti personali, in particolare l'eventuale allentamento degli obblighi di fedeltà, assistenza e coabitazione.” Cfr. CRESPI REGHIZZI Z., *Note introduttive*, cit., p.1445.

La tesi contraria, viceversa, ricava l'inclusione di detti aspetti, sia dalla mancata esplicita citazione nell'articolo 1 tra le materie escluse, sia dallo specifico riferimento alle cause della separazione e del divorzio in sede di considerando³²⁴.

Oltre a ciò, i sostenitori di tale secondo orientamento, sostengono che ammettendo l'esclusione dei presupposti dello scioglimento del rapporto coniugale *“la separazione o il divorzio rischierebbero di essere disciplinate da diverse leggi, una per la causa della frattura del vincolo coniugale l'altra per il suo legale scioglimento, con conseguenze che certo non agevolerebbero il compito degli operatori del diritto”*³²⁵.

Rischio questo che, tuttavia, rappresenta già una certezza con riferimento all'integrazione tra la disciplina sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e le discipline relative alle materie oggetto di esclusione dal campo di applicazione del regolamento.

Ai sensi dell'articolo 1, infatti, il regolamento Roma III non trova applicazione nelle materie relative alla capacità giuridica delle persone fisiche, all'esistenza, la validità e il riconoscimento di un matrimonio, al suo annullamento, al nome dei coniugi, agli effetti patrimoniali del rapporto di coniugio, alla responsabilità genitoriale, alle obbligazioni alimentari, nonché ai trust e alle successioni³²⁶; nemmeno qualora tali aspetti rilevino unicamente quali questioni preliminari³²⁷ nel giudizio per lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

³²⁴ Di questa opinione Velletti nonché Rossolillo la quale, in sede di analisi delle materie escluse ex articolo 1 del regolamento afferma che *“Alla luce delle esclusioni sopra menzionate, l'ambito di applicazione del reg. UE n. 1259/2010 sarà quindi limitato ai presupposti di separazione e divorzio e ai loro effetti personali: ammissibilità di separazione e divorzio, cause di separazione e divorzio, effetti che produce la presentazione della domanda di operazione o divorzio, possibilità di convertire la separazione in divorzio, periodo di attesa eventualmente necessario per ottenere il divorzio, possibilità o meno di separazione e divorzio consensuale e regime applicabile nel caso di disaccordo tra i coniugi, effetti personali (come il venire meno dell'obbligo di coabitazione) di separazione personale e divorzio”*. Cfr. VELLETTI M., *Il regolamento UE n. 1259/2010*, cit., p. 32 ss., ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1462, nonché VELLETTI M., CALO' E., *La disciplina europea del divorzio*, in *Corriere Giuridico*, 2011, p. 719 ss.

³²⁵ In questi termini si esprime Velletti in VELLETTI M., *Il regolamento UE n. 1259/2010*, cit., p. 33, ove fa altresì notare che le cause della separazione e del divorzio solitamente non rientrano nell'ambito dei rapporti personali tra i coniugi, i quali disciplinano la fisiologia del rapporto (in Italia ex art. 143 c.c.), potendo invece spesso essere ricondotte nelle violazioni dei doveri coniugali (ovvero per il nostro ordinamento nell'articolo 151 c.c.).

³²⁶ Nell'ottica della coerenza con il regolamento 2201/2003, a parte le osservazioni già fatte sull'aggiunta dell'omissione dell'annullamento del matrimonio, sono identiche le materie che vengono escluse dal campo di applicazione del regolamento 1259/2010.

³²⁷ Sull'interessante problema della disciplina delle questioni preliminari, si rinvia a ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1460 ss., la quale partendo dalla definizione di questione preliminare come *“qualsiasi questione giuridica che costituisce il presupposto per la soluzione della questione principale*

Posto che in un procedimento di separazione o di divorzio è molto probabile, per non dire certo, che rilevino anche questioni attinenti per esempio al diritto di affidamento o di visita dei figli minori o al diritto al mantenimento del coniuge debole, ben si comprende che, in assenza di una normativa organica sulla materia, i vari aspetti troveranno disciplina in diverse fonti normative, dando vita alla tanto criticata frammentazione normativa.

Come si è già avuto modo di vedere, le questioni rientranti nella nozione di responsabilità genitoriale³²⁸ verranno disciplinate per quel che riguarda il profilo processuale (competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni) dal regolamento Bruxelles II bis, mentre in relazione al diritto applicabile dalla Convenzione dell'Aja 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 minori³²⁹, tuttavia non ancora ratificata in Italia³³⁰.

I profili relativi alle obbligazioni alimentari, cui si fanno ricondurre tutte “le prestazioni dirette a garantire il sostentamento di un coniuge bisognoso o il cui ammontare tiene conto

sottoposta al giudice”, analizza, nei casi in cui vi sia la presenza di almeno un elemento di estraneità, le possibili soluzioni per individuare la loro disciplina: quella che privilegia il punto di vista del foro e quella che viceversa attribuisce rilevanza al diritto straniero richiamato nella questione principale. Nella prima soluzione vengono fatte rientrare sia la teoria disgiunta, in base alla quale le questioni preliminari, del pari di quelle principali, vengono disciplinate dalle norme di diritto internazionale del foro, sia quella che invece applica alle stesse direttamente il diritto materiale del foro. Nel secondo filone, invece, trovano collocazione la teoria congiunta e quella dell'assorbimento. In entrambe, la prevalenza del diritto straniero richiamato fa sì che la questione preliminare venga disciplinata nella prima dalle norme di conflitto di tale ordinamento, mentre nella seconda dalle norme materiali sempre dell'ordinamento richiamato.

³²⁸ Ai sensi del regolamento 2201/2003 per responsabilità genitoriale ci si riferisce “all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale”. Più concretamente, rientrano nel novero di tale nozione il diritto di affidamento e quello di visita, istituti quali la tutela e la curatela, la collocazione del minore presso una famiglia affidataria o una struttura di accoglienza, le misure di protezione del minore riferite all'amministrazione, alla conservazione e all'alienazione dei suoi beni. Si veda ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1458.

³²⁹ Alla luce del fatto che alcuni aspetti della convenzione hanno poi trovato spazio anche nella disciplina del regolamento 2201/2003, gli Stati membri che hanno proceduto alla ratifica della convenzione applicheranno della stessa le sole norme concernenti il diritto applicabile.

³³⁰ Nell'attesa della ratifica di tale strumento convenzionale da parte del nostro Paese, ai sensi del richiamo di cui all'articolo 46 della legge di riforma del diritto internazionale privato troverà applicazione la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961. Va segnalato che, il Consiglio, con decisione n. 2008/431/CE del 5 giugno 2008, pubblicata in *G.U.U.E.* n. L 151 dell'11 giugno 2008, p. 36 ss., ha autorizzato taluni Stati a ratificare la suddetta convenzione ed altri invece ad aderirvi, nell'interesse dell'allora Comunità europea. Cfr. ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1458, nonché VELLETTI M., *Il regolamento UE n. 1259/2010*, cit., p. 34 ss.

delle esigenze e risorse di ciascun coniuge³³¹, hanno recentemente trovato una disciplina unitaria nel regolamento CE n. 4/2009, il quale infatti si occupa della competenza, della legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari³³².

Con riferimento all'interazione tra il suddetto regolamento e quello sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio, va tuttavia rappresentata un'occasione per limitare la frammentarietà della disciplina in materia.

Ai sensi del regolamento 4/2009, infatti, gli aspetti sul diritto applicabile trovano disciplina nel Protocollo dell'Aja del 2007³³³, in tema di legge applicabile alle obbligazioni alimentari³³⁴.

L'articolo 8 di tale regolamento, ricalcando i parametri indicati nell'articolo 5 del regolamento 1259, prevede la possibilità per il creditore ed il debitore di scelta della legge applicabile, scelta che può espressamente ricadere su quella designata o effettivamente applicata in occasione di un procedimento di separazione e divorzio, con però l'esclusione di tale possibilità qualora si tratti di obbligazioni alimentari nei confronti di minori³³⁵.

³³¹ Sulla definizione di obbligazioni alimentari si vedano le sentenze della Corte di Giustizia 6 marzo 1980, causa 129/79, *De Cavel II*, in Racc., 1980, p. 731 ss., 27 febbraio 1997, causa C-220/95, *Van den Boogaard*, in Racc., 1997, p. I-1147 ss., nonché in dottrina VILLATA F., *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 737 ss., VELLETTI M., *Obbligazioni alimentari, in Il ruolo del notaio nel divorzio europeo*, a cura di Velletti M. e Calò E., *I Quaderni del Notariato*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 55 ss.

³³² Ai sensi del citato regolamento rientrano nella nozione di obbligazioni alimentari tutte le obbligazioni di natura alimentare che derivano da rapporti di famiglia, di matrimonio, di parentela o di affinità.

³³³ Per un'analisi dettagliata di tale strumento si rinvia a MALATESTA A., *La convenzione e il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, p. 829 ss., e per la lettura del testo si veda l'allegato alla decisione del Consiglio del 30 novembre 2009, in CUUE, L. 331 del 16 dicembre 2009, relativa alla conclusione (ovvero alla ratifica) del Protocollo da parte della Comunità europea. Il Protocollo, firmato a l'Aja il 23 novembre 2007, è entrato in vigore per gli Stati membri, tranne Danimarca e Regno Unito, il 18 giugno 2009 a seguito del richiamo ad esso effettuato dal regolamento 4/2009 entrato in vigore appunto nello stesso giorno.

³³⁴ Con riguardo all'ordinamento italiano, prima dell'entrata in vigore del Protocollo del 2007, trovavano applicazione le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Orbene, anche alla luce dell'articolo 8 di tale convenzione, avrebbero potuto comunque trovare applicazione le norme del regolamento Roma III, giacché era previsto che "la legge applicabile al divorzio regola, nello Stato nel quale detto divorzio è pronunciato o riconosciuto, le obbligazioni alimentari tra ex-coniugi, nonché tra coniugi separati o il cui matrimonio è stato annullato".

³³⁵ L'articolo 8 del Protocollo stabilisce che i coniugi possono in ogni momento scegliere la legge applicabile tra: quella dello Stato di cittadina di ciascuno di essi, quella del Paese di residenza abituale di ciascuno di essi al momento della scelta, quella eventualmente scelta come applicabile o applicata in concreto al regime matrimoniale, nonché quella eventualmente scelta come applicabile o concretamente applicata alla loro separazione o al loro divorzio. Si veda più diffusamente in VILLATA F., *Obblighi*

Da quanto sinora detto, si può evincere che una possibile soluzione alla frammentarietà della disciplina degli aspetti connessi allo scioglimento di un matrimonio, può essere rappresentata dallo sfruttare la facoltà di scelta concessa dalle normative di alcune delle materie escluse dal regolamento Roma III, indicando la medesima legge per la regolamentazione dei diversi profili giuridici.

Tale possibilità di scelta della legge applicabile è fortunatamente altresì prevista nelle due proposte di regolamento in materia di regimi patrimoniali.

Va innanzitutto precisato che, così come la Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire in alcune sue pronunce, per regime patrimoniale tra i coniugi è da intendersi *“non solo il regime dei beni specificamente ed esclusivamente contemplato da determinate legislazioni nazionali in vista del matrimonio, ma pure tutti i rapporti patrimoniali che derivano direttamente dal vincolo coniugale o dallo scioglimento di questo”*³³⁶.

Con riguardo alla differenza con le obbligazioni alimentari, la Corte ha altresì precisato che si versa nell'ambito dei rapporti patrimoniali quando *“la prestazione attiene unicamente alla ripartizione dei beni tra i coniugi, mentre la finalità di garantire il sostentamento del coniuge bisognoso o il fatto che l'ammontare della prestazione sia calcolato tenendo conto delle esigenze e risorse di ciascun coniuge fanno ricadere la prestazione nell'ambito delle obbligazioni alimentari”*³³⁷.

Ad oggi, va però rappresentato che in tale materia a livello europeo non vi è ancora una disciplina di settore, posto che l'unica normativa rinvenibile è rappresentata da due proposte di regolamento: una sulla competenza, legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi³³⁸, e l'altra relativa alla competenza, legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate³³⁹.

alimentari, cit., p. 761 ss. e QUEIROLO I, CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata*, cit., p. 76.

³³⁶ Si veda la sentenza della Corte di Giustizia del 17 marzo 1979, causa 143/1978, *De Cavel I*, in *Racc.*, 1979, p. 1055 ss.

³³⁷ Si veda la citata sentenza del 1997 *Van den Boogaard*.

³³⁸ COM (2011) 126 def. del 16 marzo 2011, cit.

³³⁹ COM (2011) 127 def. parimenti del 16 marzo 2011, cit.

Elemento di rilievo, è il fatto che entrambe le proposte prevedono il criterio della volontà delle parti nell'indicazione della legge applicabile ai profili patrimoniali correlati alla crisi di un rapporto sentimentale, basato o meno sul matrimonio³⁴⁰, indirizzando altresì la scelta verso i medesimi criteri vuoi del regolamento 1259³⁴¹ vuoi, come visto, del regolamento 4/2009³⁴².

Nell'attesa che tali proposte diventino atti vincolanti per gli Stati membri dell'Unione europea, la disciplina dei rapporti patrimoniali continuerà a trovare la sua fonte nelle rispettive norme di diritto internazionale privato dei singoli Paesi³⁴³; ovvero, per quanto attiene al nostro ordinamento nell'articolo 30 della legge 218/1995³⁴⁴.

Si può comunque rilevare che, anche in ossequio a tale norma, i coniugi possono derogare all'applicazione della legge nazionale o di prevalente localizzazione della vita matrimoniale, mediante la possibilità loro riconosciuta di optare per la legge di cittadinanza o di residenza di almeno un coniuge.

Recentemente oggetto di definizione normativa, invece, è stata la materia delle successioni.

In tale ambito infatti, nell'estate del 2012 si è giunti all'emanazione del regolamento n. 650 del 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo³⁴⁵.

³⁴⁰ Cfr. art. 16 della proposta sul regime patrimoniale dei coniugi.

³⁴¹ Ad eccezione del riferimento alla *lex fori*.

³⁴² Ai sensi dell'articolo 16 della proposta di regolamento sul regime patrimoniale dei coniugi è stabilito che i coniugi ed i nubendi possano scegliere quale legge applicabile alla proprio regime patrimoniale quella dello Stato di residenza abituale comune, quella di residenza abituale di ciascun soggetto al momento della scelta ed infine quella di cittadinanza di uno di essi al momento della scelta.

³⁴³ Sul punto, per approfondimenti, si rinvia a FANTETTI F.R., *Il regime patrimoniale europeo della famiglia*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, 2, p. 140 ss., CUBEDDU M.G., HENRICH D., *Due modelli europei di regime patrimoniale dei coniugi*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, 4, p. 563 ss.

³⁴⁴ Ricomprendendo nei rapporti patrimoniali tra i coniugi di cui alla citata norma anche quelli scaturenti a seguito dello scioglimento del matrimonio, anziché farli rientrare nell'articolo 31. Sulle diverse opinioni al riguardo si veda CLERICI R., *Il nuovo regolamento dell'Unione europea*, cit., p. 1063 ss.

³⁴⁵ Regolamento del Parlamento e del Consiglio n. 650/2012/UE, del 4 luglio del 2012, in GUUE L 201 del 27 luglio 2012, p. 107 ss., che trae origine dalla proposta di regolamento COM (2009) 154 def. del 14 ottobre 2009. Vista la recente emanazione dello strumento normativo *de quo*, si rimanda alle osservazioni svolte sulla proposta di regolamento del 2009 in BONOMI A., *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Dit. int. priv. proc.*, 2010, p. 875 ss., nonché a KINDLER P., *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale*, rinvio e *professio iuris*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 422 ss.

Parallelamente a quanto previsto nelle norme sinora indicate, anche nel regolamento sulle successioni viene attribuita la possibilità di indicare la legge regolatrice della propria successione³⁴⁶; in particolare è previsto quale criterio oggettivo la residenza abituale del *de cuius* al momento della morte e la facoltà di scelta è limitata unicamente alla legge nazionale del disponente.

Merita segnalarsi che, anteriormente all'approvazione del regolamento di cui sopra, la disciplina applicabile nel nostro Paese era rappresentata dall'articolo 46 della legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato; e tale disposizione, peraltro, è in perfetta sintonia con le previsioni della proposta di regolamento, giacché contempla, seppur in maniera invertita, i medesimi criteri: la legge dello Stato di residenza del *de cuius* cui si può derogare optando invece per la legge nazionale.

Le restanti materie oggetto dell'esclusione dal campo di applicazione del regolamento Roma III, ricadono, in assenza di specifiche disposizioni legislative a livello europeo, nel diritto internazionale privato nazionale.

Si pensi al caso della disciplina dell'annullamento del matrimonio, di cui si è già dello sopra, e quella ad essa vicina dell'esistenza, della validità e del riconoscimento del vincolo di coniugio.

In tali ambiti, si è ritenuto opportuno lasciare all'autonomia dei singoli Paesi dell'Unione la disciplina delle suindicate materie.

