

Approcci sul diritto di famiglia nell'ambito comunitario ed internazionale

di D. Liakopoulos

È ovvio che la legge n. 218/95 ha riformato il sistema italiano di diritto internazionale privato¹ in tutti gli atti della giurisdizione, alle norme di diritto applicabile e a quelle che disciplinano l'efficacia in Italia delle sentenze e degli atti stranieri. Le ragioni che hanno mosso il legislatore a riformare la materia sono state molteplici e determinate da esigenze di carattere pratico che permettessero un migliore funzionamento del sistema: esigenze di armonia internazionale delle soluzioni, influenza delle Convenzioni internazionali e del diritto comunitario privato².

L'intento del legislatore del 1995 di realizzare una legge che tendesse al raggiungimento di un risultato finale di giustizia materiale, non è un unicum, ma si inquadra in un disegno generale che abbraccia l'intero sistema di diritto internazionale privato. Nella legge, accanto alle disposizioni improntate al metodo classico di conflitto, basato sulla localizzazione spaziale della fattispecie, vi sono anche le disposizioni improntate al metodo di riferimento all'ordinamento competente, al metodo del "jurisdictional approach"³ e al metodo delle considerazioni materiali. Proprio a tale metodo, il legislatore ricorre per raggiungere gli obiettivi di giustizia materiale. Come ha osservato Quadri: "il sistema di diritto internazionale privato di ogni Stato non è che il riflesso dello spirito che anima il sistema materiale". Il metodo delle considerazioni materiali si innesta sul metodo tradizionale della localizzazione (in senso giuridico) del rapporto, basato sull'idea della preferenza dell'ordinamento con cui il rapporto presenta il collegamento più stretto. Espressione di tale orientamento sono gli articoli 33⁴, 34⁵ e 35⁶ della L. 218/95 in materia di filiazione, nei quali il legislatore tende a realizzare i principi del favor filiationis e del favor filii e la disciplina in materia di forma degli atti che è orientata verso il raggiungimento del favor validitatis. Tra le questioni di diritto materiale per le quali la disciplina più favorevole dettata dalla legge nazionale di uno dei genitori può prevalere⁷ abbiamo gli elementi costitutivi dello stato di figlio legittimo che si distinguono in certi ed incerti. Gli elementi incerti rientrano nel campo di applicazione dell'art. 3⁸, secondo comma, mentre qualche incertezza sussiste per gli elementi certi. Appartiene sicuramente alla legge regolatrice della validità formale e materiale del matrimonio⁹ rispondere al quesito circa l'esistenza di un valido matrimonio¹⁰. Se la filiazione legittima¹¹ è affermata sulla base della legge nazionale del figlio

¹ BROGGINI, La nouvelle loi italienne de droit international privé, in *Revue suisse de droit international européenne*, 1996, pp. 2 ss.

² HERDEGEN, *Europarecht*, V.C.H. Beck, 2007. SCHWARZE, *EU-Kommentar, Nomos*, V.C.H. Beck, 2008.

³ QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969. AGO, *Studi di diritto internazionale privato*, Cedam, 1932, pp. 82 ss. QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, e in *Scritti giuridici*, Giuffrè, 1988, pp. 66 ss. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Cedam, 1980, pp. 58 ss. CANSACCHI, *Nozioni di diritto processuale civile internazionale*, Giappichelli, 1970, pp. 48 ss. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Cedam, 1997, pp. 158 ss. LUZZATTO, *Giurisdizione e competenza nel sistema della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Jus*, 1990, pp. 10 ss. BROGGINI, *La nouvelle loi italienne de droit international privé*, in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1996, pp. 8 ss. CHESHIRE, NORTH, FAWCETT, *Private international law*, Oxford University press, 2008.

⁴ L'art. citato recita: "1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita. 2. È legittimo il figlio considerato tale dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio. 3. La legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio. Lo stato di figlio legittimo, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge".

⁵ L'art. citato recita: "1. La legittimazione per susseguente matrimonio è regolata dalla legge nazionale del figlio nel momento in cui essa avviene o dalla legge nazionale di uno dei genitori nel medesimo momento. 2. Negli altri casi, la legittimazione è regolata dalla legge dello stato di cui è cittadino, al momento della domanda, il genitore nei cui confronti il figlio viene legittimato. Per la legittimazione destinata ad avere effetto dopo la morte del genitore legittimante, si tiene conto della sua cittadinanza al momento della morte".

⁶ L'art. citato recita: "1. Le condizioni per il riconoscimento del figlio naturale sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita o, se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene. 2. La capacità del genitore di fare il riconoscimento è regolata dalla legge nazionale. 3. La forma del riconoscimento è regolata dalla legge dello Stato in cui esso è fatto o da quella che ne disciplina la sostanza".

⁷ BREGANTE, *Dovere e diritti dei genitori*, Cedam, 2005.

⁸ L'art. citato riferisce: "(...) 2. La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968 resi esecutivi con la legge 21 giugno 1971, n. 804 e successive modificazioni in vigore per l'Italia, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione. Rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio".

⁹ FREEMAN, *Understanding family law. Understanding law series*, ed. Sweet and Maxwell's, 2009.

¹⁰ Cfr. la norma di conflitto dell'art. 28 della legge 218/1995 che stabilisce un concorso alternativo di criteri di collegamento ispirato al favor validitatis, considerando competenti sia la legge del luogo di celebrazione del matrimonio (lex celebrationis) che la legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento del matrimonio ovvero la legge dello Stato di comun residenza in tale momento. Non dimentichiamo anche gli art. 115 e 116 del codice civile che disciplina il matrimonio del cittadino all'estero e d il rispetto delle forme stabilite dalla lex loci celebrationis, imponendo però l'osservanza delle condizioni previste dalla legge italiana. Cfr. Corte di cassazione, sentenza del 13 aprile 2001, n. 5537; il decreto del Tribunale di Torino del 24 febbraio 1992, il decreto del Tribunale di Barcellona del 9 marzo 1995. dall'ambito comunitario, cfr. il

è questa la legge che regola la contestazione della legittimità. Se invece lo status legitimitatis risulta dall'applicazione della legge nazionale di uno dei genitori, esso può essere contestato soltanto alla stregua di tale ordinamento.

Lo spazio coperto in maniera assoluta o tendenzialmente assoluta dall'ordinamento interno può essere individuato con riferimento a quelle discipline che esprimono o si ispirano a principi e a valori ritenuti universali o di importanza primaria, come per esempio il godimento di diritti fondamentali come quello di contrarre matrimonio da parte di individui adulti di sesso diverso dove non sussistano impedimenti che l'ordinamento interno consideri insuperabili, ossia precedente vincolo, parentela¹². In tali casi i principi dell'ordinamento perché esprimono valori fondamentali e assoluti si applicano a tutti senza distinzione tra cittadini e stranieri. Il rifiuto dell'autorità straniera di rilasciare a una propria cittadina che intende contrarre matrimonio in Italia il nulla osta richiesto dal nostro art. 116 del c.c.¹³. Può portare il Tribunale a ordinare ugualmente la celebrazione del matrimonio se tale rifiuto risultasse basato su motivi politici o religiosi.

La legge italiana di riforma del 1995 sembra propendere ad una strada che ha cercato di stabilire la competenza nazionale dell'interessato per la disciplina della capacità giuridica e che la validità dei principi interni venga riaffermata e i contenuti dalle normative straniere dovessero risultare inaccettabili. Situazione che contrasta i principi dell'art. 16 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966 che afferma: "ogni individuo ha diritto al riconoscimento in qualsiasi luogo della sua personalità giuridica". È più lineare la soluzione codificata della Svizzera del diritto internazionale privato, la quale dispone che: "la capacità giuridica è regolata dal diritto svizzero"¹⁴ secondo l'art. 34, rimettendo alla legge del domicilio i tradizionali criteri di collegamento seguiti in quell'ordinamento per

Regolamento CE 2201/2003 che disciplina il riconoscimento dei provvedimenti in tema di invalidità del matrimonio, il d.p.r. 396/2000 relativamente al nuovo ordinamento dello stato civile che prevede la tradizione nei registri dello stato civile italiani dell'atto di matrimonio del cittadino celebrato all'estero, l'art. 396/2000, il quale sancisce l'intrascrivibilità degli atti dello stato civile formati all'estero contrari all'ordine pubblico. Si tratta di un limite che come la trascrizione dell'atto nei pubblici registri deve essere valutato con maggior rigore rispetto a quando accade in sede di semplice riconoscimento dello status familiare. Ex pluribus la sentenza della Corte di cassazione del 24 marzo 1981, n. 1717 che per prima volta è stato riconosciuto lo stato libero che può derivare anche da una sentenza straniera di scioglimento o annullamento del matrimonio. Si riteneva comprensiva l'autorità dell'ordinamento della lex causae, senza necessità di delibazione, ossia riconoscimento internazionalprivatistico. Si tratta di orientamento basato sull'esigenza pratica di evitare il ricorso alla procedura di delibazione per il semplice accertamento di uno stato personale, destava però perplessità dal punto di vista dei principi generali, in quanto finiva per esonerare determinati tipi di sentenze dal rispetto dei requisiti per il riconoscimento. È anche vero che un giusto equilibrio è stato raggiunto con l'introduzione dell'art. 65 della legge 218/1995 il qual in alternativa al sistema generale di riconoscimento delle sentenze straniere delineato dall'art. 64 della legge 218/1995 prevedeva una forma di riconoscimento semplificata per i provvedimenti relativi alla capacità, ai diritti e alla personalità e all'esistenza di rapporti di famiglia, subordinando il riconoscimento all'accertamento che la sentenza sia stata emessa dall'autorità la cui legge è applicabile, nel rispetto dei diritti della difesa, nonché dell'ordine pubblico. Dal punto di vista dell'ordinamento del foro alcune sottocategorie di situazioni giuridiche saranno create nel foro tramite l'applicazione della lex fori laddove altre sotto categorie saranno solo riconosciute essendo poste in essere nell'ambito di ordinamenti stranieri, completando istituzionalmente le ipotesi di regolamentazione diretta del foro e determinando la disciplina complessiva delle situazioni giuridiche in causa.

¹¹ ROSSI, Famiglia e persone. Aggiornamento, volume III, Filiazione legittima e naturale, potestà naturale, affido condiviso, adozioni, ed. Cedam, 2008.

¹² BADIALI, voce: Matrimonio (diritto internazionale privato e processuale), in Enciclopedia giuridica, 1990. BARATTA, Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2005, pp. 574 ss. BIAGIONI, Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori, in Rivista di diritto internazionale, 2004, pp. 992 ss. BONOMI, Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori, in Rivista di diritto internazionale, 2001, pp. 300 ss. CAMPIGLIO, MOSCONI, voce: Diritto di famiglia nel diritto internazionale privato e processuale, Digesto civile, Aggiornamento, Giappichelli, 2000, pp. 310 ss. CARELLA, voce: Rapporti di famiglia (diritto internazionale privato), in Enciclopedia del diritto. Aggiornamento, 2001, pp. 896 ss. CONETTI, I rapporti di famiglia nella riforma del diritto internazionale privato processuale, in Diritto famiglia, 1995, pp. 314 ss. PICONE, Modalità di designazione delle legge applicabile nel diritto internazionale privato della famiglia, in Picone, Studi di diritto internazionale privato, Napoli, 2003, pp. 676 ss. VITTA, voce: Diritto di famiglia nel diritto internazionale privato e processuale, in Digesto civile, Giappichelli, 1990, pp. 198 ss.