Più precisamente, all'interno del nostro ordinamento giuridico, le questioni attinenti alla legge applicabile all'annullamento del matrimonio ricadranno nell'alveo dell'articolo 27 della legge 218/95, e quelle relative all'esistenza, alla validità e al riconoscimento troveranno disciplina negli articoli 27 e 28 della medesima legge.

La medesima riserva normativa in favore degli Stati membri la si rinviene anche per quanto riguarda la disciplina della capacità giuridica delle persone fisiche e quella sul nome dei coniugi³⁴⁷.

³⁴⁶ Si veda l'articolo 17 della proposta.

³⁴⁷ A differenza di quanto accade in altre norme dell'Unione sempre in materia di cooperazione giudiziaria civile, ove capacità delle persone e nome sono trattati congiuntamente nello "stato e capacità delle persone" (ad esempio nei regolamenti 44/2001 e 593/2008), in Roma III, ai sensi dell'articolo 1, numero 2), lettere a) e d), tali materie godono di due specifiche esclusioni.

Con riferimento all'esclusione di cui al numero 2) lettera a) dell'articolo 1 del regolamento del 2010, va innanzitutto precisato che all'interno della nozione di "capacità giuridica" vanno ricomprese tanto la capacità giuridica quanto quella di agire, nonché sia generali che speciali³⁴⁸.

La fonte per la loro disciplina andrà rinvenuta sempre all'interno della legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato e, più dettagliatamente, negli articoli 20 e 23.

Per quanto attiene, infine, alla materia del nome dei coniugi, anche tale aspetto sarà disciplinato dalle norme di diritto internazionale privato nazionale, e per quanto riguarda l'Italia, avendo la stessa già ratificato la Convenzione di Monaco di Baviera del 5 settembre 1980 sulla legge applicabile ai cognomi ed ai nomi, saranno le norme di quest'ultima a trovare applicazione, richiamandosi pertanto la legge nazionale dei soggetti. Da quanto sinora rappresentato, sulla disciplina della legge applicabile in relazione alle materie escluse dal regolamento 1259, emerge con tutta chiarezza quello che può essere individuato il limite maggiore nell'operatività della normativa sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio.

Aldilà infatti della portata innovatrice di tale strumento, in ordine al riconoscimento di un ampio spazio per l'esercizio dell'autonomia privata dei coniugi, va tuttavia non sottovalutata l'inevitabile frammentazione normativa di cui sarà purtroppo caratterizzata la materia dello scioglimento del vincolo matrimoniale e delle sue conseguenze.

Come autorevolmente evidenziato dalla dottrina, e come già affermato, la soluzione al problema del *depecage* normativo potrà essere proprio rinvenuto nel sapiente utilizzo, laddove consentito, dell'autonomia privata delle parti.

La via d'uscita, infatti, pare unicamente essere rappresentata dall'indicazione da parte dei coniugi del medesimo diritto applicabile in relazione a tutti gli aspetti connessi allo scioglimento del matrimonio, per evitare la "parcellizzazione" della disciplina e creare un auspicabile "allineamento" delle leggi regolatrici³⁴⁹.

³⁴⁸ Per una breve disamina sul punto si rinvia a ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1455 ss. Per la disciplina internazionalprivatistica della capacità si veda MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 4 ss.

³⁴⁹ In questi termini si veda CLERICI R., *Il ruolo dell'autonomia privata*, cit., p. 359.

Operazione che, come poc'anzi rappresentato, alla luce delle differenti discipline attualmente in vigore ed applicabili alle varie materie escluse dal regolamento, è ancora di difficile attuazione.

Nell'attesa che le più recenti proposte normative vengano approvate, ed altresì che, dal canto loro, gli Stati membri procedano verso un'innovazione dei propri sistemi di diritto internazionale privato nell'ottica di un maggiore riconoscimento del criterio della volontà³⁵⁰, la situazione rimarrà complessa.

Passando dall'ambito applicativo *ratione materiae* a quello *ratione temporis*, l'articolo 21 del regolamento prevede che lo stesso sia applicato, tra gli Stati aderenti alla cooperazione rafforzata da cui trae origine, a partire dal 21 giugno 2012, tranne l'obbligo di comunicazione gravante sugli Stati membri i quali, entro il 21 settembre 2011, hanno dovuto inviare alla Commissione le rispettive disposizioni interne aventi ad oggetto i requisiti formali per l'esercizio dell'*optio iuris* nonché l'eventuale riconoscimento della possibilità di scegliere la legge applicabile in corso di causa.

Nelle disposizioni transitorie è tuttavia specificato che la postergazione dell'applicazione del regolamento è valevole per i procedimenti e gli accordi stipulati dopo giugno 2012, non ha effetto, invece, nei confronti di accordi sulla legge applicabile stipulati prima di tale data qualora siano rispettosi o dei requisiti di validità indicati nella normativa in esame o di quelli previsti dalla disciplina nazionale dello Stato membro adito prima del 21 giugno 2012³⁵¹.

Il regolamento 1259/2010³⁵², inoltre, nell'introdurre la possibilità di scelta della legge applicabile da parte dei coniugi e nell'indicare i criteri di collegamento applicabili in caso di mancanza di scelta, di cui meglio si dirà, sancisce il carattere universale della disciplina di conflitto³⁵³.

³⁵⁰ Va sul punto rappresentato che già alcuni Stati hanno proceduto ad un'introduzione del criterio della volontà delle parti nella materia in esame. E' il caso del Belgio, della Germania e dell'Olanda (la quale ultima non partecipa nemmeno alla cooperazione rafforzata). Sul punto si veda CLERICI R., *Il ruolo dell'autonomia privata*, cit., p. 353 e QUEIROLO I, CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata*, cit., p. 84.

³⁵¹ Cfr. l'articolo 18, paragrafo 1 e 2 del regolamento 1259/2010.

³⁵² Così l'articolo 4 del regolamento.

³⁵³ Allo stesso modo di quanto prevede, per esempio, il regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali.

Ciò sta a significare che lo stesso troverà applicazione nell'ipotesi in cui la scelta operata dai coniugi o l'applicazione dei criteri di collegamento conducano al diritto sostanziale di uno Stato membro partecipante alla cooperazione rafforzata, di uno Stato non partecipante, ed altresì quando venga designata, dalle parti o *ex lege*, la legge di uno Stato terzo.

Conseguentemente, la normativa in esame, troverà applicazione alle separazioni ed ai divorzi ove il carattere transnazionale è rinvenibile non solo nella diversa cittadinanza o residenza dei coniugi, pur sempre nell'ambito dell'Unione europea, ma anche nel caso di coniugi entrambi di Paesi terzi e residenti in uno Stato europeo, o di coppie miste composte da cittadini europei ed extraeuropei³⁵⁴.

Tale carattere universale del regolamento garantendo una effettiva autonomia di scelta della legge applicabile da parte dei coniugi ha sicuramente il pregio di poter agevolare l'integrazione dei soggetti provenienti da Stati terzi che risiedono nel territorio dell'Unione, i quali hanno la possibilità di veder disciplinato lo scioglimento del matrimonio anche dalla propria legge nazionale, pur se ciò significa consentire l'ingresso di norme straniere all'interno degli Stati dell'Unione europea³⁵⁵.

5. Il ruolo centrale dell'autonomia delle parti nella *electio iuris*

Come si è visto, in linea con la proposta di regolamento del 2006, il regolamento 1259/2010 introduce l'importante novità dell'attribuzione ai coniugi della facoltà di indicare la legge con la quale essi intenderanno disciplinare l'eventuale procedimento di scioglimento del vincolo matrimoniale. Facoltà di scelta non nuova alla legislazione

³⁵⁴ E' il caso ad esempio di una coppia di cittadini turchi, sposati in Turchia e residenti in Ungheria, o di coniugi americani residenti in Francia. Per un'osservazione sulle problematiche sottese a tali eventualità si rinvia a OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea*, cit., pp. 134-135.

³⁵⁵ Tale ultima osservazione dà atto delle obiezioni avanzate nel corso dell'esame della proposta di regolamento del 2006 in base alle quali il carattere universale del regolamento, limitatamente alla scelta delle legge applicabile, si sarebbe dovuto restringere all'applicazione delle sole norme sostanziali degli Stati membri, al fine appunto di proteggere l'Unione europea dall'ingresso di normative straniere. Tali obiezioni tuttavia sono state superate osservando, da un lato, che così facendo si sarebbe ingiustamente compressa la facoltà di scelta delle parti, dall'altro, che le norme contrarie ai valori dell'Unione non avrebbero comunque trovato ingresso alla luce delle norme di salvaguardia quale *in primis* quella sull'ordine pubblico. Cfr. ancora OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea*, cit., pp. 134, CARRASCOSA GONZALES J., F. SEATZU, *Normas de competencia* cit., p. 49 ss., MALAGOLI E., *Separazione e divorzio: il Regolamento UE 1259/2010 del 20 dicembre 2010, per una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1, 2011, p. 437 ss.

europea nel settore dei conflitti di leggi, giacché, come anticipato, è già prevista nell'ambito della normativa vigente in materia di contratti, di responsabilità extracontrattuale³⁵⁶, di alimenti³⁵⁷, di successioni³⁵⁸ ed anche nelle proposte di regolamento in tema di regime patrimoniale della famiglia³⁵⁹.

Parimenti, anche sul fronte delle legislazioni nazionali, vi è da registrare una autonomia privata in fatto di scelta applicabile, seppur limitata perlopiù all'ambito contrattuale. Si pensi ai Paesi "più evoluti" come Belgio³⁶⁰, Germania³⁶¹ e Paesi Bassi³⁶² ove l'*optio iuris* nei cui sistemi internazionalprivatistici viene concessa proprio nella materia matrimoniale, o anche all'ordinamento giuridico italiano ove, nella legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato, tale facoltà è prevista in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi, di successioni, di responsabilità da fatto illecito ed extracontrattuale per danno da prodotto³⁶³.

L'introduzione di questa *optio iuris* in capo ai coniugi ed il suo carattere prevalente rispetto all'operatività dei criteri di collegamento previsti dal regolamento, posto che gli stessi intervengono solo ove nessuna scelta sia stata presa in ordine alla legge applicabile, è giustificata da varie ragioni di ordine sia politico che pratico, nonché dall'assolvimento di particolari funzioni.

³⁵⁶ Si veda l'articolo 14 del regolamento 864/2007, cit.

³⁵⁷ Così l'articolo 8 del Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007, in calce alla decisione 2009/941/CE del 30 novembre 2009 sulla conclusione dello stesso da parte dell'Unione europea, ivi, 16 dicembre 2009 L 331.

³⁵⁸ Si vedano gli articoli 17 e 18, paragrafo 3, della proposta di regolamento del 14 ottobre 2009 in tema di successioni, COM(2009)154 def.

³⁵⁹ Cfr. l'articolo 16 della proposta di regolamento del 16 marzo 2011 sui regimi patrimoniali della famiglia, COM(2011)126 def.

³⁶⁰ Il Codice belga di diritto internazionale privato del 2004 prevede in materia di divorzio la possibilità di scelta della legge nazionale di uno dei coniugi o della legge del foro.

³⁶¹ L'EGBGB tedesco, all'articolo 17, richiamando l'articolo 14 sulla legge regolatrice degli effetti generali del matrimonio, ammette una parziale autonomia per le parti.

³⁶² In Olanda, la legge del 25 marzo 1981 sulla separazione ed il divorzio ammette la scelta della legge del foro, ed altresì, nell'ipotesi in cui un coniuge non abbia alcun legame concreto con lo Stato di comune cittadinanza dei coniugi, la possibilità di scegliere tale legge. Come osservato da VIARENGO tale possibilità di scelta si sostituisce alla inefficacia del criterio della cittadinanza sostituendosi ad esso quale criterio di collegamento. Cfr. VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 611, nota 32.

³⁶³ Rispettivamente all'articolo 30, 46, 62 primo comma e 63 della legge 218 del 1995.

Innanzitutto, la possibilità di scelta del diritto applicabile in *subiecta materia*, agevola la “*ricomposizione delle tradizioni internazionalprivatistiche nazionali attorno a soluzioni di diritto uniforme*”³⁶⁴.

Ciò significa che attraverso l'autonomia delle parti può essere superata la differenza tra i sistemi di regole di conflitto propri di ciascuno Stato membro, per esempio tra quelli che prediligono il criterio delle residenza, piuttosto che quello della cittadinanza, oppure tra quelli che tendono a far ricadere le controversie nell'ambito della *lex fori* a differenza di quelli che lasciano ampio spazio al diritto straniero³⁶⁵.

I coniugi pertanto, scegliendo essi stessi la legge che preferiscono, vanno oltre alle differenze di approccio degli Stati membri in merito alla prevalenza dei criteri di collegamento. Infatti, mediante l'autonomia di scelta, essi sono liberi di privilegiare il legame con la propria patria, optando per l'applicazione della legge nazionale, o preferire l'aspetto geografico, indicando la legge dello Stato di residenza abituale³⁶⁶.

Va ulteriormente ribadito l'ulteriore aspetto positivo connesso alla facoltà di scelta conseguente alla parallela applicazione del regolamento 1259 del 2010 con il regolamento 2201 del 2003.

Se da un lato infatti, le norme del regolamento Bruxelles II *bis* prevedendo un ampio numero di criteri di giurisdizione consentono alle parti di radicare il procedimento di scioglimento del matrimonio dinnanzi all'autorità giurisdizionale che preferiscono, dall'altro, quelle del regolamento del 2010 consentono altresì di indicare la legge sostanziale in base alla quale disciplinare detto scioglimento, garantendo al massimo il *favor divortii*.

Il favore nei confronti dello scioglimento del vincolo matrimoniale è altresì assicurato dalla previsione secondo la quale, qualora la legge scelta in base all'accordo dei coniugi non preveda il divorzio, o non lo conceda ad uno dei coniugi in ragione dell'appartenenza

³⁶⁴ In tali termini si è espresso Franzina in FRANZINA P., *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 490.

³⁶⁵ Franzina riassume tale fenomeno nella dialettica tra Stati pro integrazione, e pertanto favorevoli al criterio della residenza o del *domicili*, e Stati difensori dell'identità culturale, più legati al criterio della cittadinanza. Cfr. FRANZINA P., *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi*, cit., p. 491.

³⁶⁶ Si veda anche HAMMJE P., *Le nouveau règlement (UE) n. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010*, cit., p. 311 ss.

all'uno o all'altro sesso, tale scioglimento verrà comunque pronunciato mediante l'applicazione della legge del foro³⁶⁷.

Come già indicato, l'ambito di applicazione del regolamento in esame è limitato alla legge applicabile allo scioglimento del rapporto di coniugio, ovvero alla separazione ed al divorzio. Rimangono pertanto escluse dalla predetta normativa le questioni attinenti agli aspetti patrimoniali e successori sovente strettamente connessi alla crisi matrimoniale.

Come ha osservato Franzina, “*l'electio iuris, letta in quest'ottica, si conferma capace di fungere da fattore di razionalizzazione di regimi conflittuali complessi, contro gli inconvenienti insiti nella diversificazione delle fonti e nella specializzazione delle regole di conflitto*”³⁶⁸.

Oltre alle suindicate ragioni poste alle base dell'introduzione dell'autonomia delle parti anche in materia di scelta di legge per la separazione e divorzio, vi è il riconoscimento di precise funzioni sottese all'applicazione di tale nuovo istituto.

Va infatti osservato che al principio dell'autonomia della volontà, specie laddove applicato in ambiti ulteriori rispetto a quello dei contratti, è riconosciuto un duplice ordine di funzioni.

La prima funzione consiste nella localizzazione spaziale della fattispecie dedotta nel rapporto matrimoniale, posto che comunque la facoltà di scelta della legge applicabile opera entro certi limiti dipendenti dal legame dei coniugi con lo Stato la cui legge è stata indicata, e la seconda attiene alla promozione degli interessi materiali delle parti in causa, alla luce del fatto che i coniugi, qualora decidano di servirsi della facoltà di scelta e dopo aver verosimilmente compiuto una comparazione normativa, opteranno per quella più rispondente alle proprie aspettative³⁶⁹.

Va anche detto che, come già anticipato, l'*optio iuris* è in grado di assicurare quei fondamentali principi che la nuova disciplina sulla legge applicabile mira a tutelare, ovvero la flessibilità, la certezza del diritto nonché la sua prevedibilità.

³⁶⁷ Cfr. l'articolo 10 del regolamento 1259/2010.

³⁶⁸ In questi termini Franzina, in FRANZINA P., *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi*, cit., p. 495.

³⁶⁹ Sul punto si vedano VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 615 e FRANZINA P., *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi*, cit., p. 491.

Nell'ottica di agevolare la libera circolazione delle persone nel mercato interno, inoltre, l'autonomia della volontà in materia di diritto di famiglia consente di evitare l'applicazione di normative restrittive di Stati membri o di Stati terzi, possibile in ragione della portata universale del regolamento e della nota diversità tra gli ordinamenti giuridici.

6. I limiti all'applicazione della facoltà di scelta della legge applicabile

L'introduzione della facoltà di scelta della legge applicabile in materia di separazione e di divorzio comprensibilmente non è priva di limitazione, infatti è possibile individuare dei limiti di ordine formale, sostanziale nonché relativi al "raggio di azione" nell'esercizio della *lex voluntatis*.

All'articolo 5, il regolamento 1259/2010, pur sancendo la facoltà in capo ai coniugi di scegliere la legge applicabile in caso di separazione e di divorzio, circoscrive l'ambito in cui la stessa può esercitarsi.

Il diritto applicabile infatti può essere soltanto quello dello Stato in cui i coniugi hanno la residenza abituale, o quello dell'ultima residenza abituale purché un coniuge si ancora ivi residente, oppure il Paese di cui almeno un coniuge è cittadino ed infine la legge del foro.

Il momento temporale determinante ai fini della possibilità di esercizio dell'opzione tra i suddetti elementi di collegamento è rappresentato dalla conclusione dell'accordo di scelta della legge tra i coniugi.

Sia nell'ottica di favorire l'utilizzazione dello strumento in parola, sia al fine di consentire un adeguamento della scelta ai possibili cambiamenti che possono intervenire, è previsto che l'accordo possa essere concluso, così come modificato, in ogni tempo sino a quando viene adita l'autorità giurisdizionale competente. Successivamente a tale momento, i coniugi possono indicare la legge prescelta anche in corso di causa solamente quando tale facoltà è riconosciuta dalla legge dello Stato adito³⁷⁰.

³⁷⁰ Si veda l'articolo 5 paragrafi 2 e 3. Merita sottolinearsi che ai coniugi è inoltre consentito anche decidere, seppur in presenza di un valido accordo, di non utilizzarlo, ovviamente di comune accordo, e pertanto la legge applicabile sarà quella individuata in base alle altre norme del regolamento.

Nell'ipotesi in cui sia consentita la scelta di legge *in itinere*³⁷¹, l'accordo dovrà sottostare alle regole previste dalla *lex fori*, e lo Stato che ammette tale eventualità è tenuto a comunicare alla Commissione le specifiche condizioni di validità ivi previste³⁷².

Come già affermato, la decisione di circoscrivere l'ambito di operatività dell'esercizio della scelta ai soli, e tradizionali, criteri di collegamento sopra indicati, risponde all'esigenza sentita dalla Commissione di consentire l'applicazione del diritto di Stati con i quali i coniugi hanno uno stretto collegamento dovuto alla residenza abituale, alla nazionalità o al luogo in cui viene esercitata l'azione, e ciò al fine di evitare l'applicazione di leggi "esotiche"³⁷³.

Può osservarsi criticamente come la Commissione, in ossequio al rigore entro cui ha deciso far operare la *lex voluntatis* nella materia matrimoniale, abbia ommesso di includere tra i criteri di collegamento quello relativo alla residenza abituale di soltanto uno dei coniugi³⁷⁴, diversamente previsto sia in tema di regimi patrimoniali sia di obbligazioni alimentari³⁷⁵.

³⁷¹ Per quanto concerne l'Italia, con due ordinanze dell'11 dicembre 2012 il Tribunale di Milano ha avuto modo di precisare che la scelta di legge operata dai coniugi nell'ambito di un procedimento di separazione o di divorzio può essere indicata, come termine massimo, nella memoria integrativa del ricorrente o nella comparsa di costituzione del resistente. In particolare si legge che: "[...] *sull'ammissibilità, o meno, di una electio iuris intervenuta nel corso del procedimento ovvero sulla individuazione del momento entro il quale tale scelta debba essere compiuta soccorre il dettato dell'art. 709 c.p.c., nella parte in cui prevede che, con l'ordinanza con cui fissa l'udienza di comparizione delle parti, il Presidente assegni un termine al ricorrente ed al convenuto per il deposito di memorie nelle quali siano evidenziati, tra gli altri, gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda. Ne consegue che ove le parti non abbiano allegato agli atti di causa un accordo – redatto nelle forme di cui all'art. 7, Regolamento n. 1259/2010 – in cui manifesta sia la volontà di scegliere la legge applicabile per la regolamentazione dello scioglimento o dell'allentamento del vincolo matrimoniale, il Presidente, informate le parti ex considerando 18 e 19, Regolamento n. 1259/2010, sulla possibilità di opzione e, presi i provvedimenti propri della fase presidenziale, indichi alle parti, nell'ordinanza ex art. 709 c.p.c., che la memoria integrativa ovvero l'atto di costituzione, contengano la manifestazione di volontà sulla legge che le parti stesse intendano sia applicata nel giudizio di separazione o di divorzio*". Cfr. *Famiglia e diritto*, 2013, 4, p. 396 e il sito www.ilcaso.it, 2013.

³⁷² Così infatti prevede l'articolo 17, paragrafo 1, lettera b).

³⁷³ Così come espressa nel Libro verde, cit.

³⁷⁴ Favorevolmente alla scelta della legge dello Stato in cui ha la residenza abituale anche uno solo dei coniugi si era altresì espresso il Gruppo europeo di diritto internazionale privato, in epoca anteriore alla stesura del Libro verde, "*Proposition de règles sur le droit applicable au divorce et à la séparation de corps - Draft rules on the law applicable on divorce and legal separation, Vienne, 19-21 septembre 2003*".

³⁷⁵ Così infatti, sia l'articolo 16 della proposta sui regimi patrimoniali tra coniugi, sia l'articolo 8 del protocollo dell'Aja del 2007 sulle obbligazioni alimentari ammettono nel novero delle scelte anche la legge dello Stato di cui un solo coniuge possiede la residenza abituale. Sul punto cfr. VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 615

Verosimilmente, la concessione di una maggiore ampiezza nella possibilità di indicare la legge per le controversie matrimoniali, pur senza arrivare alle leggi di Stati privi di legami con i coniugi, avrebbe avuto il pregio di consentire un ancora migliore coordinamento tra la disciplina da applicare alla separazione e al divorzio e quella applicabile agli altri aspetti che spesso emergono in sede di scioglimento del matrimonio, quali i rapporti di natura patrimoniale o successoria³⁷⁶.

Mette conto precisare altresì che, qualora successivamente alla stipulazione dell'accordo sulla scelta della legge applicabile vengano a modificarsi o a mancare gli elementi di collegamento con il diritto sostanziale prescelto, si pensi alla perdita della cittadinanza o al mutamento della residenza abituale, ciò non implica il cambiamento della legge applicabile in ragione del fatto che il criterio di collegamento è quello della volontà e che pertanto la sua operatività non viene inficiata dai mutamenti delle circostanze.

A cambiare può anche essere la legislazione dello Stato indicato con la *electio iuris*, ed in tal caso, potendo subire modificazioni anche la disciplina sostanziale della materia matrimoniale, saranno i coniugi a decidere se intervenire sulla scelta fatta nel caso in cui ritengano la stessa non più rispondente ai propri interessi.

Connessa a tali osservazioni è la constatazione dell'assenza nel regolamento Roma III di alcun riferimento alla durata temporale degli accordi.

Con riguardo infatti agli accordi stipulati in epoca antecedente al verificarsi della crisi coniugale, va rappresentato che a distanza di anni possono, come visto, mutare sia le disposizioni normative cui i coniugi avevano fatto riferimento, posto che come sostenuto dalla dottrina non sono ammissibili le *freezing clauses* dirette a cristallizzare la disciplina giuridica di un determinato periodo³⁷⁷, sia possono realizzarsi cambiamenti di natura personale di uno o di entrambi i coniugi idonei ad incidere sull'operata scelta di legge³⁷⁸.

³⁷⁶ Di questo avviso VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 614.

³⁷⁷ Sull'argomento si veda VELLETTI M., *Il regolamento UE n. 1259/2010*, cit., p. 43 e BIAGIONI G., *Commento all'art. 5*, cit., p. 1482.

³⁷⁸ Ad esempio la nascita di figli, modifiche nella sfera della capacità di agire, ipotesi di inabilità lavorative ecc. Si cfr. QUEIROLO I, CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata*, cit., p. 82.

Va tuttavia sottolineato che i coniugi possono in ogni tempo modificare o revocare il contenuto dell'accordo, nell'ottica di adeguarlo al mutare delle condizioni ed al trascorrere del tempo.

Ulteriori limiti all'esercizio dell'autonomia della volontà sono previsti con l'obiettivo di tutelare il coniuge eventualmente più debole dinnanzi ad abusi da parte del partner, a tale scopo rispondono le rigide norme formali in tema di validità dell'accordo di scelta.

Il regolamento, infatti, detta delle precise regole affinché la scelta operata dai coniugi possa essere considerata valida ed esplicitare gli effetti desiderati dalle parti.

Innanzitutto l'accordo di scelta deve rivestire la forma scritta, deve essere datato e sottoscritto da entrambi i coniugi. In merito alla forma scritta, il regolamento precisa, all'articolo 7, soltanto che ad essa è equiparata la forma elettronica, purché salvata in maniera durevole. Sarebbe stato probabilmente preferibile che il legislatore avesse previsto modalità di redazione dell'accordo per iscritto idonee a garantire anche una forma di autenticità, quali per esempio l'atto pubblico³⁷⁹.

Tale eventualità, tuttavia, non è esclusa, ma è rimessa alle regole procedurali dei singoli Stati membri, giacché è previsto, sempre nel medesimo articolo, che qualora un Paese richieda particolari modalità in merito alla manifestazione della scelta di legge tali ulteriori requisiti prevarranno sulla normativa di base del regolamento³⁸⁰.

Più precisamente, prevarranno *sic et simpliciter* nel caso in cui a richiederli sia lo Stato membro partecipante alla cooperazione di comune residenza o quello in cui un solo coniuge sia residente³⁸¹, se i coniugi invece possiedono la residenza abituale in due diversi Stati parimenti partecipanti alla cooperazione rafforzata e prevedenti differenti regole procedurali l'accordo dovrà soddisfare quelle di almeno uno dei due Paesi.

³⁷⁹ Si precisa sin da ora che il regolamento non disciplina l'aspetto dei requisiti relativi alla capacità di concludere l'accordo e che pertanto tale aspetto ricadrà nell'ambito di applicazione della legge indicata dalle norme di conflitto del giudice adito. Per quanto attiene all'ordinamento italiano troverà applicazione l'articolo 23 della legge 218/1995, in base al quale si farà riferimento alla legge nazionale dei coniugi oppure la legge *lex causae* nell'ipotesi in cui la legge applicabile alla sostanza del negozio richieda speciali condizioni di capacità.

³⁸⁰ Secondo parte della dottrina, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nell'ipotesi in cui l'accordo sia stipulato in Italia e preveda l'applicazione della legge italiana, in assenza di un'indicazione precisa da parte del nostro Legislatore potrebbe ritenersi applicabile all'accordo sulla scelta della legge applicabile il regime previsto in materia di convenzioni matrimoniali. Sull'argomento si veda VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 619.

³⁸¹ Qualora l'altro coniuge invece abbia la residenza in uno Stato terzo.

Gli eventuali ulteriori requisiti previsti dagli Stati in merito alla forma dell'*optio iuris* devono essere comunicati alla Commissione ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, lettera a), o meglio dovevano essere comunicati entro il 21 settembre 2011.

Al pari della comunicazione dei criteri di validità dell'accordo nel caso si scelta in corso di causa, di cui si è detto poc'anzi e previsti dal medesimo articolo, la preventiva trasmissione dei requisiti formali per la scelta di legge alla Commissione assolve alla ricordata esigenza di prevedibilità delle norme applicabili nella materia in esame.

E' infatti ulteriormente previsto che la Commissione, una volta raccolte tutte le informazioni giunte dai Paesi partecipanti, renda le stesse accessibili al pubblico soprattutto mediante il sito web della rete giudiziaria in materia civile e commerciale³⁸².

Pertanto, tramite la conoscibilità anche delle condizioni di esercizio e di validità della scelta della legge applicabile alla separazione e al divorzio, stabilite dalle singole normative nazionali, dovrebbe essere garantita la possibilità ai soggetti interessati di effettuare una consapevole scelta di legge applicabile, anche con riguardo alla fase preliminare della manifestazione dell'accordo.

Occorre tuttavia rappresentare dei punti di debolezza relativi sia alle indicazioni circa la validità formale degli accordi di scelta, sia alle modalità di conoscibilità delle singole discipline nazionali in materia.

Il regolamento, infatti, aldilà di indicare la necessità della scelta informata dei coniugi in relazione alla legge applicabile alla separazione o al divorzio, nonché la presenza dei requisiti di forma scritta, data e sottoscrizione dell'accordo, nulla in più prevede.

Come autorevole dottrina ha osservato³⁸³, una maggior tutela sia per quanto concerne l'informazione alla base della scelta della legge operata dai coniugi, sia anche per il rispetto della validità formale dell'accordo, sarebbe stata forse preferibile.

Per garantire tale tutela sarebbe stato sufficiente prevedere la necessità di stipulare l'accordo sulla legge dinnanzi ad un soggetto terzo, quale per esempio un notaio, un avvocato, un cancelliere del tribunale o anche un ufficiale di stato civile.

³⁸² Così stabilisce il secondo paragrafo dell'articolo 17 del regolamento.

³⁸³ Si veda sull'argomento BIAGIONI G., *Commento all'art. 5*, cit., p. 1475, nonché si vedano le *Draft rules on the law applicable to divorce and legal separation* adottate dal Gruppo europeo di diritto internazionale privato alla riunione di Vienna del 19-21 settembre 2003, reperibili sul sito www.gedip-egipil.eu.

In tal modo si sarebbero offerte sicuramente maggiori garanzie anche sulla stessa conoscenza in capo ai coniugi della legge che secondo la loro volontà è destinata a disciplinare la crisi del rapporto coniugale.

E' pur vero, come visto, che gli Stati partecipanti possono prevedere, ex art. 7 del regolamento, dei requisiti supplementari di validità formale, come di pubblicità o di prova³⁸⁴, per i suddetti accordi, ad esempio nell'ottica di un'equiparazione con le rispettive norme interne in materia di convenzioni matrimoniali, ed introdurre degli ulteriori elementi obbligatori per la validità formale degli accordi sulla scelta della legge applicabile.

Come indicato, ai sensi dell'articolo 17 del regolamento, gli Stati che avrebbero fruito di tale facoltà avrebbero dovuto darne comunicazione alla Commissione entro il 21 settembre 2011³⁸⁵ ai fini di garantirne la conoscibilità attraverso il sito ufficiale della rete giudiziaria europea.

Tuttavia, ad oggi, poiché tali informazioni non sono ancora disponibili, il problema rimane aperto.

Posto infatti che il regolamento fa salvi gli effetti degli accordi stipulati anche prima della sua entrata in vigore avvenuta il 21 giugno 2012, occorre chiedersi per il nostro Paese quali criteri di validità formale siano applicabili.

In assenza di alcuna comunicazione circa gli ulteriori requisiti di validità da parte dello Stato italiano, per i coniugi residenti in Italia e che qui stipulano l'accordo sulla legge applicabile pare potersi desumere la sufficienza della forma scritta, della data e della sottoscrizione; a meno di non volere estendere in via analogica la previsione di cui all'articolo 162 primo comma del Codice Civile, rendendo necessario l'intervento del notaio per la redazione di un atto pubblico³⁸⁶.

Proprio in tema di accesso alle informazioni connesse al regolamento nonché utili ai fini della sua concreta applicazione ad opera sia delle parti sia dei giudici, occorre muovere un'ulteriore critica.

³⁸⁴ Sul punto CLERICI R., *Il nuovo regolamento dell'Unione europea*, cit., p. 1061.

³⁸⁵ Parimenti alla comunicazione relativa alla previsione della facoltà di manifestare il consenso alla accordo di legge nel corso del processo ex articolo 5, paragrafo 3 del regolamento. Cfr. articolo 17 del regolamento.

³⁸⁶ Salva l'eventualità in cui l'accordo sulla legge applicabile sia stipulato direttamente in sede giurisdizionale davanti al giudice adito. Sul punto si veda CLERICI R., *Il nuovo regolamento dell'Unione europea*, cit., p. 1061.

Come intuibile, infatti, l'applicazione del regolamento Roma III, mediante l'attribuzione alle parti della possibilità di indicare la legge che disciplina la crisi del rapporto coniugale, nonché con la previsione della facoltà di scegliere una qualsiasi legge applicabile, ovvero aldilà di quella degli Stati membri partecipanti alla cooperazione ma pur sempre con un (più o meno) stretto legame con i coniugi, postula una conoscenza del diritto straniero di volta in volta applicabile sia in capo ai professionisti del cui ausilio si gioveranno i coniugi, sia in capo ai giudici chiamati a sciogliere un matrimonio.

Orbene, considerata la comprensibile difficoltà anche per i giuristi di conoscere le norme sulla materia dei vari sistemi giuridici che possono essere coinvolti³⁸⁷, si comprende la necessità di un aiuto proprio da parte delle istituzioni europee; pur con il potenziamento della rete giudiziaria europea già operato dall'Unione³⁸⁸, sarebbe infatti auspicabile prevedere per il futuro altresì uno strumento normativo che detti regole uniformi per l'acquisizione della legge straniera³⁸⁹.

Oltre alle limitazioni di ordine formale rappresentate sinora, la *lex voluntatis* soggiace altresì a dei limiti di carattere sostanziale.