¹³ L'art. 116 recita: "Lo straniero che vuole contrarre matrimonio nella Repubblica deve presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del proprio paese, dalla quale risulti che giusta le leggi a cui è sottoposto nulla osta al matrimonio. Anche lo straniero è tuttavia soggetto alle disposizioni contenute negli art. 85, 86, 87, numeri 1, 2 e 4, 88 e 89. Lo straniero che ha domicilio o residenza nella Repubblica deve inoltre far fare la pubblicazione secondo le disposizioni di questo codice". Cfr. dalla Corte costituzionale la sentenza 30 gennaio 2003, n. 14 relativamente all'infondata manifestazione in riferimento all'art. 2, cost., comma 1 del cc. Nella parte in cui non provvederebbe che lo straniero possa provare con ogni mezzo la ricorrenza delle condizioni per contrarre matrimonio secondo le leggi del proprio paese ad eccezione, eventualmente di quelle che contrastano con l'ordine pubblico. Secondo la sentenza del Tribunale di Modena del 26 febbraio 2007: "(...) ove lo straniero residente in Italia non presenti una dichiarazione dell'autorità straniera di nulla-osta, quando la mancanza di impedimenti risulti da altri documenti, poiché l'immotivato silenzio non può essere equiparato a un provvedimento di diniego legittimo può autorizzarsi la pubblicazione di carenza del nulla-osta di cui all'art. 116 c.c., risultando in tal caso il divieto immotivato come contrario all'ordine pubblico italiano (...)". Secondo anche una vecchia sentenza della Cassazione del 6 marzo 1979, n. 1403: "(...) il principio generale secondo cui lo stato è la capacità delle persone e i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge dello stato al quale esse appartengono, deve trovare applicazione ogni qualvolta non sia chiaramente ravvisabile una diversa norma regolatrice (...)".

¹⁴ POCAR, La nuova legge svizzera sul diritto internazionale privato, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1989, pp. 5 ss. WENGLER, Les principes de droit international privé, in Revue critique de droit international privé, 1952, pp. 38 ss. LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé, in Recueil des cours, 1977, pp. 352 ss.

queste materie, la valutazione della capacità di agire, secondo l'art. 35 e via dicendo¹⁵. Il criterio di collegamento può essere fisso o variabile come la cittadinanza. È opinione indiscussa che trattandosi dell'interpretazione di norme italiane, ogni questione debba essere risolta esclusivamente in base alla *lex fori*. Dovrebbero quindi determinarsi in base ai principi ed alle norme italiane il luogo dove si è verificato l'evento da cui ha avuto origine l'obbligazione *ex delicto*, lo Stato in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata, il luogo di manifestazione di una promessa unilaterale, ecc. Si distinguono anche criteri di collegamento di fatto e criteri giuridici, a seconda che attengano ad elementi esistenti in *rerum natura* riscontrabili mediante i dati dell'esperienza sensibile, ovvero siano espressi mediante e concetti giuridici apprezzabili solo alla stregua di un determinato parametro valutativo. Si tratta di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno. Vale così la regola seguente che la circostanza che rivela l'estraneità della fattispecie all'ordinamento italiano è la stessa utilizzata in astratto come criterio di collegamento si applica la legge straniera designata attraverso il criterio di collegamento e quando invece nel caso concreto l'elemento di estraneità della fattispecie è costituito da una circostanza diversa da quella utilizzata dalla norma di conflitto come criterio di collegamento¹⁶, ciò significa che il criterio di collegamento designa la legge italiana. Si apre così un concorso alternativo quando la scelta va effettuata in relazione al risultato avuto di mira dal legislatore, come per esempio le norme di conflitto prevedono una pluralità di criteri ispirati al "favor validitatis" dell'atto i quali funzionano in modo tale che sia sufficiente una sola legge, tra quelle designate dai vari criteri di collegamento, per considerare l'atto valido e affermarne la validità, mentre è necessario che tutte lo ritengano invalido per dichiararne l'invalidità. Invece, si tratta per concorso successivo quando esiste una graduatoria dei vari criteri di collegamento per cui vi sono criteri da utilizzare in prima battuta e altri destinati a subentrare se i primi non sono in grado di funzionare nel caso concreto¹⁷.

In finis, il diritto straniero non avviene per virtù dell'applicazione di un'esigenza generalmente avvertita o dalla forza giurisprudenziale di un Tribunale interno ma per volontà dell'ordinamento interno, il cui atteggiamento di apertura o di chiusura verso i dati normativi e i valori giuridici stranieri si realizza in forme diverse, rimanendo insindacabile da parte del diritto internazionale, salvo quanto costituisce oggetto di specifici obblighi convenzionali e/o comunitari.

In realtà il diritto di famiglia non aveva mai formato oggetto di una specifica competenza legislativa anche se la fattispecie è stata presa in considerazione da alcuni atti rientranti nell'ambito di competenza di talune politiche comunitarie. In primis, l'argomento famiglia è stato accettato per prima volta tramite la Risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 9 giugno 1983 relativamente alla famiglia nella CEE. Già l'art. 220 del Trattato di Roma prevedeva la stipulazione di convenzioni di diritto internazionale privato tra Stati membri. Lo stesso articolo (adesso 293 CE) recitava: "Gli Stati membri avvieranno tra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a dovere dei loro cittadini: a) la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini; b) l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità; c) il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese all'altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse; d) la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali". Poi lo stesso Parlamento europeo *ex novo*

¹⁵ PIETROBON, Il diritto della civiltà internazionale. Testi e documenti raccolti da A. Miele, Giappichelli, 1995. MORELLI, Elementi di diritto internazionale privato, Napoli, 1986, pp. 92 ss. BADIALI, Personalità e capacità nel diritto internazionale privato. Scritti degli allievi in memoria di G. Barile, Cedam, 1995, pp. 1 ss. ANZILOTTI, Corsi di diritto internazionale privato e processuale, Cedam, 1996, pp. 172, che l'autore sostiene: "(...) non sarebbe concepibile che uno Stato non tenesse conto altro che della propria legge, e i rapporti tutti giudicasse alla stregua di questa, senza preoccuparsi affatto dei vincoli che li legano alle leggi straniere. Un tale contegno sarebbe dagli altri Stati considerato come incompatibile coi doveri imposti dal diritto internazionale (...)". QUADRI, Ancora sulla competenza giurisdizionale dei giudici italiani, in Rivista di diritto internazionale, 1942 e aggiornato e ripubblicato in Scritti giuridici, Giuffrè, 1988, pp. 326 ss. Secondo Quadri: "(...) la verità è che ogni sistema di nome è emanato in vista delle caratteristiche di una determinata cerchia di fattispecie, per cui compito dell'interprete, in mancanza di una soluzione espressa del problema dell'efficacia delle norme è quello di rintracciare i criteri che permettono di individuare le fattispecie tenute presenti dal legislatore (...)".

¹⁶ Cfr. sull'argomento dalla Corte di Cassazione la sentenza n. 18613 del 07.07.2008: "(...) l'acquiescenza della G. alla statuizione della Corte d'appello sull'accertamento della cittadinanza italiana di lei, stante l'irrelevanza delle contestazioni proposte solo in sede di udienza di discussione orale su tale punto fondamentale per la decisione, comporta l'assenza di qualsiasi rilievo nel caso della legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata, non essendosi dedotto da nessuna delle parti tempestivamente che nella presente controversia, il G.F. e la G. abbiano diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni. Pertanto, nella fattispecie i rapporti nascenti dalla separazione personale delle parti, entrambe, con cittadinanza italiana non andavano regolati in base alla legge dello Stato in cui essere avevano vissuto per un tempo maggiore durante il loro matrimonio, cioè con il criterio della c.d. localizzazione prevalente della vita matrimoniale, essendovi una legge comune ad entrambe le parti e quindi non vi è stata la violazione di legge denunciata con il primo motivo né assume rilievo alcuno la pretesa insufficiente motivazione sui presupposti di fatto di detta localizzazione, di cui al secondo motivo del ricorso principale (...)".

¹⁷ POILLOT, PERUZZETTO, MARMISSE, Le droit international privé communautaire de la famille, in Revue affaires européennes, 2002, pp. 460 ss. SALERNO, I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale, in Rivista di diritto internazionale privato processuale, 2007, pp. 64 ss.

si era interessato dalla situazione delle madri sole e delle famiglie monoparentali con la Risoluzione del 18 settembre 1998, invitando gli Stati a rivedere le loro politiche in materia di protezione di tali realtà familiari¹⁸. Un'altra importante Risoluzione era stata quella dell'8 febbraio 1994 relativamente alla protezione delle famiglie e dei nuclei familiari a conclusione dell'anno internazionale della famiglia. Manifestazione dell'interesse dell'UE in merito alla famiglia è stata con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali, avvenuta a Nizza il 7 dicembre 2000 con la quale è stata riconosciuta la rilevanza della famiglia come formazione sociale primaria¹⁹. La Carta nell'art. 33 garantisce come principio fondamentale la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale²⁰. Rectius, è stato notato: "1. È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. 2. Al fine di potrà conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto ad un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio". Si tratta di una conferma ed una garanzia generale e solida della tutela della famiglia che è stata affermata da alte fonti, come per esempio la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (art. 16), dal Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici (art. 23), e dalla CEDU (artt. 8 e 12). La norma ricorda i contenuti dell'art. 16 della Carta sociale europea (art. 1) del 18 ottobre 1961 in cui era precisato che: "la famiglia, in quanto cellula fondamentale della società, ha diritto ad una protezione sociale, giuridica, economica adeguata per assicurare il suo pieno sviluppo". Nello stesso spirito ricordiamo la Risoluzione del 16 marzo 2000 sul rispetto dei diritti umani nell'UE che recita: "(...) di garantire alle famiglie monoparentali alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali (...) agli Stati che non vi abbiano già provveduto di modificare la propria legislazione al fine di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso (...)” e il libro bianco della Commissione del 2001 intitolato un nuovo impulso per la gioventù europea precisa che si intende: "(...) far progredire le legislazioni nazionali a favore degli omosessuali, includendo il diritto al matrimonio e all'adozione alla stessa stregua dei diritti di cui godono le coppie eterosessuali (...)”²¹. La Corte di giustizia ha accolto la materia civile e commerciale tramite il parere n. 1/03 relativamente all'applicabilità agli strumenti internazionalprivatistici comunitari anche a fattispecie non nettamente intracomunitarie ma basandosi su titoli di giurisdizione residuali determinando la competenza esclusiva della Comunità a concludere accordi come abbiamo predetto con Stati terzi e specialmente riferiamo anche la convenzione di Lugano con i paesi dell'area EFTA. In particolare la Corte secondo il parere appena citata nel punto 122 ha statuito le competenze esterne della Comunità come competenze esclusive e in quanto non incompatibili con gli accordi di diritto internazionale e/o incompatibili con l'unicità del mercato comune e con l'applicazione uniforme del diritto comunitario²². La stessa Corte di giustizia ha continuato nella sentenza *Georgios Orefanopoulos e altri e Raffaele*

¹⁸ C.U.C.E. n. C 184 del 12 ottobre 1998 e cfr. anche la Risoluzione dell'8 luglio 1986 sulle famiglie monoparentali in G.U.C.E. n. C 227 dell'8 settembre 1986. cfr. NAPOLITANO, Sciogliere l'antico nodo i contrastanti visioni del progetto europeo. Far emergere una nuova volontà politica comune, in *Foro italiano*, 2008, pp. 10 ss.