Il regolamento del 2010 prevede, infatti, che la valutazione in merito alla validità e all'esistenza stessa di un accordo sulla legge applicabile vada effettuata alla luce della normativa scelta dai coniugi, e ciò anche qualora tale verifica porti alla declaratoria di nullità o invalidità dell'accordo³⁹⁰.

Il procedimento ora delineato determina nella sostanza una *fiction iuris*³⁹¹, secondo la quale cioè l'accordo viene inizialmente considerato valido e, pertanto, sulla base della legge

³⁸⁷ Alcuni utili ausilii possono essere per esempio il *Global Legal Information Network* (un data base con leggi, sentenze e altre fonti legali), la Rete Mondiale del Notariato o quella europea, o anche *Iberred* la rete giudiziari iberoamericana. Cfr. VELLETTI M., *Il regolamento UE n. 1259/2010*, cit., p. 38 ss.

³⁸⁸ Rete giudiziaria europea istituita con la decisione 2001/470/CE, del 28 maggio 2001, in *G.U.C.E.* L 174 del 27 giugno 2001, p. 25, la quale nel Considerando 14 del regolamento è detto che potrebbe "intervenire per fornire assistenza alle autorità giurisdizionali sul contenuto della legge straniera".

³⁸⁹ In questi termini sempre VELLETTI M., *Il regolamento UE n. 1259/2010*, cit., p. 39.

³⁹⁰ L'articolo 6, rubricato "*Consenso e validità sostanziale*", stabilisce precisamente che: "*l'esistenza e la validità di un accordo sulla scelta della legge applicabile o di una sua disposizione si stabiliscono in base alla legge che sarebbe applicabile in virtù del presente regolamento se l'accordo o la disposizione fossero validi*".

³⁹¹ Sul punto si veda MALAGOLI E., *Separazione e divorzio: il Regolamento UE 1259/2010 del 20 dicembre 2010*, cit., p. 442.

indicata dalle parti verrà successivamente compiuto il controllo sulla validità della convenzione, con particolare riguardo alla prestazione del consenso³⁹².

La *ratio* di tale previsione risiede nel fatto di evitare l'applicazione di normative di Stati diversi per quanto attiene alla fase preliminare dell'accordo e a quella successiva del procedimento di scioglimento del matrimonio, essendo sicuramente preferibile che sia la medesima normativa nazionale indicata dai coniugi a disciplinare tanto la validità dell'accordo quanto la sua conseguente applicazione.

Per quanto attiene all'importante aspetto della prestazione del consenso da parte dei coniugi, la normativa in esame, al secondo paragrafo, prevede un'eccezione al principio ora affermato³⁹³, poiché nel caso in cui un coniuge affermi di non avere aderito all'*optio iuris* prestando il proprio consenso, la dimostrazione della mancata approvazione della scelta di legge da parte del coniuge dissenziente andrà effettuata non secondo il diritto scelto dall'altro coniuge, bensì, qualora appaia non ragionevole determinare gli effetti del mancato consenso alla stregua di tale legge, alla luce della normativa del proprio Stato di residenza abituale al momento in cui viene esercitata l'azione³⁹⁴.

In tale evenienza, nell'ottica di offrire maggiore tutela al coniuge che non ha prestato il consenso all'accordo ed in applicazione del principio di ragionevolezza alla base del regolamento³⁹⁵, non si determina la *fictio iuris* e pertanto non si avrà l'automatica applicazione della legge indicata nello stesso³⁹⁶.

³⁹² Si fa notare come il dettato normativo dell'articolo 6 riprende quasi integralmente il contenuto dell'articolo 10 del regolamento 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

³⁹³ Il correttivo in materia di consenso di cui trattasi è altresì previsto all'articolo 8 del Protocollo dell'Aja sulle obbligazioni alimentari. In tale norma, con l'intenzione di assicurare quanto più possibile la giustizia materiale, è previsto che la legge indicata dalle parti non troverà applicazione qualora rechi delle conseguenze inique tra di esse, a meno che tale scelta non sia il frutto di una decisione presa dalle stesse in maniera consapevole. Cfr. VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 616-617.

³⁹⁴ Così è indicato nel secondo paragrafo dell'articolo 6 sopra riportato. Per una critica in merito alla previsione dell'applicazione della legge dello Stato di residenza al momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, anziché di quella del Paese di residenza al momento dell'accordo si veda FRANZINA P., *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi*, cit., p. 494.

³⁹⁵ Cfr. sempre MALAGOLI E., *Separazione e divorzio: il Regolamento UE 1259/2010 del 20 dicembre 2010*, cit., pag. 443.

³⁹⁶ Un'ipotesi di possibile operatività del correttivo indicato nell'articolo 6, paragrafo 2, è quella in cui i coniugi provenienti dai Paesi islamici ma residenti in Europa tramite l'accordo indichino per lo scioglimento del matrimonio la legge di tali Paesi al fine di evitare l'applicazione della legge di residenza abituale, solitamente più permissiva ed in grado di tutelare la posizione giuridica della moglie. Così VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 617.

Occorre precisare che le garanzie poste a tutela della genuinità dell'accordo nonché dell'integrità del consenso si esauriscono in quelle dianzi rappresentate; nel regolamento difatti non è presente alcuna norma diretta a disciplinare gli aspetti del "consenso informato".

In altre parole, la normativa in esame tralascia di esaminare i problemi relativi all'adeguatezza delle informazioni di cui i coniugi, con particolare riguardo al coniuge più debole, godevano prima della stipulazione dell'accordo e concernenti il diritto applicabile al procedimento divorzile.

A fronte delle limitate informazioni cui sono tenuti a comunicare gli Stati alla Commissione, come già accennato sopra in materia di requisiti formali per la stipulazione delle convenzioni e di esercizio della scelta in corso di causa, si dà però atto che nell'ambito della rete giudiziaria in materia civile e commerciale, di cui alla decisione 2001/470/CE, al fine di consentire un'efficace applicazione delle norme in tale settore sono state elaborate delle schede informative sulle diverse discipline nazionali in tema di scioglimento del matrimonio³⁹⁷.

Per quanto attiene invece al contenuto sostanziale dell'accordo, e particolare rilevanza riveste sempre l'aspetto della tutela giuridica offerta ad entrambi i coniugi dalla legge da essi scelta, il regolamento consente una limitata possibilità di sindacare l'accordo posto che lo stesso rappresenta l'esercizio di una libera scelta.

Come solitamente avviene in materia internazionalprivatistica, tale possibilità è rappresentata innanzitutto dalla clausola dell'ordine pubblico la quale consente al giudice dello Stato adito per il procedimento di scioglimento del matrimonio di non applicare il diritto indicato dai coniugi qualora o stesso si ponga in manifesto contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento del foro³⁹⁸.

Più precisamente, al pari di quanto avviene negli altri settori disciplinati dal diritto internazionale privato, a porsi in una posizione di incompatibilità non è tanto la norma di

³⁹⁷ Tali informazioni sono reperibili nel sito <http://ec.europa.eu/civiljustice/index.it>. Da tale sito è anche possibile accedere all'Atlante giudiziario europeo il quale contiene l'indicazione degli uffici giudiziari degli Stati membri nonché moduli predisposti per alcune procedure giurisdizionali. Sull'argomento si veda FRANZINA P., *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi*, cit., p. 494.

³⁹⁸ Si veda l'articolo 12 del regolamento 1259/2010.

diritto straniero richiamata dalle parti quanto gli effetti pratici che possono derivare dalla sua applicazione³⁹⁹.

Preme sottolineare che, pur in assenza di una specifica previsione nel regolamento, sono tendenzialmente ritenute idonee a costituire un limite all'attuazione dell'accordo sulla scelta di legge anche quelle disposizioni, proprie di ciascuno Stato, che in ragione dell'oggetto o dello scopo da esse perseguito devono essere applicate, tali disposizioni sono appunto dette norme di applicazione necessaria⁴⁰⁰.

Sempre nell'alveo del limite dell'ordine pubblico può essere fatta rientrare anche la previsione di cui all'articolo 10 del regolamento 1259/2010⁴⁰¹.

Tale norma disciplina il caso in cui la legge applicabile in ossequio all'*electio iuris*⁴⁰² non contempli affatto il divorzio oppure non preveda per entrambi i coniugi le medesime condizioni giuridiche nell'ambito dello scioglimento del matrimonio.

Orbene, posto che è difficile che le parti esercitino la scelta indicando proprio un Paese nel quale non è consentito il divorzio, l'ipotesi che invece può più frequentemente realizzarsi, alla luce del carattere universale del regolamento e pertanto dell'ammissibilità di norme straniere di Stati terzi, è quella in cui la normativa sul dissolvimento del vincolo matrimoniale presenti discriminazioni tra la posizione del coniuge uomo e del coniuge donna⁴⁰³.

³⁹⁹ Sul punto si veda VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 621.

⁴⁰⁰ A differenza del regolamento in esame, un preciso riferimento alle norme di applicazione necessaria è rinvenibile nella proposta di regolamento in materia di regimi patrimoniali all'articolo 22. Sull'argomento si veda sempre VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 621.

⁴⁰¹ Come sostenuto infatti da Ottaviano, per la previsione dell'articolo 10 può essere utilizzata la medesima definizione dottrinale dell'articolo 31 della legge 218/1995 quale "*norma speciale di conflitto direttamente espressiva di un principio di ordine pubblico*". Cfr. OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea*, cit., p. 140.

⁴⁰² Così come in applicazione dell'articolo 8, ovvero quando la legge applicabile, in assenza di accordo dei coniugi, viene designata sulla base dell'applicazione dei criteri di collegamento oggettivi previsti dal regolamento.

⁴⁰³ Per un approfondimento sulle implicazioni del principio di non discriminazione in materia di diritto di famiglia, con particolare riferimento alla cosiddetta concezione del "relativismo culturale", in base al quale il rispetto delle singole tradizioni culturali imporrebbe la tacita accettazione anche delle discriminazioni si rinvia a VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 621. Per una critica in merito all'indicazione delle ipotesi di "*gender discrimination*" nell'ambito dell'articolo 10 anziché in quello sull'ordine pubblico, in ragione del fatto che la violazione dell'*"l'eguaglianza dei sessi"* debba essere considerata "*un valore fondamentale di tutti gli ordinamenti degli Stati membri*", si veda OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea*, cit., p. 140.

Nelle suindicate ipotesi, il regolamento prevede l'applicazione della legge del foro al fine di garantire l'uguaglianza sostanziale e processuale delle parti dinanzi alla legge, quantomeno dello Stato adito.

Le situazioni che la norma in esame mira a scongiurare concernono la posizione giuridica della donna nelle tradizioni matrimoniali di matrice islamica, laddove, oltre ad una posizione di inferiorità nell'ambito dello scioglimento del matrimonio, la donna può essere sottoposta all'istituto del ripudio.

Va altresì precisato che, il principio di non discriminazione al fine di tutela delle posizioni soggettive dei coniugi, riconosciuto dal regolamento, è anche affermato nei considerando, precisamente al n. 16 laddove prevede che la *lex voluntatis* sia “conforme ai diritti fondamentali riconosciuti dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”, e al n. 25 ove esclude la facoltà di ricorrere alla clausola dell'ordine pubblico quando ciò violi il principio di non discriminazione, ed infine al n. 30 in cui viene generalmente sancita la sua preminenza⁴⁰⁴.

Il regolamento in esame, tuttavia, dimentica di indicare, al di là delle ipotesi previste nell'articolo 10 di cui sopra, quale legge troverà attuazione nel caso in cui l'applicazione del diritto straniero sia impedito dall'operatività della clausola dell'ordine pubblico⁴⁰⁵.

Un ulteriore limite all'indicazione della legge prescelta da parte dei coniugi in materia di separazione e di divorzio è rappresentato dalla clausola di salvaguardia dei valori propri dei singoli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata rinvenibile nell'articolo 13 del regolamento del 2010.

Tale norma, con l'effetto di impedire l'applicazione di una norma straniera contrastante con l'ordinamento giuridico dello Stato adito, consente alle autorità giurisdizionali di quest'ultimo di rifiutarsi di pronunciare una decisione sul divorzio qualora lo stesso non sia consentito⁴⁰⁶ o il matrimonio non sia riconosciuto valido.

⁴⁰⁴ In merito al rapporto tra ordine pubblico e principi fondamentali, va sottolineato come la versione definitiva dell'articolo 5, sulla scelta della legge applicabile non rechi la disposizione prevista nell'articolo 3 della proposta di regolamento, ove si afferma che la legge sia “conforme ai diritti fondamentali definiti dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e al principio dell'ordine pubblico”. Sull'argomento si veda OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea*, cit., p. 141.

⁴⁰⁵ Nella legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato, l'articolo 16 comma 2 prevede che nel caso in esame il giudice sia chiamato a tentare di applicare il diritto richiamato dagli altri criteri di collegamento ed infine la legge del foro.

⁴⁰⁶ Sino a luglio del corrente anno, l'unico Stato appartenente alla cooperazione rafforzata che non prevedeva l'istituto del divorzio era Malta. A seguito del *referendum* del 29 maggio 2011 anche la

Sotto la rubrica “*divergenze fra le legislazioni nazionali*”, vengono solitamente fatte rientrare quelle delicate questioni attinenti ai divorzi diretti a sciogliere matrimoni tra persone dello stesso sesso o unioni registrate.

Davanti al non uniforme modo di approccio dei singoli Stati membri nei confronti di tali forme di rapporti interpersonali, la scelta del regolamento è stata pertanto di consentire ai Paesi più conservatori di impedire l'ingresso nel proprio territorio di legislazioni ad esse favorevoli.

Non può non osservarsi come la suindicata previsione possa essere in grado di pregiudicare la completa realizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile, giacché si pone come forte limite al mutuo riconoscimento delle decisioni tra Stati membri dell'Unione europea.

Oltre a ciò, va rilevato come tale norma possa condurre a conseguenze ancor più gravi, quali soprattutto un diniego di giustizia. Laddove infatti, competente in via esclusiva per il procedimento di separazione o divorzio ai sensi del regolamento 2201/2003 sia uno degli Stati in cui, per esempio, il matrimonio omosessuale non sia considerato valido, i coniugi dello stesso sesso si troveranno di fronte all'impossibilità di sciogliere il proprio vincolo matrimoniale validamente celebrato in un altro Stato dell'Unione europea⁴⁰⁷.

Come sostenuto da attenta dottrina, nonché dal Consiglio e dal Parlamento, la soluzione al problema *de quo* potrebbe essere rinvenuta nella modifica del regolamento sulla competenza giurisdizionale volta all'introduzione di un *forum necessitatis*⁴⁰⁸ al fine di individuare un'ulteriore autorità giurisdizionale competente⁴⁰⁹.

legislazione maltese consente lo scioglimento del matrimonio tramite divorzio. Cfr. VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 623.

⁴⁰⁷ Si pensi all'ipotesi di matrimonio celebrato in Olanda tra un italiano ed un olandese, i quali hanno stabilito la propria residenza in Italia.

⁴⁰⁸ Per un esempio di previsione di un *forum necessitatis* si veda l'articolo 7 del regolamento n. 4/2009 sulla competenza, la legge applicabile ed il riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari. Per ulteriori approfondimenti sul tema cfr. FRANZINA P., *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1121 ss.

⁴⁰⁹ Cfr. la dichiarazione del Consiglio, in doc. 17046/2010, JUSTCIV 214, JAI 1008 del 26 novembre 2010 Annex I, nonché l'*Explanatory Statement* del relatore Tadeusz Zwiefka al *Draft report* del Parlamento europeo alla proposta di regolamento del 26 ottobre 2010; COM (2010) 0105 - C7 -0102/2010 - 2010/0067 (CNS). Si veda altresì VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 623-624.

Si sottolinea altresì come, all'interno del regolamento 2201/2003⁴¹⁰, sia presente una norma, l'articolo 25, con la medesima rubrica ma con effetti diametralmente opposti. In tale sede infatti le divergenze tra legislazioni nazionali, in merito alle condizioni per addivenire allo scioglimento del matrimonio, non possono essere di ostacolo al riconoscimento delle decisioni pronunciate negli Stati dell'Unione.

Da quanto ora detto si può notare come nel regolamento 1259/2010 tale previsione abbia l'effetto di aumentare l'operatività del limite dell'ordine pubblico, diversamente, nel regolamento del 2003, la norma sopraccitata intende invece restringere il suo campo di applicazione.

7. La disciplina in mancanza della *lex voluntatis*

Come sinora rappresentato, la principale novità introdotta con il regolamento 1259/2010 in materia di diritto applicabile alla separazione e al divorzio, consiste nella possibilità attribuita ai coniugi di indicare la legge con la quale essi intendono disciplinare lo scioglimento del matrimonio.

Tuttavia, occorre precisare che l'accordo sulla legge applicabile non deve necessariamente intervenire, giacché consiste nell'esercizio di una facoltà di cui i coniugi possono servirsi o meno.