¹⁹ DI TURI, La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della carta di Nizza, in *Diritto dell'Unione europea*, 2002, pp. 672 ss. JACQUÉ, *Charte des droits fondamentaux et droit à un recours effectif. Dialogue entre le juge et le «constituant»*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2002, pp. 2 ss. NASCIMBENE, Quale strumento giuridico per la carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 670 ss. ROSSI, *Constitutionnalisation de l'Unione européenne et les droits fondamentaux*, in *Rèvue trimestrielle de droit européen*, 2002, pp. 44 ss. ADAM, *Da Colonia a Nizza: La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto dell'unione europea*, 2000, pp. 890 ss. POCAR, *Commentario breve ai trattati della comunità e dell'unione europea*, ed. Cedam, 2001, pp. 1182 ss. PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, ed. Giuffrè, 2002.

²⁰ BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, ultima edizione, pp. 238 ss. FERRANDO, *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Politica del diritto*, 2003, pp. 348 ss. ANDRINI, *La famiglia nella costituzione europea*, in *Famiglia*, 2004, pp. 552 ss. MCGLYNN, *Families and the European Union charter of fundamental rights: progressive change or entrenching the status quo?*, in *European law review*, 2001, pp. 584 ss. JAYME, *Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 296 ss. JAYME, *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, in *Recueil des cours*, 2000, pp. 24 ss. PALAO MORENO, *La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto e sy identidad cultural*, in *Actualidad civil*, 2001, pp. 530 ss.

²¹ MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 312 ss.

²² Al contrario il Consiglio non ha riferito espressamente il parere n. 1/03 della Corte ma ha fatto riferimento alla giurisprudenza precedente sottolineando tramite la decisione sull'adesione della Comunità alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato n. 2006/719/CE del 5 ottobre 2007 che: "(...) la Comunità ha facoltà di stipulare accordi internazionali in tutti i casi in cui i poteri inerenti alla competenza interna siano stati già esercitati al fine di adottare provvedimenti destinati all'attuazione delle politiche comuni (...) la competenza esterna della Comunità è esclusiva nella misura in cui l'accordo internazionale incide su norme interne comuni o ne altera la portata e che un accordo internazionale può essere in tutto o soltanto in parte di competenza

Olivieri c. Land Baden-Württemberg del 29 aprile 2004 e ha riferito: “(...) la tutela della vita familiare dei cittadini comunitari al fine di eliminare gli ostacoli all’esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. In particolare, è pacifico che l’esclusione di una persona da un paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un’ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare come previsto dall’art. 8, n. 1 della Convenzione, il quale fa parte dei diritti fondamentali che secondo la giurisprudenza costante della Corte, sono tutelati nell’ordinamento giuridico comunitario (...)”²³. Quindi l’impossibilità di “unificazione” di uno status familiare solido e permanente determina un ostacolo alla libertà di circolazione sia ove il cittadino comunitario debba sentire non tutelato e indebolito da diritti e prerogative riconosciutigli in materia di diritto di famiglia dal diritto interno e dallo Stato di origine sia nel caso in cui tale status sia rilevante come presupposto attributivo di diritti soggettivi di origini comunitaria²⁴.

La conciliazione della vita familiare trova una ad hoc attenzione nella Carta che non è nuova nelle pronunce giurisprudenziali e nelle fonti comunitarie, in particolare quelle alla tutela della donna lavoratrice e in quelle che garantiscono la parità di trattamento tra i sessi²⁵. Il Trattato di modifica di Lisbona all’art. 6, par. 2²⁶, prevede l’adesione dell’Unione alla CEDU e stabilisce che: “(...) i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali e che i diritti e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni (...)”²⁷. Inoltre l’art. 52 dell’appena citato titolo VII precisa che: “(...) laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione”²⁸.

È pacifico che le norme nazionali non possono restringere l’esercizio delle libertà di circolazione e salvo che non ricorrano specifiche condizioni e precisate dalla Corte di giustizia²⁹. In specie, tali norme nazionali: a) devono essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale; b) devono essere applicate in modo non discriminatorio e c)

esclusiva della Comunità (...)”. Cfr. anche la sentenza Owusu, causa C-281/02 del 1° marzo 2005, pubblicata anche sulla Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2005, pp. 500 ss.

²³ Cause riunite: C-482/01 e C-493/91, in Raccolta, 2004, I-5257.

²⁴ BALLARINO, MARI, Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea, in Rivista di diritto internazionale, 2006, pp. 8 ss. JESSURUN D’OLIVEIRA, The EU and a metamorphosis of private international law, in Fawcett, Reform and development of private International law. Essays in honour of Sir Peter North, Oxford, Oxford University press, 2002, pp. 112 ss.

²⁵ Cfr. la direttiva 92/85/CE del 19 ottobre 1992 e la direttiva 96/334/CE del 3 giugno 1996.

²⁶ BILANCIA, D’AMICO, La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona, ed. Giuffrè, 2009. In particolare confronta la relazione finale del Gruppo II intitolato: “Integrazione della carta/adesione alla CEDU”, ha sottolineato che essa avrebbe un duplice effetto. In primis, garantirebbe ai cittadini dell’Unione: “un grado di protezione analogo a quello di cui beneficiano già nei singoli Stati membri”. Tutti i paesi che fanno parte dell’Unione sono anche parti contraenti della Convenzione e sono soggetti alla giurisdizione della Corte di Strasburgo. Non valga però la stessa cosa per le Istituzioni nei confronti delle quali può intervenire al fine di assicurare il rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU, esclusivamente la Corte di giustizia. L’adesione quindi eliminerà tale discrasia contribuendo a equiparare il livello di protezione che i singoli godono nei confronti dello Stato in cui si trovano a quello previsto nei riguardi delle Istituzioni europee. Dall’altra parte l’adesione assicurerebbe uno: “sviluppo armonioso della giurisprudenza delle due Corti europee” in tema di diritti umani garantiti dalla CEDU eliminando i contrasti giurisprudenziali ad oggi ipotizzabili. Non dimentichiamo che l’adesione alla Convenzione comporterà la soggezione dell’ordinamento dell’Unione europea ad un sistema di controllo esterno qual è quello delineato dalla CEDU al cui vertice si trova la Corte europea dei diritti dell’uomo. In realtà la CEDU non diventerà un giudice di istanza superiore rispetto alla Corte di giustizia che continuerà ad essere l’organo giurisdizionale di vertice dell’ordinamento europeo. Di conseguenza l’Unione e soprattutto la Corte di giustizia avrà sempre la possibilità di porre rimedio alla violazione contestata, restando analogamente a quanto avviene per i singoli Stati, solo sussidiario l’intervento della Corte di Strasburgo.

²⁷ GABRIELE, Europa: la “costituzione” abbandonata, ed. Cacucci, 2008. ALBINO, La progressiva costituzionalizzazione dell’Unione europea. Percorsi e processi tra ipotesi costituenti e consolidamenti normativi, Giappichelli, 2005. AMATO, voce: Costituzione europea, in Dizionario di diritto pubblico, Giuffrè, 2006. AZZARITI, Il trattato costituzionale: un corpo senz’anima, in Quaderni costituzionali, 2005, pp. 414 ss. BIN, Che cos’è la costituzione?, in Quaderni costituzionali, 2007, pp. 12 ss. BRONZINI, Il rilievo della carta di Nizza nella crisi del processo costituzionale europeo, in Democrazia e diritto, 2006, pp. 196 ss. CARTABIA, L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea, in Cartabia (a cura di), I diritti in azione, Il Mulino, 2007, pp. 164 ss. DANIELE, Costituzione europea e riforma istituzionale dell’Unione, in Il Diritto dell’Unione europea, 2006, pp. 2 ss. DI GREGORIO, La ratifica della Costituzione europea tra “vecchia” e “nuova” Europa, in Diritto pubblico comparato europeo, 2005, pp. 1598 ss. GAMBINO, La Carta e le Corti (contro limiti) e “protezione equivalente”, in Politica del diritto, 2006, pp. 412 ss. GUARINO, Ratificare Lisbona?, Passigli editore, Firenze, 2008. NASCIMBENRE, LANG, Il Trattato di Lisbona. L’Unione europea a una svolta?, in Il Corriere giuridico, 2007. POIARES MADURO, Costituzionalismo e Costituzione nell’Unione, in Tufano (a cura di), La crisi dell’Unione europea, ed. Editoriale scientifica, Napoli, 2007, pp. 12 ss. POMBENI (a cura di), L’Europa di carta. Stampa e opinione pubblica in Europa nel 2007, ed. Il Mulino, 2008, pp. 22 ss. ROSSI, Supremazie incrociate. Trattato costituzionale europeo e costituzioni nazionali, in La dimensione internazionale ed europea del diritto nell’esperienza della Corte costituzionale, ed. Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 380 ss. TRIGGIANI (a cura di), L’Unione europea secondo la riforma di Lisbona, ed. Levante, Bari, 2008, 11 ss. VILLANI, Istituzioni di diritto dell’Unione europea, ed. Cacucci, Bari, 2008. ZILLER, Il nuovo trattato europeo, ed. Il Mulino, 2007.

²⁸ MEEULSEN, PERTEGÁS, STRAETMANS, SWENNE, International family law for the European Union, Antwerpen, Intersentia, 2007, pp. 308 ss.

²⁹ BERTOLI, The Court of justice, european integration and private international law, in Yearbook of private international law, 2006.

devono rispettare il principio di proporzionalità nel senso che devono essere idonee a raggiungere lo scopo, *rectius* l'obiettivo finale che perseguono e non devono andare al di là di quanto necessario per raggiungerlo. Opinione che è stata ribadita da tanti atti comunitari di natura non immediatamente percettiva e trova conferma nella prassi della Corte di giustizia, come per esempio nella sentenza *Johannes* nel 1999 che la Corte non si era pronunciata in modo specifico sul preteso contrasto con il principio di non discriminazione dell'applicazione della legge nazionale del marito allo scioglimento del matrimonio per divorzio e/o il profilo di divieto di discriminazioni fondate sulla cittadinanza.