Per quanto attiene alla disciplina riferibile all'eventualità in cui i coniugi non abbiano esercitato l'autonomia della volontà, va premesso che tutti i limiti di natura sostanziale sopra indicati, con riferimento all'operatività dell'accordo tra i coniugi, esplicano la loro efficacia parimenti in questa sede, e che pertanto gli articoli 10, 11, 12 e 13, di cui già si è detto, si applicheranno altresì nel caso in cui la legge applicabile non sia stata designata dalle parti bensì individuata alla stregua delle norme del regolamento stesso.

⁴¹⁰ Cfr. l'articolo 25 del regolamento 2201/2003, nel quale si legge: “*Il riconoscimento di una decisione non può essere negato perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede i medesimi fatti per il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio*”. Per approfondimenti si rinvia a BERGAMINI E., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare*, in Codice della famiglia, a cura di M. Sesta, p. 4683-4684.

Nel caso in cui le parti non abbiano provveduto ad indicare la *lex voluntatis*, il regolamento prevede il ricorso a determinati criteri di collegamento di tipo oggettivo per l'individuazione della legge applicabile⁴¹¹.

L'articolo 8 della normativa in esame stabilisce infatti che in assenza dell'*optio iuris* subentreranno nella determinazione del diritto applicabile alla fattispecie divorzile i ben noti criteri di collegamento della residenza abituale, della cittadinanza ed infine della *lex fori*.

Al pari, pertanto, di quanto avviene nel caso in cui l'accordo sia stato stipulato, alla separazione e al divorzio verrà applicata la legge dello Stato di cui entrambi i coniugi sono abitualmente residenti, o quella del Paese dell'ultima residenza abituale comune, purché tale comune residenza non sia cessata da più di un anno e un coniuge sia ivi ancora abitualmente residente, o ancora la *lex patriae* ed infine la legge del foro.

Il riferimento temporale preso in considerazione per la valutazione del possesso degli elementi di collegamento è rappresentato dal momento in cui è esercitata l'azione, ovverosia quando viene adita l'autorità giurisdizionale.

Come si può notare, le norma ora indicata ricalca pedissequamente quella prevista per circoscrivere la possibilità di scelta della legge applicabile, tuttavia va notata una piccola differenza rappresentata dall'ulteriore previsione, per l'applicazione del diritto relativo allo Stato di ultima residenza comune, del mancato decorso di un anno dalla sua cessazione⁴¹².

La principale divergenza tra l'articolo 5 e l'articolo 8 del regolamento, posto che fanno entrambi riferimento ai medesimi criteri di collegamento, è da rinvenirsi nel fatto che, mentre nell'ambito dell'*electio iuris* i coniugi possono optare liberamente per una delle leggi indicate con cui naturalmente abbiano un legame, nel caso del mancato esercizio della scelta i criteri di collegamento previsti operano invece in maniera successiva, e dunque la legge nazionale o la *lex fori* si potranno applicare solo in mancanza di una residenza comune o dei suoi requisiti⁴¹³.

⁴¹¹ Sul punto si veda HAMMJE P., *Le nouveau règlement (UE) n. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010*, cit., p. 311 ss.

⁴¹² Tale differenza risponde sempre all'esigenza di garantire la prevedibilità e la certezza del diritto applicabile. Giacché, come indicato anche nel considerando n. 21 del regolamento, l'obiettivo è quello di applicare la legge dello Stato con cui i coniugi abbiano un forte legame.

⁴¹³ Per una nota critica in merito alla previsione dei suddetti requisiti si veda VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 620, secondo la quale, al fine di evitare

Da quanto sinora detto si ricava il *favor* del legislatore nei confronti del criterio di collegamento rappresentato dalla residenza abituale, il quale è il primo a trovare applicazione in mancanza di accordo da parte dei coniugi.

Questa preferenza è giustificata innanzitutto dal fatto che la definizione del concetto di residenza abituale, a differenza di quella di cittadinanza che è attribuita ai singoli ordinamenti giuridici, è affidata all'uniforme interpretazione ad opera della Corte di giustizia⁴¹⁴, in secondo luogo tale criterio è quello che più garantisce il legame di prossimità dei soggetti con lo Stato prescelto, ed infine, sempre rispetto al criterio della cittadinanza foriero di dubbi nel caso di possesso di più cittadinanze, quello della residenza, almeno allo stato attuale, è un criterio univoco posto che è rara la possibilità di possedere più residenze contemporaneamente⁴¹⁵.

Merita precisarsi che il regolamento 1259/2010 ha il pregio, diversamente da quanto è avvenuto nel regolamento del 2003, di risolvere *a priori* le possibili incertezze applicative derivanti dal possesso di cittadinanze plurime.

Nel considerando n. 22 infatti è stabilito che in tale ipotesi la soluzione andrà rinvenuta nell'alveo delle norme nazionali, tenuto fermo il rispetto dei principi generali dell'Unione europea.

Si può brevemente notare, pertanto, che non dovrebbe trovare applicazione l'articolo 19 della nostra legge n. 218 del 1995, proprio perché opera un ingiustificato *favor* stabilendo la prevalenza della cittadinanza italiana qualora presente⁴¹⁶.

completamente il rischio di *forum shopping*, il legislatore avrebbe potuto prevedere un criterio di collegamento più flessibile ed idoneo a garantire uno stretto collegamento della fattispecie con la legge applicabile quale per esempio quello adoperato nella legge di riforma del sistema di diritto internazionale italiano della "prevalente localizzazione della vita matrimoniale" (articolo 31 della legge 218/1995). Così facendo, nel caso di assenza di una residenza abituale comune o di medesima cittadinanza, non si finirebbe per applicare il criterio della *lex fori*.

⁴¹⁴ Merita darsi atto che il Parlamento europeo, in seno ai negoziati della proposta di regolamento del 2006, aveva suggerito di indicare la definizione di residenza abituale con "luogo di ordinaria dimora di una persona". Suggerimento tuttavia non accolto in virtù della preferenza del ruolo interpretativo svolto dalla Corte di giustizia. Si veda la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 21 ottobre 2008, doc. n. P6_TA(2008)0502 A6-0361/2008 nell'emendamento 7 all'articolo 2. Per un'analisi del concetto di residenza abituale si rinvia a MELLONE M., *La nozione di residenza abituale*, cit., p. 685 ss, con particolare riferimento alla materia in esame pag. 704.

⁴¹⁵ Sull'argomento si veda OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea*, cit., p. 138, nonché VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 609-610.

⁴¹⁶ Sul punto si cfr. VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 620.

Va ancora rappresentato che, nel caso di procedimento di conversione della separazione in divorzio⁴¹⁷, l'esigenza di certezza del diritto e di prevedibilità in base alla quale le fasi dello scioglimento del matrimonio, qualora previste nell'ordinamento giuridico di uno Stato, necessitano di un medesimo trattamento normativo, come anche indicato nel considerando n. 23, implica che lo stesso sia disciplinato dalla medesima legge applicata alla separazione personale.

Ciò deve accadere naturalmente qualora i coniugi non abbiano deciso diversamente stabilendo, mediante accordo, l'applicazione di una legge differente.

Nell'ipotesi in cui la conversione della separazione personale in divorzio non sia invece consentita secondo il diritto applicato alla prima, soccorreranno i criteri di collegamento oggettivi di cui all'articolo 8 del regolamento, sempre a meno che i coniugi non abbiano esercitato l'*optio legis*.

Per quanto infine attiene alle norme conclusive del regolamento del 2010, la normativa europea in esame, è altresì precisa nell'indicare le soluzioni da applicarsi nei casi di designazione della legge di Stati con più sistemi giuridici per ovviare al problema di conflitto territoriale o interpersonale di leggi⁴¹⁸.

Ai sensi dell'articolo 14, i conflitti territoriali di leggi si possono verificare qualora lo Stato la cui legge è stata designata, o dalle parti o dai criteri del regolamento, sia composto da molteplici unità territoriali caratterizzate dal possesso di autonomi sistemi giuridici o autonome discipline in materia di scioglimento del matrimonio. In questi casi, il regolamento risolve ogni possibile incertezza in ordine all'individuazione della legge applicabile sancendo che il riferimento alla legge dello Stato è da intendersi quale richiamo della legge vigente nell'unità territoriale pertinente, così come il riferimento al concetto di residenza abituale nello Stato è da intendersi fatto alla residenza abituale nella specifica unità territoriale⁴¹⁹.

Oltre a ciò, la norma sopra indicata prevede che il rimando alla cittadinanza è inteso quale riferimento all'appartenenza all'unità territoriale indicata dalla legge di quello Stato oppure, in assenza, all'unità territoriale oggetto della *lex voluntatis* delle parti o, in

⁴¹⁷ A tale aspetto è dedicato l'articolo 9 del regolamento 1259/2010.

⁴¹⁸ Per approfondimenti sulle problematiche derivanti dall'individuazione del diritto applicabile nelle ipotesi di Stati con più sistemi legislativi, si rinvia a RICCI C., *La legge applicabile al divorzio tra cittadini di Stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1, 2011, p. 55 ss.

⁴¹⁹ Si veda l'articolo 14, paragrafo 1 lettera a) e b).

manca anche di scelta, all'unità territoriale con la quale i coniugi o almeno uno di essi posseggono uno stretto legame⁴²⁰.

Laddove, invece, il regolamento, nell'articolo successivo, tratta dei conflitti interpersonali di leggi, ci si riferisce all'ipotesi in cui più sistemi giuridici o complessi di norme si applicano a categorie diverse di persone nelle materie disciplinate nell'ambito della cooperazione rafforzata, in tale caso la legge applicabile, ovvero il sistema giuridico pertinente, verrà individuata sulla base della normativa vigente nello Stato di designazione, altrimenti troverà applicazione la legge con la quale i coniugi presentano un vincolo più stretto⁴²¹.

Dalla disciplina sinora rappresentata, si evince come l'introduzione di un sistema di norme di conflitto uniforme, accompagnata dalla predominanza della *lex voluntatis*, possa §§da un lato contribuire a creare un quadro uniforme e chiaro in materia di separazione e divorzio, e dall'altro costituire un'efficace soluzione ai rischi di *forum shopping*.

Dinnanzi ai numerosi pregi che il regolamento presenta, un limite intrinseco è sicuramente rappresentato dall'applicazione ai soli Stati che hanno partecipato alla cooperazione rafforzata. Tuttavia, c'è la speranza che altri Stati membri possano decidere di entrare a far parte della cooperazione rafforzata e che pertanto la disciplina stabilita nel regolamento trovi un'attuazione sempre più ampia⁴²².

8. Il problema dell'applicabilità della normativa del 2010 allo scioglimento delle unioni non basate sul matrimonio

Come già evidenziato, il regolamento Roma III consente, o mediante la facoltà di scelta attribuita ai coniugi o in applicazione delle norme di conflitto indicate, l'individuazione della legge applicabile alla separazione e al divorzio.

Una delle delicate questioni sulla quale si è interrogata la dottrina a seguito dell'emanazione della norma comunitaria in esame, è rappresentata dall'applicabilità della

⁴²⁰ In questi termini l'articolo 14 lettera c).

⁴²¹ Così è indicato nell'articolo 15 del regolamento.

⁴²² A tal proposito va segnalato che la Lituania, nel giugno del 2012, aveva formulato la proposta di aderire alla cooperazione rafforzata, e la Commissione europea, con decisione n. 714 del 21 novembre 2012, in *GUUE* L 323, p. 18 ss., ha dato il via libera al suo ingresso nella cooperazione. Pertanto, a far corso dal 22 maggio 2014, la Lituania sarà il quindicesimo Stato europeo a dotarsi di norme di conflitto uniformi sulla legge applicabile a separazione e divorzio.

stessa altresì allo scioglimento delle unioni registrate, sia tra persone di sesso diverso che del medesimo sesso⁴²³.

Per individuare la risposta che sembra essere la più corretta, è opportuno partire dall'analisi dello stesso dettato normativo.

Posto che, aldilà della definizione di Stato membro partecipante e di autorità giurisdizionale, alcuna nozione di separazione o di divorzio è rinvenibile all'interno del regolamento, occorre pertanto desumere l'inclusione o meno delle unioni non matrimoniali da altri elementi del testo.

Giova sottolineare, innanzitutto, che il regolamento utilizza sempre la dicitura "coniugi" quando si riferisce ai soggetti ai quali è attribuita l'*optio iuris*; oltre a ciò, se in tutti gli articoli della normativa si trova il riferimento alla separazione e al divorzio, nell'articolo 13, invece, si legge il termine "matrimonio", nell'ambito della possibilità di disapplicazione del regolamento riconosciuta agli Stati nel caso in cui questo non sia considerato valido dalle proprie normative nazionali; termine in relazione al quale, tuttavia, manca una precisa definizione.

Inoltre, il considerando 10, esplicitamente afferma che "il presente regolamento dovrebbe applicarsi solo allo scioglimento o all'allentamento del vincolo matrimoniale".

Dall'analisi del mero dettato normativo sembra pertanto evincersi che il legislatore europeo abbia inteso riferire l'applicazione della nuova normativa unicamente agli scioglimenti dei vincoli coniugali.

Ad analoghe conclusioni si può addivenire esaminando anche altri strumenti normativi dell'Unione europea.

Nel regolamento Roma I sulle obbligazioni contrattuali, infatti, il legislatore è stato molto chiaro poiché, laddove definisce il suo campo di applicazione, afferma che "*non è applicabile alle obbligazioni derivanti da rapporti di famiglia o dai rapporti che secondo la legge applicabile a tali rapporti hanno effetti comparabili [...] e alle obbligazioni derivanti da regimi patrimoniali tra coniugi, da regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili*".

⁴²³ Sull'argomento, tra i tanti, si vedano ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1450 ss., NASCIMENE B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, cit., p. 115 ss., CALO' E., *Lo statuto delle convivenze registrate*, in *Il ruolo del notaio nel divorzio europeo*, a cura di Velletti M. e Calò E., Quaderni del Notariato, Ipsoa, 2012, p. 127 ss.

Si pensi ancora alle sopra indicate ipotesi di disciplina della legge applicabile ai rapporti patrimoniali, ove la Commissione, nel marzo 2011, ha presentato due diverse proposte di regolamento, una riferita ai coniugi e l'altra alle unioni registrate.

Sempre nell'ambito del diritto derivato, va altresì ricordata la direttiva 2004/38/CE⁴²⁴, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, nella quale si afferma che può essere considerato familiare di un cittadino europeo “*il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante*”.

Da tutto ciò si ricava che, da un lato, qualora il legislatore avesse voluto includere anche le *registered partnerships* nell'ambito dell'applicazione del regolamento vi avrebbe fatto esplicito riferimento, e dall'altro che la delicata questione dell'equiparazione di tali tipi di unioni è demandata unicamente agli Stati membri⁴²⁵.

Così come ha più volte avuto modo di precisare la Corte di giustizia nelle sue pronunce sul tema⁴²⁶, spetta infatti ai singoli Stati membri decidere se estendere alle unioni registrate il trattamento normativo spettante alle unioni fondate sul matrimonio⁴²⁷, in ragione dell'impossibilità di imporre un'equiparazione tra coniuge e partner registrato.

In ragione di ciò, pare potersi pacificamente dedurre che le disposizioni del regolamento Roma III non siano applicabili in ipotesi di scioglimento delle unioni registrate, e che pertanto i conviventi registrati non potranno, *rebus sic stantibus*, giovare della facoltà di scelta del diritto applicabile alla cessazione del proprio rapporto.

⁴²⁴ Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004, in *G.U.C.E.* n. L 158 del 30 aprile 2004, p. 77, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

⁴²⁵ Si cfr. ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1451, nonché diffusamente a CALO' E., *Lo statuto delle convivenze registrate*, cit., p. 128 ss., ove analizza il problema delle discriminazioni al rovescio nei confronti dei conviventi.

⁴²⁶ Si vedano per esempio le sentenze della Corte di Giustizia del 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant*, in *Racc.*, 1998, p. I-621 ss., del 31 maggio 2001, cause C-122/99 e C-125/99, *P., D.*, in *Racc.*, 2001, p. I-4319 ss.

⁴²⁷ Sull'orientamento dello Stato italiano si veda la recente Risoluzione della II Commissione Permanente (Giustizia) del Senato del 31 maggio 2011, comunicata al Presidenza il 6 giugno 2011, per la cui analisi si rinvia a CALO' E., *Lo statuto delle convivenze registrate*, cit., p. 139 ss.

Occorre altresì sottolineare che la medesima conclusione di esclusione dell'applicabilità della disciplina alle unioni non matrimoniali era stata raggiunta sia per il regolamento Bruxelles II bis sia per la normativa sulle obbligazioni alimentari del 2009.

9. Il problema dell'applicabilità della regolamento Roma III allo scioglimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso

Come già analizzato, il regolamento del 2010 esclude dal proprio ambito di applicazione molteplici materie, tra le quali quelle relative all'esistenza, alla validità ed al riconoscimento del matrimonio, di cui già si è detto. Tale esclusione, come visto, riflette l'atteggiamento cauto delle istituzioni europee, le quali hanno preferito non introdurre una definizione di matrimonio, così come di scioglimento dello stesso, lasciando tale compito, secondo alcuna dottrina, alla giurisprudenza della Corte di giustizia e, secondo altra, ai legislatori nazionali⁴²⁸.