Nel caso *Garcia Avello* del 2 ottobre 2003³⁰ la Corte di giustizia si è trovata davanti al conflitto di due leggi nazionali, quella belga e quella spagnola, evitando di privilegiare l'una o l'altra e di fare qualsiasi riferimento all'utilizzazione della cittadinanza come criterio di collegamento. È stata riaffermata la valutazione negativa già effettuata in passato di norme nazionali che attuino una discriminazione attraverso la prevalenza dell'una o dell'altra cittadinanza di un soggetto bipolide in contrasto con il divieto di discriminazione dei cittadini di altri Stati membri. La Corte ha evitato di pronunciarsi sulla norma di diritto internazionale privato belga e sul diritto al nome in sé, affermando che tale materia rientra nella competenza degli Stati membri e che le norme nazionali devono rispettare il diritto comunitario. La Corte non ha preso anche una posizione relativamente all'affermazione se la sentenza riguarda solo le norme materiali o anche le norme di conflitto nazionali. La Corte ha ritenuto che le norme belghe che impediscono ai figli di un cittadino spagnolo stabilito in Belgio, a loro volta cittadini belgi e spagnoli di vedere riconosciuto il cognome della madre come dispone la legge spagnola sono contrarie agli articoli 12³¹ e 17³² della CE.

Invece nel caso *Grunkin e Paul*³³, sentenza della Corte del 14 ottobre 2008, la Corte ha evitato, *rectius*: negando di prendere posizione sulla questione della compatibilità negli ordinamenti nazionali e ha nuovamente proposto una ricostruzione della fattispecie incentrata sulla libertà di circolazione negli Stati membri del soggetto, per il quale la

³⁰ La Corte ha disciplinato: "(...) è pacifico che una simile situazione di diversità di cognomi è tale da generare per gli interessati sri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato, derivanti dalle difficoltà di fruire in uno Stato membro di cui hanno la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o di documenti redatti con il cognome riconosciuto nell'altro Stato membro del quale possiedono la cittadinanza (...) il principio dell'immutabilità del cognome in quanto strumento destinato a prevenire i rischi di confusione in merito all'identità o alla filiazione delle persone, occorre rilevare che sebbene tale principio certamente contribuisca ad agevolare il riconoscimento dell'identità delle persone e della loro filiazione, non è tuttavia tanto indispensabile da non potere ammettere una prassi consistente nel permettere ai figli che siano cittadini di uno Stato membro e che abbiano anche la cittadinanza di un altro Stato membro di portare un cognome composto da elementi diversi da quelli previsti dal diritto del primo Stato membro (...) l'obiettivo d'integrazione perseguito dalla prassi controversa è sufficiente ricordare che tenuto conto della coesistenza negli Stati membri di sistemi diversi per l'attribuzione del cognome applicabili alle persone che vi risiedono, una prassi come quella di cui trattasi non è necessaria e nemmeno idonea a favorire l'integrazione dei cittadini di altri Stati membri in Belgio (...) occorre risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che gli artt. 12 CE 17 CE devono essere interpretati nel senso che ostano al fatto che in circostanze come quelle della causa principale l'autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a farci che i detti figli posano portare il cognome di cui sarebbero titolari i forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro (...)"

³¹ L'art. citato riferisce: "L'Unione persegue gli obiettivi di cui all'art. 11: a) definendo i principi e gli orientamenti generali della politica estera e di sicurezza comune; b) decidendo strategie comuni; c) adottando azioni comuni; d) adottando posizioni comuni; e) rafforzando la cooperazione sistematica tra gli Stati membri per la conduzione della loro politica".

³² L'art. citato riferisce: "1. La politica estera e di sicurezza comune comprende tutte le questioni relative alla sicurezza dell'Unione, ivi compresa la politica di difesa comune, che potrebbe condurre ad una difesa comune qualora il Consiglio europeo decida in tal senso. In tal caso il Consiglio europeo raccomanda agli Stati membri di adottare tale decisione secondo le rispettive norme costituzionali. La politica dell'Unione a norma del presente articolo non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di alcuni Stati membri, rispetta gli obblighi di alcuni Stati membri, i quali ritengono che la loro difesa comune si realizzi tramite l'Organizzazione del Trattato del Nordatlantico (NATO) nell'ambito del trattato dell'Atlantico del Nord, ed è compatibile con la politica di sicurezza di una politica di difesa comune sarà sostenuta se gli Stati lo ritengono opportuno, dalla loro reciproca cooperazione nel settore degli armamenti. 2. Le questioni cui si riferisce il presente articolo includono le missioni umanitarie e di soccorso, le attività di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento nella gestione di crisi, ivi comprese le missioni tese al ristabilimento della pace. 3. L'adozione di decisioni che hanno implicazioni nel settore della difesa, di cui al presente articolo, non pregiudica le politiche e gli obblighi di cui al paragrafo 1, secondo comma; 4. Le disposizioni del presente articolo non ostano allo sviluppo di una cooperazione rafforzata fra due o più Stati membri a livello bilaterali, nell'ambito dell'Unione dell'Europa Occidentale (UEO) e della NATO, purché detta cooperazione non contravenga a quella prevista dal presente titolo e non la ostacoli. 5. Per favorire lo sviluppo degli obiettivi del presente articolo, le disposizioni dello stesso saranno riesaminate in conformità dell'art. 48".

³³ Si trattava del diritto al nome di un minore di nazionalità tedesca, nato a residente in Danimarca, al quale era stato attribuito dall'ufficiale di stato civile danese il cognome di entrambi i genitori sulla base della legge danese, applicabile in quanto legge dello Stato di residenza in virtù delle norme di conflitto danesi. Gli ufficiali tedeschi dello stato civile hanno rifiutato di iscrivere nei registri il doppio cognome in applicazione della legge tedesca, richiamata dal diritto internazionale privato tedesco in quanto legge dello Stato di cittadinanza del minore. La Corte ha statuito alla sentenza appena citata: "(...) nei limiti in cui il collegamento alla cittadinanza ha lo scopo di garantire che il cognome in una persona possa essere determinato in modo continuo e stabile, occorre constatare come ha fatto la Commissione che in circostanze come quelle della causa principale, siffatto collegamento sfocerà in un risultato contrario a quello voluto (...) il collegamento della determinazione del cognome di una persona alla sua cittadinanza operato dal diritto internazionale privato tedesco, non è privo di eccezioni. È pacifico che le regole di conflitto tedesche relative alla determinazione del cognome di un figlio consentono un collegamento alla residenza abituale di uno dei genitori quando questa si trova in Germania (...)"

situazione di incertezza della propria identità personale derivante da dati divergenti nei documenti identificativi rilasciati dalle diverse autorità nazionali competenti sarebbe stata fonte di difficoltà.

Nello stesso spirito è stato adottato il Regolamento n. 1347/2000³⁴ abrogato dal Regolamento n. 2201/2003³⁵ relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale³⁶. Il Regolamento stabilisce norme uniformi sulla competenza giurisdizionale facilitando il riconoscimento automatico in ciascuno Stato delle decisioni rese in altri Stati membri. Il Regolamento si applica ai procedimenti di divorzio, separazione e annullamento del matrimonio, non incidendo sul diritto materiale degli Stati membri che tendono a far coincidere la disciplina della nullità del matrimonio con quella del divorzio. Il Regolamento non sia applicabile alle fattispecie di rottura di una convivenza di fatto. I procedimenti riguardanti la responsabilità dei genitori sui figli di entrambi i coniugi che siano stati instaurati contestualmente ad una domanda di modificazione o estinzione del rapporto di coniugio secondo l'art. 12 del Regolamento. Il Regolamento cerca di garantire secondo l'art. 18 i diritti della difesa anche attraverso la sospensione del procedimento e prevenire un futuro ostacolo alla circolazione del provvedimento. Il termine di comparazione è rimesso alle legislazioni nazionali e per quanto riguarda i termini che debbono interpersi in caso di separazione giudiziale e di divorzio tra la notificazione del ricorso e del decreto presidenziale appaiono gli stessi e secondo la stessa udienza di comparizione ai sensi dell'art. 163 bis primo comma del codice di procedura civile³⁷. Non è quindi possibile una proroga convenzionale della competenza né l'accettazione tacita della medesima. Non possono anche essere utilizzati criteri giurisdizionali differenti, visto che: a) sia escluso il controllo dalla parte del giudice che ha pronunciato la decisione nella fase del riconoscimento e dell'esecuzione e b) non è configurabile un ordine gerarchico tra i criteri di competenza che sono posti in rapporto di perfetta alternatività. Per quanto riguarda i criteri di competenza l'art. 3 del regolamento contempla i seguenti criteri: la residenza abituale dei coniugi, l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, la residenza abituale del convenuto e in caso di domanda congiunta la residenza abituale di uno dei coniugi, la residenza abituale dell'attore purché sussistano determinate circostanze che la rinforzino. La disciplina sulla competenza non esclude l'ipotesi che un soggetto possa mutare il proprio luogo di residenza in modo da radicare il procedimento in uno Stato che permetta di perseguire una soluzione materiale favorevole ai propri interessi. Invece per quanto riguarda i titoli di competenza basati sulla residenza dell'attore segnano un netto distacco dal principio generale di diritto espresso nel principio processuale *actor sequitur forum rei*. Nonostante che tale linea allontana da un sistema efficace dell'ampliamento della competenza di uno Stato membro e l'integrazione dei sistemi legislativi fra gli Stati membri ma trova base sul criterio generale della crisi e la nullità di un rapporto matrimoniale e all'interesse superiore del minore che non dovrebbe essere inclinato all'esclusiva valutazione solo del rapporto matrimoniale ma visto entro un preciso ed ampio arco di tutela generale e strettamente connessa con un procedimento legale che instaura e riguarda la crisi e/o l'invalidità della relazione coniugale ma contemporaneamente si applica un sistema autoritario, competente a pronunciare una separazione che tutela in primis i bambini e il rapporto familiare e dopo il rapporto coniugale³⁸.

³⁴ Regolamento che disciplinava due materie. La prima quella dei procedimenti civili relativi alle cause matrimoniali ossia al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio e la seconda quella dei procedimenti civili relativi alla potestà dei genitori, instaurati in occasione dei procedimenti in materia matrimoniale e riguardanti i figli di entrambi i coniugi coinvolti nella causa matrimoniale. CONTI, Il nuovo Regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà dei genitori, in *Famiglia e diritto*, 2004, pp. 292 ss.

³⁵ Entrato in vigore il 1° agosto 2004 e applicato interamente dal 1° marzo 2005. Ha abrogato il Regolamento n. 1347/2000 (definito come Bruxelles II) del Consiglio dell'Unione relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi. Il nuovo Regolamento rappresenta il primo e serio risultato in ambito comunitario diretto: "a unificare le norme sui conflitti di competenza in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori, semplificando le formalità per un rapido ed automatico riconoscimento delle decisioni e per la loro esecuzione". Cfr. FINOCCHIARO, Va in soffitta la nozione di "potestà": ora il nucleo ruota intorno ai figli, in *Guida al diritto*, 2004, pp. 112 ss. ZANOBETTI PAGNETI, Divorzio estero e richiesta al giudice italiano dell'affidamento dei figli, in *Famiglia e diritto*, 2004, pp. 180 ss. DI LIETO, Il Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*, 2004, pp. 118 ss. ANCEL, MUIR WATT, La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II", in *Revue critique*, 2001, pp. 404 ss. QUEIROLO, Il Regolamento n. 2201 (che abroga il regolamento n. 147/2000) in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, in Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, 2006, pp. 1877 ss.

³⁶ BARATTA, Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli, in *Giustizia civile*, 2002, pp. 456 ss. BONOMI, Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, pp. 300 ss.

³⁷ Secondo l'art. 4, sesto comma della legge sul divorzio n. 898/1970 sono ridotti i tempi anche nel caso di procedimenti di separazione giudiziale in virtù dell'art. 23 della stessa legge

³⁸ ANCEL, MUIR WATT, La désunion européenne: Le Règlement dit "Bruxelles II", in *Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 404 ss.

La Commissione dopo aver pubblicato un Libro verde³⁹ ed avviato consultazioni sul tema, il 15 dicembre 2005 ha presentato una proposta di Regolamento del Consiglio che ha sostituito il Regolamento n. 44/2001 ed il Regolamento n. 805/2004. Lo scopo del Regolamento era di eliminare gli ostacoli che si frappongono al recupero degli alimenti nell'ambito dell'UE in modo che il creditore di alimenti possa ottenere con facilità una decisione esecutiva in grado di circolare nello spazio giudiziario europeo, senza necessità di misure intermedie richieste per il riconoscimento e l'esecuzione. Il Libro verde è stato seguito dalla proposta di Regolamento al Consiglio del 17 luglio 2006 che comprendeva non solo norme di legge applicabili ma anche quelle sulla competenza internazionale che riformavano alcune disposizioni già oggetto del Regolamento n. 2201/2003⁴⁰. Lo stesso giorno del 17 luglio 2006, la Commissione ha presentato un ulteriore Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime matrimoniale dei coniugi, comprendendo il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco⁴¹. Il collegamento con il mercato interno⁴² richiamato all'art. 65 del Trattato CE prevede l'adozione: "di misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere, da adottare a norma

³⁹ Anche con il nuovo programma del libro verde rimane impregiudicata la sorte delle convenzioni che i coniugi avevano stipulato prima, ma in vista del futuro loro matrimonio. Relativamente ai rapporti economici successivi e con seguenti al divorzio sembra probabile che essi non ricadranno nella nuova disciplina ma saranno sottoposti alla legge regolatrice del divorzio stesso. Un ampio campo di azione sarà certamente riservato all'autonomia della volontà delle parti attuata attraverso una esplicita *professio juris*, soprattutto per evitare l'inconveniente della modifica del regime patrimoniale ogni volta che le parti stesse si trasferiscano in uno Stato diverso. Sembra possibile individuare una certa tendenza a far coincidere *forum* e *ius* attraverso l'adozione di criteri di giurisdizione sostanzialmente analoghi a quelli che soccorrono per stabilire la legge applicabile, lasciando sotto questo aspetto alle parti una erta libertà di scelta. Cfr. SESTA, Codice della famiglia, Giuffrè, ultima edizione. Nello stesso spirito vale la pena di ricordare una vecchia sentenza della Corte di cassazione che risale dal 1974 disciplinando: che: "(...) le norme di diritto internazionale privato, con l'assegnare rilevanza nell'ordinamento del foro ai valori giuridici di altri ordinamenti, si riferiscono non soltanto ai valori rappresentati dalla disciplina normativa della situazione di fatto considerata ma anche a quelli costituiti dalla regolamentazione concreta di tale situazione come risulta dagli atti giurisdizionali o amministrativi stranieri, i quali acquistano efficacia diretta nell'ordinamento del foro, senza la necessità della mediazione di atti interni di riconoscimento formale, purché la situazione di fatto non sia già compiutamente regolata da norme del diritto materiale dell'ordinamento materiale del foro (...)". Quindi, secondo la Cassazione l'unica preclusione di una sentenza straniera è costituita dall'ipotesi in cui la situazione o il rapporto siano già interamente disciplinati da norme di diritto privato del foro. Le norme di conflitto non vengono in gioco, ma la sentenza può essere riconosciuta con il procedimento tradizionale se ne possiede i requisiti. La situazione però è complicata dopo l'entrata in vigore della riforma del 1995 che ha abbandonato l'istituto della delibazione a favore del riconoscimento automatico delle decisioni e di un controllo giurisdizionale limitato all'ipotesi di esecuzione o di contestazione della ricorrenza dei requisiti previsti per il riconoscimento secondo gli art. 64 e 67. In particolare l'art. 64 riferisce: "1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un processo davanti ad un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico". E l'art. 67 recita: "1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere alla Corte d'appello del luogo di attuazione l'accertamento dei requisiti del riconoscimento. 2. La sentenza straniera o il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, unitamente al provvedimento che accoglie la domanda di cui al comma 2 costituiscono titolo per l'attuazione e per l'esecuzione forzata. 2 Se la contestazione ha luogo nel corso di un processo, il giudice adito pronuncia con efficacia limitata al giudizio". cfr. ATTARDI, La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere, in rivista di diritto civile, 1995, pp. 728 ss. MASSETANI, Sul riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio, in Foro italiano, 1997, pp. 82 ss. PICONE, Sentenze straniere e norme italiane di conflitto, in Rivista di diritto internazionale, 1997, pp. 914 ss.

⁴⁰ JAREBORG, A european family law for cross-border situations. Some reflections concerning the Brussels II Regulation and its planned amendments, in Yearbook of private International law, 2002, pp. 68 ss. SALERNO, Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001, Cedam, 2003. MARINAI, La aplicación práctica del regolamento (CE) num. 2201/2003 en el pordenamiento italiano, in Hacia la supresión del exequatur en el espacio sudicia europeo: el título ejecutivo europeo, Sevilla, 2006, pp. 132 ss.

⁴¹ Doc. COM (2006) 400 def.

⁴² Il buon funzionamento del mercato interno presuppone che sia pienamente attuato il principio della libera circolazione delle persone che richiede il mantenimento di identici diritti e status in tutto lo spazio comunitario. Cfr. QUEIROLO, Separazione, annullamento, divorzio e responsabilità genitoriale: Il Regolamento CE 2201/2003, in Ferrando, Il nuovo diritto di famiglia, Bologna, 2007, pp. 1108 ss. HAUSMANN, Il nuovo diritto internazionale processuale in materia matrimoniale nell'Unione europea, in European legal forum, 2001, pp. 272 ss. Non a caso il Regolamento n. 2201/2003 precisa che solo le disposizioni comunitarie che determinano la fine del vincolo coniugale, ossia il divorzio, la separazione o annullamento del matrimonio sono ammesse a circolare in Europa. In particolare le sentenze di rigetto non godono la libera circolazione nello spazio giudiziario europeo sia nel caso in cui la competenza del giudice sia basata sulle norme del Regolamento sia nel caso in cui il tribunale abbia accertato la propria competenza in base alle norme della *lex fori*. Cfr. BONOMI, Il Regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori, in Rivista di diritto internazionale, 2001, pp. 340 ss. QUEIROLO, Comunità europea e diritto di famiglia: i primi interventi diretti in tema di separazione e divorzio, in Familia, 2002, pp. 450 ss.

dell'art. 67 e per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno (...)»⁴³. Il buon funzionamento del mercato interno presuppone che vengano definite norme sulla competenza chiare e vengano migliorati ed accelerati il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale secondo il Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁴⁴. Si osserva che nel cosiddetto programma dell'Aja sul rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea⁴⁵, la Commissione ha messo in evidenza che l'integrazione della Carta nel Trattato costituzionale e l'adesione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali richiedono per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁴⁶ garanzie sempre più efficaci di protezione delle persone nell'esercizio dei loro diritti fondamentali e con riguardo alla famiglia. Per quanto concerne le misure da adottare si legge che il programma di misure sul reciproco riconoscimento dovrebbe essere contemplato nel 2011 con l'adozione di strumenti sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁴⁷ ed extracontrattuali, sull'ingiunzione di pagamento europeo e sulla soluzione delle controversie di media entità. Si tratta di un percorso di standardizzazione delle procedure e dei documenti e la relativa elaborazione di norme minime relative concentrate sul diritto processuale, come per esempio lo status delle notificazioni, l'avvio del procedimento, l'esecuzione delle sentenze e la trasparenza dei costi.

L'art. III-269, par. 1 del Trattato costituzionale non ha menzionato il collegamento con il mercato interno richiamato per esempio all'art. 65 del Trattato CE, infatti l'articolo citato riferiva le condizioni per l'esercizio dell'azione

⁴³ Cfr. POCAR, La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict of laws devolution"?, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2000, pp. 874 ss. POCAR, Remarques sur la coopération judiciaire en matière civile dans la Communauté européenne, in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, 2002, pp. 222 ss. POCAR, The "communitarization" of private international law and its impact on the external relations of the European Union, in Malatesta, Bariatti, Pocar (eds.), *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, 2008, pp. 4 ss. RAMOS, Un diritto internazionale privato della Comunità europea: origine, sviluppo, alcuni principi fondamentali, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Giuffrè, 1999. BASEDOW, The communitarization of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam, in *Common market law review*, 2000, pp. 710 ss. BARIATTI, Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, pp. 700 ss. HARTLEY, The European Union and the systematic dismantling of the common law of conflict of laws, in *The international and comparative law quarterly*, 2005, pp. 814 ss. PATAUT, De Bruxelles à la Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel, in *Mélanges en l'honneur de Paul Pagarde*, Le droit international privé: esprit et méthodes, Paris, 2005, pp. 662 ss. MUNARI, La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2006, pp. 914 ss. KREUZER, Zu Stand und perspectiven des Europäischen Internationalen Privatrechts. Wie europäische Internationale Privatrechts sein?, in *Rabels Zeitung*, 2006, pp. 1 ss. BONOMI, Conversion of the Rome Convention on contracts into an EC instrument: Some remarks on the green paper of the EC Commission, in *Yearbook of private international law*, 2003, pp. 54 ss. FRANZINA (a cura di), La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I", Cedam, 2006. SALERNO, Le conseguenze del regolamento "Roma I" sulla legge italiana di diritto internazionale privato, in *Fondazione italiana per il Notariato, Il nuovo diritto europeo dei contratti*, 2007, pp. 180 ss. LAGARDE, Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), in *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 332 ss. A.A.V.V., Nuovo diritto europeo dei contratti: Dalla convenzione di Roma al regolamento, Giuffrè, 2007. SIGMAN, The Rome-I proposed regulation and the assignment of receivables, in *European legal forum*, 2006, pp. 2 ss. BARIATTI, Filling in the gaps of EC conflicts of laws instruments: The case of jurisdiction over actions related to insolvency proceedings, in *Venturini, Bariatti (a cura di), Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, ed. Giuffrè, 2009, pp. 23 ss. BONOMI, Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo Regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti, in *Venturini, Bariatti (a cura di), Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, op. cit., pp. 107 ss. LUZZATTO, Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato, in *Venturini, Bariatti (a cura di), Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, op. cit., pp. 613 ss. QUEIROLO, Separazione, annullamento, divorzio e responsabilità genitoriale: il Regolamento CE 2201/2003, in *Ferrando, Il nuovo diritto di famiglia*, Il Mulino, 2007, pp. 1108 ss. HAUSMANN, Il nuovo diritto internazionale processuale in materia matrimoniale nell'Unione europea, in *European legal forum*, 2001, pp. 272 ss. RUSCELLO, La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria, in *Familia*, 2001, pp. 698 ss.