Secondo i sostenitori del necessario intervento della Corte di giustizia a colmare la lacuna in *subiecta materia*, tale attribuzione è giustificata dalla necessità di coerenza e di unità del "sistema europeo" nel suo insieme, giacché soltanto mediante un'interpretazione uniforme ad opera dei giudici europei tali requisiti sarebbero soddisfatti⁴²⁹.

Quand'anche la Corte di giustizia non si sia allo stato ancora pronunciata sulla definizione di matrimonio ai sensi del regolamento, ha tuttavia mostrato in alcune decisioni un

⁴²⁸ Per una disamina sul concetto di famiglia si vedano *ex multis* BERGAMINI E., *La famiglia quale oggetto di tutela nel diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, p. 457 ss., PINTERS W., *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, cit., p. 89 ss., PATTI S., *Modelli di famiglia e di convivenza*, cit, p. 111 ss.

⁴²⁹ La stessa Corte di giustizia ha affermato la necessità di considerare l'Unione europea nel suo insieme al di là delle singole posizioni degli Stati membri. Si veda per esempio Corte giust., 17 aprile 1986, causa 59/85, *Reed*, in *Rac.*, p. 1283, punti 12 e 13, ove si legge che "l'interpretazione di nozioni giuridiche fondate sull'evoluzione della società dev'essere effettuata esaminando la situazione nell'insieme della Comunità, non già quella di un solo Stato membro". Ma anche, più recentemente, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Mischo proprio sul problema dell'interpretazione dei concetti relativi al matrimonio, nella pronuncia Corte giust., 31 maggio 1999, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, *D e Svezia c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-4319, specialmente al punto 43 in cui lo stesso afferma che: "A mio parere, risulta da tale sentenza che occorre, qualora la nozione di <coniuge> o nozioni analoghe come <matrimonio> o <coniugato> figurino in un regolamento, dare loro un'interpretazione autonoma, vale a dire un'interpretazione che tenga conto della situazione nell'insieme della Comunità e non unicamente in uno Stato membro". Sulle problematiche connesse al riconoscimento delle forme meno tradizionali di unioni, quali quelle registrate ed i matrimoni tra soggetti dello stesso sesso si veda OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea*, cit., p. 132-133 ed anche VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 608-609.

atteggiamento riluttante nel riconoscimento della qualifica di matrimonio alle unioni omosessuali, anche qualora registrate, alla luce della necessità della differenza di sesso tra i coniugi⁴³⁰.

A risultati completamente differenti, invece, porta l'avvallo della tesi di coloro che propendono per il rinvio ai singoli ordinamenti nazionali per la determinazione delle unioni che rientrano o meno nel concetto di matrimonio.

E' infatti notorio che ad oggi alcuni Stati membri consentono e riconoscono tanto le unioni registrate quanto i matrimoni tra persone dello stesso sesso. Ove pertanto si tratti di applicare la legge di uno Stato favorevole al predetto riconoscimento, anche i matrimoni omosessuali potranno ricadere nel campo di applicazione del regolamento 1259/2010, e, più difficilmente, le unioni registrate soltanto qualora lo Stato le qualifichi al pari del matrimonio⁴³¹.

Secondo quest'ultima dottrina, la predetta tesi sarebbe viepiù suffragata dal medesimo regolamento ove all'articolo 13 rubricato "*divergenze fra le legislazioni nazionali*", si riferisce alle ipotesi di scioglimento di matrimoni proposte innanzi ad autorità giurisdizionali di Stati membri che non riconoscono tali rapporti coniugali⁴³².

Partendo, parimenti, dalla considerazione circa la mancata presenza nel regolamento 1259 (così come in quello sulla competenza giurisdizionale del 2003) di una definizione di separazione, di divorzio ed altresì di matrimonio, è comunque preliminarmente necessario, anche per la valutazione dell'operatività della norma europea *de qua* nei confronti dei

⁴³⁰ Diversamente ha invece ricondotto nell'alveo del matrimonio le unioni fra soggetti originariamente dello stesso sesso, ma di cui uno abbia successivamente modificato i propri connotati sessuali. Cfr. la sentenza Corte giust., 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *KB c. National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health* e la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. regno Unito*.

⁴³¹ Per quanto attiene all'equiparazione delle unioni registrate al matrimonio, si vedano le recenti sentenze della Corte di giustizia *Maruko e Römer* ove i giudici europei chiamati a pronunciarsi sul rapporto tra matrimonio e le unioni registrate alla luce della legge tedesca ai fini della concessione della pensione di reversibilità e della pensione complementare di vecchiaia, pur affermando il diritto del soggetto partecipante all'unione registrata tra persone dello stesso sesso di accedere ai predetti trattamenti pensionistici, non si è spinta sino all'affermazione dell'inclusione di tali unioni nell'alveo del matrimonio tradizionale. Così Corte di giustizia, 1 aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, e 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*. Sul punto cfr. VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio*, cit., p. 609.

⁴³² L'articolo 13 del regolamento recita: "*nessuna disposizione del presente regolamento obbliga le autorità giurisdizionali di uno Stato membro partecipante la cui legge non prevede il divorzio o non considera valido in matrimonio in questione ai fini del procedimento di divorzio ad emettere una decisione di divorzio in virtù del regolamento stesso*".

matrimoni tra soggetti dello stesso sesso, ricavare l'intenzione del legislatore dalla formulazione delle disposizioni legislative presenti.

Orbene, proprio il generico richiamo al “*matrimonio*”, di cui all'articolo 13, nonché il riferimento, come visto in sede di considerando, allo “*scioglimento o all'allentamento del vincolo matrimoniale*”, possono far ipotizzare la volontà del legislatore di includere nel concetto di matrimonio e di vincolo matrimoniale anche quelli contratti tra persone dello stesso sesso⁴³³.

In tale ambito, pertanto, le medesime premesse analizzate in sede di disamina delle unioni registrate paiono portare tuttavia a concludere in maniera differente, ovvero per l'applicabilità della norma anche ai suindicati matrimoni.

Considerato, pertanto, che il regolamento sembra attribuire la facoltà anche ai coniugi dello stesso sesso di indicare la legge che il giudice competente, in base al regolamento 2201/2003, dovrà applicare per sciogliere il vincolo matrimoniale, ci si può porre il problema di cosa accada nei casi in cui lo Stato giurisdizionalmente competente non preveda tali matrimoni⁴³⁴.

Orbene, in tali ipotesi, verosimilmente non infrequenti posto che ad oggi il matrimonio tra persone dello stesso sesso è consentito dalle legislazioni olandese, belga, spagnola, portoghese e svedese⁴³⁵, è lo stesso regolamento ad indicare la soluzione al problema.

⁴³³ Sulla questione dell'applicabilità del regolamento ai matrimoni omosessuali si vedano in particolare ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1451 ss., CALO' E., *Matrimonio omosessuale e ordine pubblico*, in *Il ruolo del notaio nel divorzio europeo*, a cura di Velletti M. e Calò E., Quaderni del Notariato, Ipsoa, 2012, p. 103 ss., NASCIMENE B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, cit., p. 117 ss., QUEIROLO I, CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata*, cit., p. 72 ss., OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazione e divorzi transnazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, 1, p. 132 ss., PATTI S., *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, p. 163.

⁴³⁴ Può verosimilmente ipotizzarsi anche la possibilità in cui siano gli stessi coniugi omosessuali ad indicare per lo scioglimento del proprio vincolo l'applicazione della legge di uno Stato che tuttavia non ammette tali tipi di unioni. Come osservato da Queirolo e da Carpaneto, un tale tipo di scelta ad opera dei coniugi sembrerebbe difficilmente accettabile, e ciò sulla base del fatto che il richiamo ad una legge straniera dovrebbe intendersi quale richiamo all'intero sistema giuridico in cui è collocata la norma scelta, non potendosi interpretare tale richiamo quale rinvio recettizio alle sole norme sulla separazione ed il divorzio. Anche se, le stesse Autrici, non escludono che tale ultima interpretazione possa essere adottata dalla stessa Corte di giustizia, la quale spesso ha dimostrato un atteggiamento favorevole nei confronti della possibilità di giovare delle norme sulla separazione ed il divorzio. Cfr. QUEIROLO I, CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata*, cit., p. 72-73.

⁴³⁵ Su punto cfr. ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1451.

Così come già esaminato in sede di analisi del regolamento⁴³⁶, l'articolo 13, infatti afferma che “nessuna disposizione del [...] regolamento obbliga le autorità giurisdizionali di uno Stato membro partecipante la cui legge non prevede il divorzio⁴³⁷ o non considera valido il matrimonio in questione ai fini del procedimento di divorzio ad emettere una decisione di divorzio in virtù dell'applicazione del regolamento stesso”.

Nella necessaria ottica di rispettare le tradizioni nazionali nella materia familiare ed il diritto materiale in cui le stesse si riflettono, la normativa del 2010 pertanto non vincola i giudici dello Stato che non ammette il divorzio/matrimonio tra omosessuali a pronunciare lo scioglimento del vincolo, nemmeno qualora la *lex causae*, indicata dai coniugi o dalle norme del regolamento, lo preveda.

La soluzione di compromesso adottata dal regolamento, che consente l'applicazione delle proprie disposizioni anche nei riguardi dello scioglimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso con tuttavia un'efficacia limitata agli Stati che prevedono tali forme matrimoniali, è in linea non solo con il diritto ed i principi dell'Unione ma anche con la stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In merito all'apertura nei confronti delle coppie omosessuali, va innanzitutto ricordata la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità⁴³⁸, come più recentemente quella del 6 marzo 2000 sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea⁴³⁹, in cui l'istituzione europea invitava gli Stati membri ad introdurre nei propri ordinamenti forme di convivenze registrate anche tra soggetti di sesso uguale.

Viceversa, con riferimento alla tutela delle posizioni nazionali sul delicato tema, vanno rammentati i principi generali contenuti nel Programma di Stoccolma⁴⁴⁰ in base ai quali

⁴³⁶ Cfr. capitolo II, par. IV ss.

⁴³⁷ Tale era il caso di Malta, il quale sino a luglio del 2011 non prevedeva l'istituto del divorzio. Si veda in proposito il *Civil Code (Amendment) Act*, 2011, in *Government Gazette of Malta* n. 18748 del 29 luglio 2011, all'indirizzo <http://www.doi.gov.mt>.

⁴³⁸ In *G.U.C.E.* C 61 del 28 febbraio 1994. Sul punto si veda NASCIMENE B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, cit., p. 118, nonché CALO' E., *Matrimonio omosessuale e ordine pubblico*, cit., p. 103.

⁴³⁹ Cfr. doc. A5-0050/2000.

⁴⁴⁰ Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura la servizio dei cittadini*, in *G.U.U.E.* n. C 115 del 4 maggio 2010, p. 1 ss.

occorre “proseguire l’armonizzazione delle norme sul conflitto di leggi a livello dell’Unione nei settori in cui risulta necessario, come la separazione e il divorzio”, tenendo tuttavia in considerazione gli “ordinamenti giuridici degli Stati membri e [...] le tradizioni nazionali in questo settore”⁴⁴¹.

Giova inoltre sottolineare che, né la Carta dei diritti fondamentali (art. 9⁴⁴²) né la Convenzione europea dei diritti dell’uomo (art. 12⁴⁴³) prevedono un obbligo in capo agli Stati di introdurre *status* matrimoniali in favore delle coppie omosessuali⁴⁴⁴.

Inoltre, proprio la Corte europea dei diritti dell’uomo, nella recente sentenza *Schalk & Kopf c. Austria*⁴⁴⁵, ha evidenziato che ai sensi dell’articolo 12 della CEDU non vi è alcuna imposizione per gli Stati membri di garantire alle coppie dello stesso sesso la possibilità di accedere al matrimonio, in ragione del fatto che la nozione di matrimonio è fortemente legata alla differente evoluzione della società e alle diverse tradizioni culturali degli Stati stessi⁴⁴⁶.

Non si può infatti prescindere dal fatto che il diritto privato materiale, specialmente in materia familiare, è di competenza dei singoli Paesi dell’Unione e che pertanto in tale ambito gli stessi rimangono gli unici creatori del diritto.

A tal proposito viene spontanea una considerazione di ordine generale sulla contraddittorietà del regolamento in esame, così come del resto di tutte le misure adottate e adottande nell’ottica della “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato.

Se da un lato, infatti, è innegabile la spinta armonizzatrice a livello europeo che coinvolge le norme del diritto internazionale privato in materia matrimoniale, dall’altro non può non notarsi come nello stesso tempo vi sia un atteggiamento protettivo del legislatore nei confronti delle singole discipline nazionali.

⁴⁴¹ Sul punto cfr. OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell’Unione europea*, cit., p. 124.

⁴⁴² In base all’articolo 9: “Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia - Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio”.

⁴⁴³ Così recita l’articolo 12 della CEDU: “Diritto al matrimonio - Uomini e donne in età adulta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto”.

⁴⁴⁴ Su tali rilievi si cfr. NASCIMENE B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell’Unione europea*, cit., p. 117.

⁴⁴⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, del 24 giugno 2010, *Schalk & Kopf c. Austria*, in www.echr.coe.int.

⁴⁴⁶ In questi termini si veda ROSSOLILLO G., *Commento all’art. 1*, cit. p. 1452.

Se tale atteggiamento si spiega alla luce del riserva legislativa degli Stati nel settore, tuttavia va rappresentato come ciò costituisca un limite intrinseco che caratterizza e caratterizzerà tutti gli atti europei in materia.

Tornando tuttavia alla questione relativa all'applicabilità del regolamento Roma III alle unioni matrimoniali omosessuali, va segnalato come la soluzione di compromesso rinvenibile nel contenuto dell'articolo 13 (così come nell'articolo 10⁴⁴⁷) ha il pregio di evitare ai giudici degli Stati membri, che non prevedono i matrimoni omosessuali, di trincerarsi dietro alla violazione del principio dell'ordine pubblico per sfuggire all'applicazione delle sue norme.

Per quanto attiene al nostro ordinamento, infatti, la giurisprudenza civile tutte le volte in cui è stata chiamata a risolvere questioni attinenti al riconoscimento di matrimoni omosessuali ha solitamente fatto riferimento alla tutela dell'ordine pubblico, vuoi internazionale vuoi interno.

Così, ha per esempio negato la trascrizione di un matrimonio fra cittadini italiani celebrato all'estero⁴⁴⁸, ha ritenuto lecito il rifiuto da parte dell'Ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio richieste da una coppia omosessuale⁴⁴⁹, ed ha negato il riconoscimento di effetti giuridici, quali il diritto di soggiorno, ad un matrimonio tra un italiano ed un uruguaiano⁴⁵⁰, e ciò sulla base dell'inesistenza o della nullità dell'unione matrimoniale o, più di recente, in ragione dell'impossibilità di produrre effetti giuridici nel nostro ordinamento per tali matrimoni⁴⁵¹.

Dal canto suo, la Corte Costituzionale, in una nota sentenza del 2010⁴⁵², non ha mancato di sottolineare che le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al

⁴⁴⁷ Ai sensi del quale si ricorre all'applicazione della legge del foro qualora la legge applicabile, o indicata dalle parti o rinvenuta ai sensi dell'articolo 8, non preveda l'istituto del divorzio (solo Malta sino al 2011) oppure non attribuisca ai coniugi pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione per ragioni legate al sesso di ciascuno di essi. Per osservazioni sul punto si rinvia al capitolo III.

⁴⁴⁸ Tribunale di Latina, 10 giugno 2005, decreto, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 86 ss., confermato dalla Corte di Appello di Roma, 13 luglio 2006, decreto, in *Famiglia e diritto*, 2007, 2, p. 166 ss, Corte di Cassazione 15 marzo 2012, n. 4184.

⁴⁴⁹ Corte d'Appello di Firenze, 27 giugno 2008, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 2342.

⁴⁵⁰ Ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia del 13 febbraio 2012,.

⁴⁵¹ Per una più approfondita analisi sul tema si veda CALO' E., *Matrimonio omosessuale e ordine pubblico*, cit., p. 107 ss., nonché ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1453 ss.

⁴⁵² Corte Costituzionale 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1361.

matrimonio e ciò sulla base dell'assenza del necessario requisito della diversità di sesso tra i coniugi⁴⁵³.

Del medesimo avviso anche le nostre istituzioni legislative, basti pensare ai recenti pareri motivati del Senato della Repubblica Italiana sulla proposta di regolamento in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi e quella sui rapporti patrimoniali nelle unioni registrate.

Nel primo infatti si legge che *“l'Italia avrebbe difficoltà nel considerare come “matrimonio” - e quindi nel riconoscere diritti patrimoniali che la proposta di regolamento attribuisce ai “coniugi” - un'unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso. Tale “matrimonio” sarebbe incoerente con l'articolo 29 della Costituzione, anche nella lettura datane dalla Corte Costituzionale del 2010”*⁴⁵⁴; mentre nel secondo è altresì precisato che i Paesi dell'Unione *“possono decidere se il loro ordinamento giuridico nazionale ammetta o meno una qualsiasi forma di rapporto giuridico accessibile alle coppie omosessuali, o se l'istituzione del matrimonio sia riservata unicamente alle coppie di sesso opposto”*⁴⁵⁵.