⁴⁴ Pubblicato in G.U.C.E., n. C 19 del 23 gennaio 1999.

⁴⁵ Cfr. Anche il Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del programma dell'Aja inteso a rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia dell'Unione europea, adottato dal Consiglio GAI del 2-3 giugno 2005.

⁴⁶ CERULLI IRELLI, LUCIANI, Diritto comunitario e diritto interno, fra Stato e regioni, in *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2007, pp. 860 ss. CAFARI PANICO, Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel trattato di Lisbona, in *Baruffi (a cura di), L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, ed. Cedam, 2008, pp. 51 ss. CAGGIANO, Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 106 ss. PASSAGLIA, Il trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti, in *Foro italiano*, 2008, pp. 40 ss. POCAR, Gli obiettivi dell'Europa nel nuovo trattato: un compromesso fra le luci ed ombre, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, pp. 8 ss.

⁴⁷ MALATESTA, Il nuovo diritto internazionale privato in materia di obbligazioni non contrattuali. Il Regolamento (CE) Roma II entra in vigore, in *Danno e responsabilità*, 2008, pp. 126 ss. BISCIONI, La legge regolatrice delle promesse unilaterali: il sistema italiano di diritto internazionale privato e la Convenzione di Roma del 1980, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 714 ss. GAROFALO, Diritto comunitario e conflitti di leggi spunti sulle nuove tendenze del diritto internazionale privato contemporaneo emergenti dal Regolamento Roma II, in *Venturini, Bariatti (a cura di), Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, op. cit., pp. 413 ss. VIARENGO, BARIATTI, I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 604 ss. BOER, Party autonomy and its limitations in the Rome II Regulation, in *Yearbook of private international law*, 2007. AHERN, INCHY, The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations. A new litigation regime, Brill, Bruxelles, 2009.

comunitaria nelle materie civili, la sussistenza di implicazioni transnazionali o scompariva l'espressione: "per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno". Tale collegamento veniva richiamato nel par. 2 della stessa norma anche se in termini diversi rispetto a quelli utilizzati dall'art. 65 TCE. Si leggeva: "Ai fini del paragrafo 1, la legge o legge quadro europea stabilisce, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire (...)", considerando che la norma utilizzava l'espressione: "in particolare", interpretarla come un legame che potrebbe anche mancare. Quindi, possiamo dire che il diritto della famiglia nel diritto comunitario si concreta: a) tramite la realizzazione delle libertà fondamentali, in particolare della libertà di circolazione delle persone con il correlativo divieto di discriminazione; b) la tutela dei diritti fondamentali e c) dall'uniformazione del diritto internazionale privato e processuale⁴⁸. Secondo le ultime impostazioni dobbiamo dire che le disposizioni di diritto internazionale privato relative a settori in cui non sia stato assistito nessun intervento legislativo a livello comunitario devono secondo l'Avvocato generale Shorgston di essere applicate in modo tale che: "(...) rispettare il diritto di ogni cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (...) le autorità di uno Stato membro, in sede di registrazione del nome di un cittadino dell'Unione, non possono automaticamente rifiutare di riconoscere un nome con cui egli è stato già legalmente registrato in conformità alla normativa di un altro Stato membro, salvo che il riconoscimento sia in conflitto con ragioni imperative di interesse generale che non ammettono eccezioni (...)"⁴⁹.

Il contenuto del Titolo IV TCE introdotto dal Trattato di Amsterdam e già denominato: Visti, asilo ed immigrazione ed altre politiche legate alla libertà di circolazione delle persone, intitolate: spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La prima di tali disposizioni prevedeva in modo chiaro che: "L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridici degli Stati membri". In particolare si tratta di: 1. Misure relative all'attuazione della libera circolazione delle persone e misure di accompagnamento direttamente collegate in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo e immigrazione, indicate all'art. 62; 2. Misure in materia di asilo, a norma della Convenzione di Ginevra del 1951 e di ogni altro trattato in materia, e relative all'accoglienza e alla protezione temporanea di rifugiati e sfollati, nonché in materia di politica dell'immigrazione per disciplinare in modo uniforme i visti e il soggiorno di immigrati regolari e l'ingresso e il soggiorno di quelli irregolari secondo l'art. 63; 3. Secondo l'art. 65, alcune misure: "nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere" che comprendono misure volte a migliorare e semplificare il sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali, la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali, a promuovere la compatibilità delle regole nazionali sui conflitti di leggi e di giurisdizioni, a eliminare gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili; 4. Secondo l'art. 66, misure volte a incoraggiare e rafforzare la cooperazione amministrativa nelle materie sopra indicate; 5. Il Consiglio secondo l'art. 61, lett. a) TUE può adottare misure per combattere la criminalità, "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"⁵⁰. Il Trattato sull'Unione chiarisce in termini inequivoci che l'integrazione europea deve avvenire: "(...) nel

⁴⁸ DE OLIVEIRA, A European family law, in *Familia*, 2002, pp. 194 ss. FRENI, PATRUNO, Dinamiche sociali ed esperienza giuridica nell'evoluzione del diritto di famiglia, in *Familia*, 2004, pp. 570 ss. ALPA, Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia, in *Familia*, 2003, pp. 442 ss. CARUSO, Considerazioni generali su unificazione e uniformazione delle legislazioni statali in diritto comunitario, in Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, ed. Cedam, 2004, pp. 4 ss.

⁴⁹ Conclusioni presentate il 24 aprile 2008 relativamente alla seguente causa C-353/06: Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul c. Leonhard Matthias Grunkin-Paul e Standesamt Stadt Niebüll

⁵⁰ BARATTA, Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 574 ss. MCGLYNN, *Families and the European Union: law, politics and pluralism*, Cambridge, Cambridge University press, 2006. ALPA, Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia, in *Familia*, 2003, pp. 440 ss. FERRANDO, Le relazioni familiari nella carta dei diritti dell'Unione europea, in *Politica del diritto*, 2003, pp. 348 ss. ANDRINI, La famiglia nella Costituzione europea, in *Familia*, 2004, pp. 552 ss. MCGLYNN, *Families and the European Union Charter of fundamental rights: Progressive change or entreching the status quo?*, in *European law review*, 2001, pp. 582 ss. HAUSMANN, Il nuovo diritto internazionale processuale in materia matrimoniale nell'Unione europea, in *European legal forum*, 2001, pp. 272 ss. ROSSI, Verso una parziale "comunitarizzazione" del terzo pilastro, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, pp. 250 ss. ADAM, La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, pp. 495 ss. CARBONE, Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001, ed. Giappichelli, 2002, pp. 10 ss. SALERNO, La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione, ed. Cedam, 2000, pp. 10 ss. POCAR, La comunitarizzazione del diritto internazionale privato. Una "european conflict of law devolution"?, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, pp. 874 ss.

rispetto delle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto" senza far riferimento al principio dell'identità nazionale politica e costituzionale degli Stati membri (art. 3 bis). Quindi l'intervento della comunità nel settore si basa sul principio di sussidiarietà e sotto diversi presupposti, come: a) relativamente alle materie che rientrano nella competenza concorrente della Comunità, non potendo realizzarsi al di fuori di alcuna attribuzione; b) un'azione deve essere congrua con la dimensione europea ovvero che presenti aspetti transnazionali che gli Stati membri non siano in grado di regolare in modo esauriente e c) tramite tecniche differenti, ossia tramite la cooperazione e la promozione degli Stati membri e quando l'intervento si riveli indispensabile dal momento che l'azione dei soli Stati membri comprometterebbe gli obiettivi del Trattato, gli interessi degli Stati ovvero l'intervento comunitario sia necessario e così si raggiungono risultati più vantaggiosi relativamente a certe politiche e aiutano di più l'integrazione europea. Il trasferimento nel TCE e la conseguente istituzionalizzazione di queste materie costituiscono uno sviluppo in itinere di alcune attività già svolte in tempis e in partem nell'ambito di questo Trattato sia nel livello intergovernativo che dalla stipulazione dell'Atto Unico Europeo e dal Trattato di Maastricht.

La disposizione appena citata è stata integralmente inserita anche all'art. 61, par. 1 del Trattato di modifica di Lisbona⁵¹ e specialmente il capo III di tale titolo disciplina la cooperazione giudiziaria in materia civile e prevede all'art. 65, par 1: "L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri"⁵². In realtà, la modifica del Trattato di Lisbona rappresenta un ulteriore passo indietro rispetto al Trattato costituzionale del 2004, perché prevedeva le misure relative al settore della famiglia, l'adozione con una legge o legge quadro per mezzo di una delibera del Consiglio all'unanimità, dietro proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento Europeo. È riduttivo a priori di parlare per cooperazione giudiziaria perché non di sola cooperazione tra autorità giurisdizionali si tratta⁵³. È anche meno "antiproduttivo" per l'iter procedurale dell'integrazione comunitaria di parlare di semplice "cooperazione", perché è prevedibile che continuerà a prevalere la tendenza ad adottare Regolamenti che si concentrano all'uniformità delle legislazioni nazionali condensando la materia appena citata, e che ci interessa in apertura del Titolo V del Trattato di modifica menzionando come unico obiettivo l'accesso alla giustizia che si dovrebbe raggiungere secondo l'art. 67, par. 4 della modifica: "(...) in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile (...)"⁵⁴.