Merita sottolinearsi tuttavia che, con riferimento alla violazione del principio dell'ordine pubblico che sinora ha giustificato il mancato riconoscimento dei suddetti matrimoni, e in relazione al quale, come visto, il problema con il regolamento 1259 non si pone, trova approvazione un'opinione dottrinale alla luce della quale sarebbe possibile un parziale riconoscimento dei matrimoni omosessuali⁴⁵⁶.

Più precisamente, secondo la teoria dell'ordine pubblico attenuato, il riconoscimento dei matrimoni omosessuali sarebbe comunque negato, ma sarebbe consentito il

⁴⁵³ Per le medesime conclusioni si vedano anche le ordinanze del 7 luglio 2010, n. 276 e del 5 gennaio 2011, n. 4, nel sito www.cortecostituzionale.it, sui profili giuridici sollevati dal Tribunale di Venezia, 3 aprile 2009; Corte d'Appello di Trento, 29 luglio 2009; Corte d'Appello di Firenze, 3 dicembre 2009 e Tribunale di Ferrara, 14 dicembre 2009, nonché Tribunale di Varese 23 luglio 2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 732 ss..

⁴⁵⁴ Cfr. Parlamento europeo - Commissione giuridica, Comunicazione ai membri (49/2001) - *Parere motivato del Senato della Repubblica italiana sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi*, del 15 giugno 2011.

⁴⁵⁵ Cfr. Parlamento europeo - Commissione giuridica, Comunicazione ai membri (50/2001) - *Parere motivato del Senato della Repubblica italiana sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali delle unioni registrate*, del 15 giugno 2011. Si veda sul punto ROSSOLILLO G., *Commento all'art. 1*, cit. p. 1453.

⁴⁵⁶ Così come parimenti delle unioni registrate tra persone di sesso uguale.

riconoscimento di taluni effetti giuridici derivanti dalle unioni tra persone dello stesso sesso; così facendo potrebbero essere riconosciuti alcuni diritti successori o di natura assistenziale, alimentare e previdenziale anche ai coniugi omosessuali⁴⁵⁷.

In tale ottica, pur senza imporre agli Stati membri una disciplina che preveda il matrimonio tra soggetti del medesimo sesso, si potrebbe loro estendere l'applicazione di norme nazionali volte all'attribuzione di diritti soggettivi.

⁴⁵⁷ Si veda a tal proposito NASCIMENE B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, cit., p. 121, CALO' E., *Matrimonio omosessuale e ordine pubblico*, cit., p. 118 ss.

CONCLUSIONI

Nell'ottica della "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato e processuale in materia di famiglia, che trova le sue radici nel Trattato di Amsterdam, si può affermare che il combinato disposto dei regolamenti 2201 del 2003 e 1259 del 2010 abbia dato vita ad un sistema armonizzato di norme di conflitto nell'ambito dello scioglimento del vincolo matrimoniale tra coppie definite "internazionali".

Seppur nei limiti che si è tentato di delineare nel presente lavoro, le due normative rappresentano comunque un notevole passo in avanti nella creazione di un sistema uniforme di norme di diritto internazionale privato e processuale in un settore così delicato come quello della separazione e del divorzio.

Alla luce, infatti, delle diversità insite nella disciplina matrimoniale, così come nel diritto di famiglia in generale, tra i vari Stati membri, sia per dare attuazione al principio della libera circolazione sia per evitare problemi derivanti dalla sua applicazione e connessi appunto alla differente normazione, è sorta la necessità di creare un quadro di riferimento chiaro e determinato della materia.

Verosimilmente, soltanto assicurando ai cittadini di nazionalità diversa delle garanzie in ordine alla certezza del diritto, sia processuale che sostanziale, nella creazione dei rapporti personali così come nel loro scioglimento, questi si sentiranno liberi di stabilirsi in altri Stati membri ed ivi fondare le proprie famiglie.

La fonte di tali strumenti normativi va pertanto ricondotta nell'esigenza di garantire il principio della libera circolazione delle persone nonché quello della certezza del diritto.

Come si è rappresentato, l'emanazione del regolamento 1259 del 2010 ha avuto quale obiettivo quello di completare, seppur nel limitato campo di applicazione degli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata, l'opera di unificazione del sistema delle norme di conflitto iniziata con il regolamento 1347/2000 prima e con il regolamento 2201/2003 poi in materia di competenza giurisdizionale e riconoscimento delle decisioni, mediante l'introduzione di una normativa uniforme sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio.

Allo stato attuale, pertanto, la disciplina processuale per lo scioglimento di un matrimonio, caratterizzato da almeno un elemento di estraneità, andrà rinvenuta applicando i criteri di giurisdizione stabiliti nel regolamento del 2003, mentre per

l'individuazione delle norme sostanziali si potrà fare riferimento alla scelta di legge operata dai coniugi o in assenza alle norme del regolamento del 2010, qualora trattasi di Stati appartenenti alla cooperazione rafforzata che ha dato vita alla normativa de qua.

Da tale ultima affermazione emerge chiaramente il principale limite intrinseco del sistema di complementarietà vigente tra i due regolamenti.

L'applicazione congiunta delle disposizioni delle due normative potrà infatti avvenire unicamente nel contesto degli Stati che hanno partecipato alla cooperazione rafforzata, o che successivamente hanno deciso di aderirvi.

Ad oggi pertanto, considerando la recente adesione della Lituania, sono quindici gli Stati dell'Unione europea per i quali vige un sistema armonizzato di norme sulla competenza, sulla legge applicabile, sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni in materia di scioglimento del matrimonio.

Aldilà dell'attuale limite relativo alla ristretta operatività territoriale del regolamento del 2010, va rappresentato che la disciplina dei due strumenti normativi in esame presenta comunque altre tipologie di limiti potenzialmente idonei a inficiarne nel concreto l'applicazione.

Per quanto attiene al regolamento sulla competenza giurisdizionale, tale norma si caratterizza innanzitutto per la creazione nella materia matrimoniale di un sistema giurisdizionale piuttosto rigido, basato da un lato sulla previsione di fori unicamente esclusivi e dall'altro sull'obbligatorietà del controllo d'ufficio da parte del giudice adito, e tale rigidità non ha portato sempre a risultati positivi.

Relativamente ai criteri di collegamento, mediante i quali lo strumento del 2003 attua la ripartizione della competenza, può tuttavia positivamente osservarsi come la normativa abbia assegnato il ruolo principale al criterio della residenza abituale rispetto al criterio della cittadinanza.

Come noto, l'elemento di collegamento rappresentato dalla nazionalità comune dei coniugi mal si concilia con la situazione odierna caratterizzata dalla sempre più frequente mobilità dei cittadini all'interno dell'Unione europea, rischiando di radicare la competenza giurisdizionale nei confronti di Stati con i quali le parti hanno magari ben pochi legami.

Oltre a ciò, il suddetto criterio è per sua natura portatore di difficoltà interpretative, rappresentate da un lato dalla variabilità da Stato a Stato delle condizioni attributive della cittadinanza, e dall'altro dall'ipotesi di possesso di plurime cittadinanze, dove nemmeno la

posizione di uguaglianza tra le stesse imposta dalla Corte di giustizia è servita a risolvere i dubbi applicativi.

Il fatto che il regolamento abbia attribuito predominanza al criterio della residenza abituale è pertanto senza dubbio da guardarsi con favore, alla luce del fatto che, a differenza della cittadinanza, la residenza tendenzialmente muta a seconda degli spostamenti territoriali delle parti, garantendo pertanto quel minimo di flessibilità che è necessaria per far sì che il collegamento sia in linea con la situazione dei coniugi al momento dello scioglimento del matrimonio.

Tuttavia, anche tale criterio di collegamento ha dimostrato dei punti di debolezza.

L'attuazione del criterio della residenza abituale, infatti, ha dato vita a notevoli incertezze di natura giuridica, in ragione del fatto che anche in tale ambito vi sono linee interpretative assai divergenti e che un ampio margine di discrezionalità interpretativa è attribuito ai giudici nazionali degli Stati membri nell'applicazione concreta del suindicato criterio.

Allo stato attuale, pertanto, si può affermare che i pregi della flessibilità di tale criterio vengono offuscati dalla mancanza di un'interpretazione uniforme del concetto di residenza abituale, con l'ulteriore rischio di compromettere gli obiettivi stessi del regolamento 2001 del 2003.

Una delle possibili soluzioni al fine di porre rimedio agli inconvenienti determinati dall'applicazione dei criteri della cittadinanza e della residenza abituale, potrebbe essere quella di introdurre, al pari di quanto avviene all'interno del nostro sistema intenzionalprivatistico in materia di rapporti patrimoniali e non patrimoniali tra coniugi così come nell'ambito della competenza giurisdizionale per i procedimenti interni di separazione e di divorzio, il criterio della prevalente localizzazione matrimoniale.

In altri termini, il collegamento più stretto tra i coniugi ed uno Stato potrebbe essere individuato nel luogo in cui la vita matrimoniale dei coniugi si è prevalentemente realizzata. Tale criterio oltre a essere certamente il più rispondente alla fattispecie disciplinata dal regolamento, posto che si tratta proprio dello scioglimento del legame matrimoniale, sembrerebbe anche essere il più idoneo a garantire sia la flessibilità sia la certezza del diritto.

Per quanto attiene all'operatività congiunta delle due norme del 2003 e del 2010, va evidenziato un ulteriore elemento di distonia, rappresentato dal diverso ambito di applicazione.

Se infatti il regolamento sulla competenza giurisdizionale trova applicazione nelle ipotesi di separazione, di divorzio o di annullamento del matrimonio, la normativa sulla legge applicabile potrà essere invocata unicamente per lo scioglimento del vincolo di coniugio derivante da separazione dei coniugi o da divorzio, non anche quindi per l'annullamento del matrimonio.

La ragione di tale esclusione, come si è avuto modo di osservare, risponde tuttavia all'esigenza di tutela delle peculiarità dei diritti nazionali in detta materia, la quale, essendo fortemente legata alla disciplina della validità dei vincoli matrimoniali, riflette le differenti tradizioni dei vari ordinamenti giuridici.

Per quanto diversamente attiene alla disciplina contenuta nel regolamento 1259, va innanzitutto notata una certa leggerezza nell'indicazione degli aspetti formali relativi all'effettuazione della *professio juris*.

Partendo dalla considerazione circa la portata innovatrice di tale norma, che consente ai coniugi di accordarsi autonomamente sulla legge da applicare per la pronuncia della cessazione del proprio matrimonio, sarebbe stato opportuno prevedere modalità precise e scrupolose per la redazione di un tale accordo.

Oltre alle scarse indicazioni circa la forma scritta, la sottoscrizione e la datazione dell'accordo tra i coniugi, nessuna norma prevede infatti una qualche forma di pubblicità o di assistenza qualificata nella redazione della convenzione, e ciò sarebbe stato preferibile sia nell'ottica di garantire una effettiva informazione di entrambi i soggetti sul contenuto della legge scelta, sia per assicurare la validità formale dell'accordo stipulato.

Vero è che ciascuno Stato partecipante può introdurre requisiti di forma supplementari, che debitamente comunicati alla Commissione, e per il suo tramite resi noti, diventano vincolanti; tuttavia va segnalato che ad oggi poche sono le informazioni sulla fruizione o meno da parte degli Stati di tale possibilità.

Merita farsi cenno alle recenti modifiche normative, di gennaio 2013, operate dal legislatore tedesco per adeguare l'ordinamento interno al regolamento Roma III, mediante le quali sono state introdotte nel sistema di diritto internazionale privato alcune disposizioni mirate ad estendere unilateralmente il campo di applicazione del regolamento 1259 nonché a delineare le modalità di esercizio della *professio juris*.

Per quanto attiene al nostro Paese, può essere utile fare riferimento a due ordinanze del Tribunale di Milano di fine 2012, ove la giurisprudenza di merito, in assenza di interventi

legislativi, ha chiarito i termini processuali entro i quali i coniugi possono dare atto dell'accordo sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio.

Aldilà delle critiche in tema di forma dell'accordo, va sottolineato che il carattere peculiare nonché il pregio di questa nuova norma europea sul diritto applicabile, è rappresentato proprio dal centrale ruolo attribuito all'autonomia della volontà, che trova la sua esplicazione nella designazione della legge applicabile al procedimento di scioglimento del matrimonio.

La *optio iuris* consentita alle parti, tuttavia, non è illimitata, infatti può operare soltanto nei confronti del diritto degli Stati con i quali i coniugi abbiano uno stretto collegamento, con privilegio per la legge del Paese di residenza abituale e di cittadinanza, ed *in extremis* per quella dello Stato adito.

Per quanto la decisione di circoscrivere l'operatività della scelta dei coniugi sia giustificata dalla necessità di impedire l'applicazione di leggi esotiche e che nulla hanno a che vedere con le parti, si può osservare che sarebbe stato forse più opportuno ampliare il novero della scelta anche nei confronti della legge degli Stati in cui solo uno dei coniugi ha la residenza abituale, o a quella dello Stato in cui è stata prevalentemente localizzata la vita matrimoniale.

Tale ultimo criterio di collegamento, come osservato anche in tema di competenza giurisdizionale, avrebbe inoltre avuto il merito di superare le problematiche connesse alle ipotesi di possesso di doppia cittadinanza e quelle, seppure meno frequenti, di plurima residenza, ed inoltre sembrerebbe il più attinente alla materia matrimoniale.

Oltre a ciò, la concessione di un'ampia possibilità di scelta del diritto applicabile avrebbe verosimilmente consentito di superare uno dei principali limiti delle due discipline in esame concernente la frammentazione normativa che sovente si verifica nell'ambito di un procedimento di scioglimento del matrimonio tra i diversi aspetti giuridici che in tale sede possono emergere: basti pensare ai diritti di natura patrimoniale, alimentare o a quelli successori.

Per dare un'idea della parcellizzazione della normativa relativa ad altri aspetti giuridici spesso connessi allo scioglimento di un matrimonio, ma non rientranti negli strumenti analizzati, si consideri che per le ipotesi di questioni attinenti alle obbligazioni alimentari la disciplina andrà rinvenuta nel regolamento 4 del 2009, per gli aspetti successori si applicherà il regolamento 650 del 2012, nonché per tutte le altre questioni prive di

disciplina a livello europeo, come in tema di regimi patrimoniali, bisognerà fare riferimento alle singole normative nazionali di diritto internazionale privato.

La scelta di legge con funzione “unificatrice del diritto” va letta pertanto proprio nell’ottica di evitare gli inconvenienti derivanti dalla frammentazione normativa.

Con riferimento alle limitazioni operate dal regolamento del 2010 in ordine al campo di azione della possibilità di scelta della legge applicabile, va tuttavia segnalato che, verosimilmente, la previsione di un più ampio ventaglio di scelta consentirebbe con più certezza alle parti di poter indicare la medesima legge per la disciplina degli aspetti personali, patrimoniali e successori, intrinsecamente connessi nell’ambito di una pronuncia di separazione personale o di divorzio.

Aldilà della possibilità di utilizzare l’*optio iuris* nei termini di cui si è detto, la creazione di un quadro giuridico più organico tra i vari aspetti connessi allo scioglimento di un matrimonio, pare comunque essere l’unico modo per aumentare la certezza del diritto ed anche per migliorare l’economia dell’intero sistema.

Come evidenziato dalla stessa Commissione, infatti, prevedere che il regime personale e quello patrimoniale e successorio possano essere gestiti insieme consentirebbe anche un notevole risparmio economico in capo alle parti, giacché non sarebbe più necessario instaurare più procedimenti giurisdizionali con il concreto rischio di doverlo fare dinnanzi a giudici di Stati membri differenti e con l’applicazione di leggi diverse per ottenerne la trattazione.

Tuttavia, in assenza e nell’attesa di un tanto, la previsione di norme uniformi di conflitto in tema di diritto applicabile di cui al regolamento 1259, attribuendo predominanza alla scelta della legge regolatrice della crisi matrimoniale operata dagli stessi coniugi, pur con le limitazioni di cui si è detto, dovrebbe essere in grado di garantire i principi di certezza del diritto, di prevedibilità e di flessibilità.

Tale garanzia, come visto, è altresì data dall’applicazione congiunta del regolamento 2201/2003 con quello del 2010, alla luce del fatto che in materia di scioglimento del matrimonio dapprima opererà il regolamento sulla competenza giurisdizionale, stabilendo quale sia il giudice competente per la causa, successivamente, qualora si tratti di uno Stato partecipante alla cooperazione rafforzata, entrerà in azione il regolamento sulla legge applicabile indicando, o *ex professio iuris* o alla luce dell’art. 8, da quale diritto sarà disciplinato il procedimento, ed infine troverà spazio nuovamente il regolamento del 2003

garantendo l'automatico riconoscimento del provvedimento sulla separazione personale e sul divorzio.

Le attuali discussioni in merito alle proposte di regolamento in tema di rapporti patrimoniali tra i coniugi nonché l'approvazione nella scorsa estate del regolamento in materia di diritti successori, denotano che la spinta armonizzatrice proveniente dalle istituzioni dell'Unione europea non è in fase di arresto, ma anzi pare voler investire, auspicabilmente, l'intero settore del diritto di famiglia.