Con il Trattato di Lisbona è rimasta la facoltà nell'Unione di legiferare in tema di famiglia, ma un solo Parlamento nazionale potrà bloccare con il suo veto le relative procedure. L'art. 65⁵⁵, par. 3, in deroga alla procedura legislativa prevista per la cooperazione giudiziaria in materia civile statuisce che: "(...) le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, nonchè delibera secondo una procedura legislativa

⁵¹ In particolare si precisa che l'azione europea deve rispettare i diritti fondamentali, i diversi ordinamenti giuridici e le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri e deve essere legittimata sulla base dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. Secondo il trattato di Lisbona il Consiglio su proposta della Commissione può adottare una decisione per determinare gli aspetti del diritto di famiglia con implicazioni transnazionali che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del parlamento europeo e informando immediatamente i Parlamenti nazionali. Cfr. JAYME, *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, in *Recueil des cours*, 2001, pp. 284 ss. CARRASCOSA GONZÁLES, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de derecho internacional privado*, Grenade, 2000. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München, 2002, pp. 4 ss.

⁵² ROGERS, *Immigration and the european Convention on human rights: Are new principles emerging?*, in *European human rights law review*, 2003, pp. 54 ss. TONOLO, *Le unici civili nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2007, pp. 40 ss. LEIBLE, STAUDINGER, L'art. 65 Trattato CE nel sistema delle competenze CE, in *European legal forum*, 2001, pp. 226 ss. HAUSMANN, *La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *European legal forum*, 2001, pp. 40 ss. BONOMI, *Il Regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, pp. 302 ss.

⁵³ FISCHER, *Der Vertrag von Lissabon*, Nomos, C.H.V. Beck, 2008.

⁵⁴ RUSCELLO, *La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Familia*, 2001, pp. 698 ss. ANCEL, MUIR WATT, *La désunion européenne*, in *Revue critique*, 2001, pp. 438 ss.

⁵⁵ Riferisce l'articolo appena citato relativamente alla cooperazione giudiziaria civile: "(...) a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione; b) la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali; c) la competitività delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione; d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; e) un accesso effettivo alla giustizia; f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri; g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie; h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari (...)"

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 2° comma. Se un Parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. In mancanza, il Consiglio può adottare la decisione". La clausola relativa al voto di un Parlamento nazionale potrà probabilmente trovare applicazione in caso di disaccordo tra un governo e la sua maggioranza parlamentare, così l'Unione sarà condizionata dalla relazione tra un solo governo e la sua maggioranza. Le differenze riscontrabili nei sistemi degli Stati membri rendono difficile la ricostruzione di principi comuni in materia e l'elaborazione di nozioni comunitarie come quelle di famiglia, rapporto di coppia o di famiglia. Gli status familiari sono considerati come un presupposto per il godimento di diritti soggettivi riconosciuti dall'ordinamento giuridico⁵⁶. Le nuove famiglie: famiglie di fatto, famiglie monoparentali, unioni omosessuali, unioni tran gender, rivendicano una equiparazione dei diritti alla famiglia tradizionale⁵⁷. Gli status familiari da parte dell'Unione siano in grado di garantire una effettiva protezione delle relazioni familiari nella situazione di mobilità delle persone. Ricordiamo il considerando n. 28 della Direttiva 2004/38/CE che recita: "Per difendersi da abusi di diritto o da frodi, in particolare matrimoni di convenienza o altri tipi di relazioni contratte all'unico scopo di usufruire del diritto di libera circolazione e soggiorno, gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di adottare le necessarie misure". Il Parlamento chiedeva agli Stati di abolire tutte le disposizioni di legge che criminalizzavano e discriminavano i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso ed invitava la Commissione a presentare una proposta di raccomandazione che ponesse fine alle barriere frapposte al matrimonio di coppie di omosessuali ovvero ad un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni. In finis ricordi mano la Risoluzione sull'omofobia in Europa del 18 gennaio 2006 che il Parlamento: "(...) esorta vivamente la Commissione a garantire che tutti gli Stati membri abbiano recepito e stiano correttamente applicando la Direttiva 2000/78/CE e ad avviare procedimenti d'infrazione contro gli Stati membri inadempimenti (...) insiste affinché la Commissione presenti una proposta di Direttiva riguardante la protezione contro tutte le discriminazioni per i motivi menzionati nell'art. 13 del Trattato, con lo stesso campo di applicazione della Direttiva 2000/43/CE". Non dimentichiamo che lo stesso Trattato di Lisbona nel proprio preambolo recita che gli Stati si ispirano: "(...) alle eredità culturali, religiose ed umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello stato di diritto"⁵⁸.

Passando ex novo, al Regolamento n. 2201/2003⁵⁹ che riguarda sia i procedimenti destinati ad incidere sul vincolo matrimoniale che le decisioni giurisdizionali e amministrative, gli atti pubblici e gli accordi sulla responsabilità genitoriale⁶⁰. La nozione di matrimonio su cui esso si basa sembra del tutto esclusa. Non può considerarsi rientrare oggi nel campo di applicazione del Regolamento lo scioglimento di matrimoni omosessuali e di convivenze more uxorio⁶¹. Sempre aperto e discutibile è stato l'argomento delle convivenze di diritto in particolare delle registered

⁵⁶ Cfr. TOMASI, Status familiari e libera circolazione dei cittadini dell'Unione, in Baruffi (a cura di), La costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento?, Cedam, 2006, BARUFFI, La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea, Cedam, 2007, pp. 92 ss.

⁵⁷ GIUBBONI, I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza, in *Diritto dell'unione europea*, 2003, pp. 325 ss.

⁵⁸ POCAR, Trattato di Lisbona: strumenti insufficienti per garantire unità sulla scienza internazionale, in Guida al diritto. *Diritto comunitario e internazionale*, 2008, pp. 10 ss. BARUFFI, Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali, in Guida al diritto. *Diritto comunitario e internazionale*, 2007, pp. 16 ss. DANIELE, Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici, in Guida al diritto, *diritto comunitario e internazionale*, 2007, pp. 12 ss. HONORATI, Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?, in Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, ed. Giuffrè, 2007, pp. 4 ss.

⁵⁹ Cfr. FITTIPALDI, Regolamento CE 2201/2003 ed esecuzione delle decisioni di modifica dell'affidamento di un minore trasferito all'estero: tuttora si rende necessario l'exequatur del giudice straniero, in *Famiglia diritto*, 2007, pp. 700 ss. LONG, Riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti stranieri de potestate alla luce del Regolamento (CE) n. 2201/2003 (con cenni al tema alla validità dei divieti di espatrio e degli obblighi di soggiorno), in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, pp. 975 ss.

⁶⁰ Cfr. CENDON (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, Cedam, 2004. A.A.V.V., *Rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, Giappichelli, 2004. LONGO (a cura di), *Rapporti familiari e responsabilità civile*, Giappichelli, 2004. BOZZI, *Scene dopo un matrimonio: Violazione dell'obbligo di fedeltà e pretese risarcitorie*, in *Danno e responsabilità*, 2003, pp. 1132 ss. PICCALUGA, *Famiglia, malattia, abbandono e responsabilità civile*, in *Famiglia e diritto*, 2003, pp. 194 ss. BONA, *Violazione dei doveri genitoriale e coniugali: Una nuova frontiera della responsabilità civile?*, in *Famiglia e diritto*, 2001, pp. 190 ss.

⁶¹ Cfr. sull'argomento dalla giurisprudenza: 1. Corte di Cassazione n. 10102 del 26.05.2004: "(...) nell'ipotesi di cessazione della convivenza more uxorio, l'attribuzione giudiziale del diritto di continuare ad abitare nella casa familiare al convivente cui sono affidati i figli minorenni o che conviva con figli minorenni non ancora economicamente autosufficienti per motivi indipendenti dalla loro volontà è da ritenersi possibile per effetti della sentenza 166/1998 della Corte costituzionale che fa leva sul principio di responsabilità genitoriale, immanente nell'ordinamento

partnerships⁶² fugato dal Libro verde della Commissione che riguarda la legge applicabile, i criteri di competenza, il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti relativi ai regimi patrimoniali⁶³ e alle conseguenze economiche derivanti sia da rapporti matrimoniali che di altro tipo. Nello stesso spirito il libro verde sulla legge applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio del 14 marzo 2005 ha rappresentato la base per l'elaborazione della proposta presentata dalla Commissione di approvare un regolamento che modifica il Regolamento CE n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale⁶⁴. Il Regolamento appena citato non fa riferimento al sesso delle persone unite in matrimonio, tuttavia la Corte di giustizia in una sua non lontana decisione, ossia nella sentenza *Grant c. South West Trains Ltd* del 17 febbraio 1998 ha precisato che per matrimonio, secondo la definizione comunemente accolta, si intende: "Unione tra persone di sesso diverso". Tale forma di matrimonio va diffondersi e che la Corte non potrà non tener conto delle diversità di trattamento che vanno profilandosi⁶⁵.

Ritornando sull'argomento di responsabilità genitoriale occorre anche mantenere nel solco dei rimedi tipici della crisi della famiglia, *rectius*: dell'unione familiare anche le condotte idonee a legittimare una pronuncia di addebito⁶⁶ e

e ricavabile dall'interpretazione sistematica degli artt. 261, 147 e 148 c.c. in correlazione all'art. 30 cost. (...); 2. Corte di Cassazione n. 3713 del 13.03.2003: "(...) un'attribuzione patrimoniale a favore del convivente *more uxorio* configura l'adempimento di un'obbligazione naturale a condizione che la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del solvens (...); 3. Corte di Cassazione penale n. 4 del 04.10.2002: "(...) anche un rapporto di semplice convivenza non necessariamente *more uxorio* liberalmente scelto ed accettato purchè dotato di un minimo di stabilità è idoneo a legittimare la formulazione di pretesa risarcitoria da parte di uno dei conviventi il quale assuma di aver subito danno, materiale o morale, per effetto non solo della morte ma anche della lesione dell'integrità fisiopsichica di altro convivente (...)". Continuando con la sentenza n. 8976 del 29.04.2005: "(...)dalla libera determinazione dei conviventi di fatto di non contrarre il vincolo del matrimonio e quindi di non assumere gli obblighi che l'ordinamento impone vicendevolmente ai coniugi consegue l'inesistenza di qualsiasi diritto sia di natura personale che patrimoniale di un convivente verso l'altro. Infatti è pacifico che qualsiasi prestazione patrimoniale fra loro se non costituisce adempimento di una regolamentazione negoziale, non può essere pretesa ma determina soltanto l'effetto della soluti *retentio* (art. 2034 c.c.). Da qui la difficoltà per l'interprete in assenza di disciplina normativa di carattere generale sui requisiti indispensabili affinché un'unione di fatto sia meritevole di tutela giuridica di fronte ai terzi, di enucleare un modello di convivenza dalla disciplina dettata da ragioni di solidarietà sociale (...) il dato comune che emerge dalla legislazione vigente e dalle pronunce giurisprudenziali è che la convivenza assume rilevanza sociale, etica e giuridica in quanto assomiglia al rapporto di coniugio, anche nella continuità nel tempo. Ne consegue che colui che chiede il risarcimento dei danni derivatagli (...) dalla lesione materiale cagionata alla persona con cui convive dalla condotta illecita del terzo, deve dimostrare l'esistenza e la portata dell'equilibrio affettivo-patrimonio instaurato con la medesima e perciò per poter essere ravvisato il *vulnus ingiusto* a tale stato di fatto, deve essere dimostrata l'esistenza e la durata di una comunanza di vita e di affetti, con vicendevole assistenza materiale e morale, non essendo sufficiente a tal fine la prova di una relazione amorosa per quanto possa esser caratterizzata da serietà di impegno e regolarità di frequentazione nel tempo, perché soltanto la prova dell'assimilabilità della convivenza di fatto a quella stabilita dal legislatore per i coniugi può legittimare la richiesta di analoga tutela giuridica di fronte ai terzi (...). E secondo la Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 11.06.2003: "(...) la convivenza *more uxorio* basata sull'*affectio* quotidiana liberalmente ed in ogni istante revocabile presenta caratteristiche così profondamente diverse dal rapporto coniugale da impedire l'automatica assimilazione delle due situazioni al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento (...)". Lo stesso Corte con un'altra sentenza n. 121 del 20.04.2004 ha enunciato: "(...) esistono nell'ordinamento ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento normativo tra i due casi, trovando il rapporto coniugale tutela diretta nell'art. 29 della Costituzione, mentre il rapporto di fatto fruisce della tutela apprestata dall'art. 2 della Costituzione ai diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali (...) se da un lato la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale non esclude affatto la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie (...) dall'altro lato, tuttavia al di fuori di tali specifici casi che possono render necessaria una identità di disciplina, ogni intervento in tal senso rientra nella sfera di discrezionalità del legislatore (...)". Cfr. anche FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Giuffrè, 2003, pp. 210 ss.