Per quanto, certamente e forse anche comprensibilmente, un diritto di famiglia europeo inteso quale insieme di norme armonizzate sia da un punto di vista processuale che sostanziale, sia impossibile da raggiungere, alla luce dello stretto legame che unisce la materia familiare in senso lato con le tradizioni giuridiche dei singoli Stati membri, è pur vero che i passi sinora compiuti e quelli che sembrano prossimi da percorrere nell'ambito del diritto internazionale privato hanno pacificamente contribuito a creare un'Europa più unita nella quale i cittadini possono vedersi garantiti molti diritti relativi alle proprie relazioni affettive al di là del proprio Stato di appartenenza.

Vero è che, come si è avuto modo di evidenziare, tuttora rimane la discriminazione nei confronti dei soggetti che hanno deciso liberamente di non fondare il proprio rapporto sentimentale sul matrimonio, preferendo dare stabilità alla coppia mediante la registrazione, ove possibile, della propria unione, ed ancora di più quando tali unioni sono costituite da persone dello stesso sesso.

Merita, a tal riguardo, evidenziarsi come la Commissione abbia fatto un notevole passo in avanti nei confronti del riconoscimento di dette unioni, basti pensare all'autonoma proposta di regolamento presentata in tema di rapporti patrimoniali nell'ambito delle unioni registrate. Autonomia che, tuttavia, denota verosimilmente il timore dell'istituzione europea di vedersi bloccata la proposta di regolamento qualora congiuntamente avesse trattato entrambe le tipologie di fonti dei rapporti patrimoniali: matrimoni e *registered partnerships*.

Per quanto invece attiene alla materia, qui trattata, dello scioglimento del vincolo matrimoniale, posto che né il regolamento sulla competenza giurisdizionale né quello sulla legge applicabile paiono applicarsi alle suddette unioni, vi è attualmente ancora un trattamento discriminatorio in tale ambito, il quale nondimeno riflette una discriminazione a livello dei singoli ordinamenti giuridici.

E' da auspicarsi, pertanto, che proprio all'interno di ciascuno Stato membro vengano compiuti dei progressi nei confronti del riconoscimento delle unioni non fondate sul rapporto di coniugio, nonché di quelle tra persone dello stesso sesso.

Con riferimento a questo aspetto, merita osservarsi inoltre come proprio gli Stati abitualmente più aperti nei confronti delle forme meno tradizionali di unioni si sono invece dimostrati più "conservatori" nei confronti delle proprie tradizioni giuridiche, impedendo l'approvazione della proposta di regolamento del 2006 che conteneva la disciplina sul diritto applicabile.

Viceversa, gli Stati che sinora sono stati meno recettivi nei riguardi dei mutamenti sociali in ambito familiare, come ad esempio il nostro Paese, sono stati coloro che hanno dato vita alla cooperazione rafforzata per dotare lo scioglimento del matrimonio anche di una disciplina sulla legge applicabile.

Nulla impedisce però, ed è quello che ci si augura che accada, che le titubanze di quegli Stati vengano meno in seguito ai risultati applicativi del regolamento adottato nell'ambito della cooperazione rafforzata, e che nel giro di poco tempo il numero di Paesi partecipanti aumenti notevolmente.

Parallelamente al progressivo allargamento del raggio di azione del regolamento 1259/2010, si spera altresì che riprendano le discussioni in merito alle modifiche da apportare al regolamento sulla competenza giurisdizionale del 2003, posto che, come visto, tale normativa necessita di alcuni interventi per renderla completamente rispondente alle esigenze e agli obiettivi in materia di separazione personale e di divorzio.

Nell'attesa di un tanto, si può comunque constatare come le normative europee, rappresentate dal regolamento 2201/2003 e dal regolamento 1259/2010, creando un sistema integrato sulla competenza giurisdizionale, sul riconoscimento, e sull'esecuzione delle decisioni matrimoniali nonché sulla legge applicabile ai procedimenti di scioglimento di matrimonio, hanno da un lato costituito una disciplina chiara e sufficientemente completa in materia matrimoniale in ossequio ai principi di certezza, prevedibilità e flessibilità del diritto, e dall'altro hanno altresì contribuito a rendere sempre più agevole la libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, consentendo loro di creare così come di sciogliere legami affettivi caratterizzati dalla transnazionalità.

BIBLIOGRAFIA

ADAM R., *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 481.

ALPA G., *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, 2, p. 439.

ANDRAE M., *On the applicability of the Brussels II Regulation to State measures for the protection of the child*, in *The European Legal Forum*, I, 2008, p. 189.

ANDRINI M.C., *La famiglia nella Comunità europea*, in *Famiglia*, 2004, 3, p.551.

BARATTA R., *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in *Giustizia civile*, 2002, II, p. 445.

BARATTA R., *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, 3, p. 573.

BARIATTI S., *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 261.

BARNARD C., *The PPU: Is it worth the candle? An early assessment*, in *European Law Review*, 2009, 34, p. 281.

BARUFFI M.C., *Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 867.

BASEDOW J., *The comunitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 687.

BERGAMINI E., *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012.

BERGAMINI E., *Evoluzioni del diritto di famiglia dell'Unione europea: il regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 1, p. 181.

BERGAMINI E., *La separazione ed il divorzio nel diritto internazionale privato: competenza e diritto applicabile*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia, a cura di Sesta M. e Arceri A.*, Utet, Torino, 2012, p. 1106.

BERGAMINI E., *La famiglia quale oggetto di tutela nel diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 457.

BERGAMINI E., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare, Diritto internazionale privato e comunitario, Reg. CE n. 2201/2003*, in *Codice della famiglia, a cura di Sesta M.*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 4683.

BERGAMINI E., *Il regolamento n. 2201/2003: quale esempio di armonizzazione nell'Unione europea del diritto internazionale privato in materia di famiglia*, in *Trattato di diritto privato, diretto da Bessone M., Famiglia e matrimonio, a cura di Auletta T.*, I, Giappichelli, Torino, 2010, p. 83.

BERGAMINI E., DEREATTI C., *L'uniformazione (parziale) della legge applicabile nel diritto dell'UE. Dal nuovo Regolamento n. 1259/2010 al Regolamento sulle successioni: il focus sulla volontà delle parti per contenere il forum running*, in *Int'l Lis*, 2011/2012, 1, p. 10.

BELLISARIO E., *"Parental responsibilities": i lavori della Commission on European Family law*, in *Minori giustizia*, 2007, 2, p. 61.

BETLEM G., HONDIUS E., *European Private Law after the Treaty of Amsterdam*, in *Europea Review of Private Law*, 2001, p. 3.

BIAGIONI G., *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori. Commento al Regolamento CE 2201/03*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 991.

BISOGLI G., *Il diritto comunitario e la costruzione di un diritto di famiglia europeo*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo, a cura di Maria Claudia Andrini*, Cedam, Padova, 2007, p. 17.

BOELE WOELKI K., *European Challenges in Contemporary Family Law: some final observations*, in *European Challenges in Contemporary Family Law, Katharina Boele Woelki and Tone Sverdrup (eds)*, Intersentia, 2008, Antwerp, p. 413.

BOELE WOELKI K., *Il metodo di lavoro della Commissione sul diritto europeo di famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo, a cura di Maria Claudia Andrini*, Cedam, Padova, 2007, p. 224.

BONOMI A., *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 875.

BONOMI A., *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà sui genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 298.

CAFARI PANICO R., *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 5.

CALO' E., *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, p. 509.

CALÒ E., *Dalla famiglia di fatto al piccolo matrimonio: un diritto comunitario della famiglia*, in *Contratto e impresa Europa*, 2000, pp. 107.

CAMPEIS G., DE PAULI A., *Sul Regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2008, p. 269.

CARACCILO DI TORELLA E., MASSELOT A., *Under construction: EU family law*, in *European Law Review*, 2004, 29, p. 32.

CARRASCOSA GONZALES J., SEATZU F., *Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de regolamento "Roma III"*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale.*, 3, 2009, p. 567.

CASSANO G., *Potestà dei genitori: proposta CE sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, in *Famiglia e diritto*, 2002, 1, p. 107.

CLERICI R., *Il ruolo dell'autonomia privata tra espansione e limiti di operatività nel Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione legale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 2, p. 351.

CLERICI R., *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 11, p. 1053.

CLERICI R., *Le norme di diritto internazionale privato in materia di famiglia*, in *Trattato di diritto privato, diretto da Bessone M., Famiglia e matrimonio, a cura di Auletta T., Giappichelli, Torino, 2010*, p. 117.

CONTI R., *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 291.

CONTI R., *Il Regolamento CE Bruxelles II in tema di cause matrimoniali*, in *Famiglia e diritto*, 2002, 6, p. 653.

CUBEDDU M.G., *Il diritto della famiglia in Europa*, in *Trattato di diritto privato, diretto da Bessone M., Famiglia e matrimonio, a cura di Auletta T.*, I, 2010, p. 76.

CUBEDDU M.G., HENRICH D., *Due modelli europei di regime patrimoniale dei coniugi*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, 4, p. 563.

D'AVACK L., *Il Regolamento CE 2201/2003 entrato in vigore il 1 marzo 2005*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo, a cura di Maria Claudia Andrini*, Cedam, Padova, 2007, p. 123.

DAVÌ G., *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 1.

DE BOER Th. M., *The second revision of the Brussels II regulation: jurisdiction and applicable law*, in *European Challenges in Contemporary Family Law*, Katharina Boele Woelki and Tone Sverdrup (eds), Intersentia, 2008, Antwerp-Oxford-Portland, p. 321.

DEREATTI C., *La tutela del provvedimento di affidamento nei rapporti internazionali*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di Sesta M. e Arceri A., Utet, Torino, 2012, p. 1080.

DI LIETO A., *Il regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà genitoriale*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2004,1, p. 117.

DI ROSA G., *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 755.

FADIGA L., *Il regolamento (CE) n. 2201/2003 del consiglio dell'Unione europea*, in *I Diritti dell'uomo*, 2004, I, p. 5.

FANTETTI F. R., *Il regime patrimoniale europeo della famiglia*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, 2, p. 140.

FANTETTI F. R., *Codificazione europea per l'unificazione dei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, 4, p. 346.

FIGONE A., *Brevi note sul Regolamento del Consiglio CE n. 1347/2000*, in *Famiglia e diritto*, 2002, p. 101.

FINOCCHIARO A., *Le prospettive europee del diritto di famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di Maria Claudia Andrini, Cedam, Padova, 2007, p. 1.

FRAGOLA M., *Il primo rinvio pregiudiziale "d'urgenza": il caso Rinau*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 4, p. 765.

FRANZINA P., (a cura di) *Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, 6, p. 1435.

FRANZINA P., *Le condizioni di applicabilità del regolamento (CE) n. 44/2001 alla luce del parere 1/03 delle Corti di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, 4, p. 948.

HAUSMANN R., *New International Procedure Law in Matrimonial Matters in the European Union*, in *The European Legal Forum*, 2001/01, 5, p. 271 e p. 345.

HOHNERLEIN E. M., *Profili di un diritto europeo della famiglia e della filiazione - il ruolo della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, in *The European Legal Forum*, 2000, p. 252.

KINDLER P., *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e professio iuris.*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 422.

LEIBLE S., STAUDINGER A., *Article 65 of the EC Treaty in the CE Systems of Competencies*, in *The European Legal Forum*, 2001/01, 4, p. 225.

LIPARI N., *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, 1, p. 1.

LOMBARDINI I., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il Regolamento comunitario n. 2201 del 2003 (Prima parte) e (Seconda Parte)*, in *Studium iuris*, 2005, p. 555; p. 723.

LONG J., *L'impatto del regolamento 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Famiglia*, 2006, 6, p. 1127.

LOPES PEGNA, *Interesse ad agire per l'accertamento dell'efficacia delle sentenze straniere*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, p. 509.

MAGRONE E. M., *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, p. 339.

MALAGOLI E., *Separazione e divorzio: il Regolamento UE 1259/2010 del 20 dicembre 2010, per una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2011, 1, p. 436.

MALATESTA A., *La convenzione e il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 829.

MARINO S., *L'esercizio delle competenze esterne comunitarie e la cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2, 2010, p. 319.

MARINO S., *Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della Corte di giustizia CE*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 2, p. 467.

MELLONE M., *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 685.

MENGOZZI P., *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Famiglia e diritto*, 2004, 6, pp. 643.

MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, Utet, Torino, 2011.

MOSCONI F., *Giurisdizione sul riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 376.

MOSCONI F., *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 545.

NASCIMBENE B., *Le norme di conflitto in tema di separazione e divorzio nel regolamento 1259/2010*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 343.

NASCIMBENE B., *Le norme di conflitto in tema di separazione e divorzio nel Regolamento 1259/2010*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 2, p. 343.

NASCIMBENE B., *Competenza giurisdizionale e legge applicabile in materia matrimoniale: verso un regolamento Roma III?*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2009, p. 529.

NASCIMBENE B., *Revisione del Regolamento Bruxelles II (n. 2201/2003) e libera circolazione delle persone*, in *Int'l Lis*, 2, 2008, p. 57.

ORUCU E., MAIR J., *Catering for diverse cultures through harmonized norms, in Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Parental Responsibilities*, Jane Mair and Esin Orucu (eds), Intersentia, 2010, Antwerp, p. 3.

OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazione e divorzi transnazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, 1, p. 113.

PACIA R., *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2009, p. 227.

PATTI S., *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, p. 163.

PATTI S., *Note sulla formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di Maria Claudia Andrini, Cedam, Padova, 2007, p. 159.

PATTI S., *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 3, 2006, p. 529.

PATTI S., *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in *Familia*, 2005, p. 337.

PICONE, *Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 7.

QUEIROLO I., *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra regolamento 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria*, in *I quaderni europei*, 15, 2009.

QUEIROLO I., *Comunità europea e diritto di famiglia: i primi interventi <diretti> in tema di separazione e divorzio*, in *Famiglia*, 2002, I, p. 449.

QUEIROLO I., CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel Regolamento <Roma III>*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, 1, p. 59.

RAUSCHER T., *Parental responsibility cases under the new Council Regulation "Bruxelles IIA"*, in *Eu.L.F.*, 2005, I, p. 37.

REVILLARD M., *Pratique du droit international privé de la famille en Italie et en France: perspectives de communautarisation*, in *Liber Fausto Pocar, Venturini G., Bariatti S. (a cura di), Giuffè, Milano, 2009*, p. 849.

RICCI C., *I fori residuali nella cause matrimoniali dopo la sentenza Lopez*, in *Liber Fausto Pocar, Venturini G., Bariatti S. (a cura di), Giuffè, Milano, 2009*, p. 875.

RIMINI C., *La responsabilità genitoriale nel regolamento comunitario n. 2201/2003*, *Atti del Convegno organizzato dal CSM "La Filiazione: realtà, principi e regole in evoluzione"*, Roma, 7-8 Febbraio 2008.

ROSSI L. S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla <comunitarizzazione> alla <costituzionalizzazione>*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 63.

ROSSOLILLO G., *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2010, p. 733.

RUSCELLO F., *La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Famiglia*, 2001, 3, pp. 697.

SALERNO F., *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Diritto dell'Unione europea, Parte Speciale, a cura di Strozzi G.*, Giappichelli, Torino, 2010.

SCHULZ A., *The state of development of uniform law in the field of European and international family and child law*, in *The European Legal Forum*, 2007, 6, p. 278.

STADLER, *From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European Law of Civil Procedure*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1637.

STAUDINGER A., *From international conventions to the Treaty of Amsterdam and beyond: What has changed in judicial cooperation in civil matters?*, in *The European Legal Forum*, 2007, 6, p. 257.

STAUDINGER A., LEIBLE S., *Article 65 of the EC Treaty in the EC System of Competencies*, in *The European Legal Forum*, 2000/2001, 4, p. 225.

TOMASI L., *Doppia cittadinanza e giurisdizione in material matrimoniale nel Reg. n. 2201/2003 (Bruxelles II bis)*, in *Int'l Lis*, 2008, 3-4, p. 132.

TONOLO S., *Il libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2005, p. 767.

TONOLO S., *Le nuove fonti comunitarie del diritto internazionale privato e processuale*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 1048.

TORTORICI F., *The choice of law rule on the legal effects of marriage in Italian private international law*, in *The European Legal Forum*, 2003, I, 5-6, p. 5.

TREZZA M., *Il progetto «Roma III»: verso uno strumento comunitario in materia di divorzio*, in *Familia*, 2001, 1, pp. 221.

UCCELLA F., *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari: il regolamento n. 1347 del 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 *Giustizia civile*, 2001, 7-8, pp. 331.

URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva "europea"*, in *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*, a cura di Francesca Brunetta D'Usseaux, Cedam, Padova, 2005, p. 516.

VILLATA F., *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 737.

VELLETTI M., CALO' E., *La disciplina europea del divorzio*, in *Corriere Giuridico*, 2011, p. 715.

ZANOBETTI A., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta M., Giuffrè, Milano, 2007, p. 3920.

ZANOBETTI A., *Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, p. 250.