⁶² ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: Problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, pp. 364 ss. CALÓ, *Le convivenze registrate in Europa. Verso un secondo regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, 2000, pp. 58 ss.

⁶³ PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, pp. 286 ss. PETRONI, MAUDIERE, *Le declin du principe de l'immutabilité des regime matrimoniaux*, Pulim, Limoges, 2004.

⁶⁴ TREZZA, *Il progetto Roma III: Verso uno strumento comunitario in materia di divorzio*, in *Famiglia*, 2001, pp. 222 ss.

GALLUZZO, *Libro verde sul divorzio internazionale: alla Commissione risposte entro settembre*, in *Guida del diritto*, 2005, pp. 100 ss. MASSIP, *L'harmonisation du droit des personnes et de la famille: la contribution de la CIEC*, in *La Commission internationale de l'Etat civil*, Strasburgo, 1992. HAMILTON, STANDLEY, HODSON, *Family law in Europe*, London, Dublin, Edinbourg, 1995.

⁶⁵ Invece durante gli anni ha tenuto accesso il dibattito sugli argomenti esaminati. Ricordiamo *ex multis* dalla Corte di giustizia: 1. la sentenza *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* del 21 dicembre 1999; 2. la sentenza *Frettè c. Francia* del 2 febbraio 2002; 3. la sentenza *Goodwin c. Regno Unito* dell'11 luglio 2002; 4. la sentenza *D. c. Consiglio UE* del 31 maggio 2001; 5. la sentenza *Baumbast e R. c. Secretary of State for the home Department* del 17 settembre 2002; 6. la sentenza *Carpenter c. Secretary of State for the home Department* del 11 luglio 2002; 7. la sentenza *MRAX c. Belgio* del 25 luglio 2002, ecc.

⁶⁶ Tra i motivi dell'addebito rientrano: a) il persistente atteggiamento di un coniuge nei riguardi dei figli, eccessivamente rigido e a tratti connotato da atti di violenza, indifferente alle valutazioni e alle richieste dell'altro coniuge, che integra la violazione dei doveri dei genitori verso i figli e può comportare l'intollerabilità della convivenza e costituire motivo di addebito della separazione; b) il volontario e protratto rifiuto di un coniuge di intrattenere rapporti affettivi e sessuali con l'altro che costituisce offesa gravissima alla dignità e alla personalità del partner, cui possono derivare danni irreversibili sul piano dell'equilibrio psicofisico e giustifica l'addebito della separazione con la condotta dell'altro coniuge; c) il mutamento di fede religiosa che può considerarsi come ragione di addebito della separazione se vengono superati i limiti di compatibilità con i concorrenti doveri di coniuge e di genitore fissati dagli artt. 143 e 147 c.c. determinandosi una situazione di

limitare il presidio della responsabilità civile alle sole condotte dolose o gravemente colpose ricollegabili alla lesione di situazioni effettivamente meritevoli di tutela. In tal senso la Corte di cassazione con la sentenza n. 5866 del 26.05.1995: “(...) l’addebito della separazione di per sé considerato non è fonte di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043, determinando nel concorso delle altre circostanze specificamente previste dalla legge, solo il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento (...) la risarcibilità dei danni ulteriori è configurabile solo se i fatti che hanno dato luogo all’addebito integrano gli estremi dell’illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma citata (...) posta l’applicabilità dell’art. 2043 c.c. anche ai rapporti tra coniugi occorre vagliare in concreto se la condotta assunta da uno di essi in violazione dei doveri nascenti dal matrimonio sia: soggettivamente imputabile al suo autore, in quanto sorretta da dolo o colpa (...) lesiva di una posizione soggettiva giuridicamente tutelata dall’altro coniuge e perciò produttiva di danno ingiusto e causalmente ricollegabile al danno (...)”.

Continuando la Corte di cassazione con la sentenza n. 9801 del 10.05.2005 relativamente alla dignità dei coniugi come diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altri componenti della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile: “(...) il rispetto della dignità e della personalità di ogni componente del nucleo familiare assume il connotato di un diritto inviolabile la cui lesione da parte di altro componente della famiglia costituisce il presupposto della responsabilità civile (...) non può infatti ritenersi che i diritti inviolabili della persona ricevano una diversa tutela a seconda che i titolari si pongano o meno all’interno di un contesto familiare, considerato che la famiglia è luogo di incontro e di vita comune nel quale la personalità di ogni individuo si esprime, si sviluppa e si realizza attraverso l’instaurazione di reciproche relazioni di affetto e di solidarietà non già sede di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili (...) l’irrinunciabilità della tutela di tali diritti comporta che la loro lesione non è sanzionata soltanto con le misure tipiche previste da tale branca del diritto (...) dovendosi invece ammettere la computabilità degli istituti del diritto di famiglia con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti (...) ne deriva che i suddetti fatti lesivi possono rilevare sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti di natura patrimoniale, sia come fatti generatori di responsabilità aquiliana (...) siccome l’intensità dei doveri derivanti dal matrimonio segnati da inderogabilità ed indisponibilità non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà che si sostanzia anche in un obbligo di informazione su ogni circostanza inerente alle proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto, è configurabile un danno ingiusto risarcibile anche in presenza di comportamenti omissivi tenuti prima del matrimonio (...)”⁶⁷.

Al contrario il Regolamento riguarda ovviamente anche le questioni relative ai figli e tiene conto dei mutamenti dei modelli familiari nei tempi recenti e della tendenza ad ampliare i diritti dei figli e a considerarli come soggetti titolari di diritti. Al contrario del Regolamento precedente (n. 1347/2000)⁶⁸, il nuovo (2201/2003) è molto più ampio e aperto per quanto riguarda l’eliminazione delle discriminazioni tra i figli legittimi e naturali e per ciò che concerne i rapporti tra genitori e figli⁶⁹. Il Regolamento ai sensi del suo art. 1, par. 1, lett. b) riguarda quelle azioni relative all’attribuzione, all’esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale, non contenendo i due limiti previsti dal Regolamento che si debba trattare di procedimenti civili relativi alla potestà dei genitori sui figli⁷⁰ entrambi i coniugi e di procedimenti instaurati in occasione di cause in materia matrimoniale.

improseguibilità della convivenza o di grave pregiudizio della prole. Cfr. CARBONE, L’addebitabilità della separazione concerne i comportamenti contrari ai doveri coniugali o anche ai doveri verso i figli?, in *Famiglia e diritto*, 2005, pp. 600 ss. BOTTON, Quale e quanto danno nella famiglia?, in *Famiglia e diritto*, 2006, pp. 548 ss.

⁶⁷ FACCI, L’illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari, in *Famiglia e diritto*, 2006, pp. 520 ss.

⁶⁸ GAUDEMET, TALLON, Le Règlement n. 1347/2000 Bruxelles II, in *Juris clunet. Droit international*, 2001, pp. 392 ss.

CARBONE, Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il Regolamento CE n. 1347/2000, in Carbone, Frigo, Fumagalli, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, ed Giuffrè, 2004, pp. 54 ss.

⁶⁹ Cfr. anche la Dichiarazione della Svezia e della Finlandia ai sensi dell’art. 59, par. 2, lettera 1 del Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000 (Bruxelles II). In particolare: “Dichiarazione della Svezia: (...) la Svezia dichiara che nei rapporti tra Svezia e Finlandia, in luogo delle norme di detto Regolamento, si applica in tutto e per tutto la Convenzione del 6 febbraio 1931 tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia contenente disposizioni di diritto internazionale privato in materia di matrimonio, adozione e tutela, nonché il relativo Protocollo finale (...) Dichiarazione della Finlandia: (...) la Finlandia dichiara che nei rapporti tra Finlandia e Svezia, in luogo delle norme di detto Regolamento, si è applicata in tutto e per tutto la Convenzione del 6 febbraio 1931 fra Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia e Danimarca contenete disposizioni di diritto internazionale privato in materia di matrimonio, adozione e tutela, nonché il relativo Protocollo finale”.

⁷⁰ Cfr. la Convenzione dell’Aja del 1961 che contiene norme sulla competenza delle autorità in materia di protezione di minori e la convenzione dell’Aja del 19 ottobre 1996 sulla potestà dei genitori che contiene norme sulla competenza giurisdizionale, sulla legge applicabile, sul riconoscimento e l’esecuzione di decisioni relative alla potestà dei genitori. La convenzione del 1996, entrata in vigore il 1° gennaio 2002 ed è stata applicabile dal maggio 2003 a 7 Stati: Monaco, Repubblica Ceca, Slovacchia, Marocco, Lituania, Australia ed Estonia. Dalla zona europea è

Il principio del riconoscimento degli status familiari nell'ordinamento dell'UE non è più mirato solo a tutelare i diritti del lavoratore o del consumatore ma permetterà una consolidazione nel diritto di famiglia, di utilizzare gli istituti presenti nei diversi Stati membri agevolando la regolamentazione degli assetti dei legami personali, rafforzando le

stata firmata da tutti i paesi membri e dalla Svizzera. Si tratta di una convenzione che ha considerato come prioritario il criterio della nazionalità del minore, quella del 1996 fonda la giurisdizione nello Stato in cui il minore risiede abitualmente. L'autorità applica di regola il suo diritto interno, le decisioni sono automaticamente riconosciute e gli Stati contraenti devono prevedere una procedura di exequatur semplice e rapida. Segua anche i cambiamenti della residenza abituale del minore rischiando ad un trasferimento attuato in modo illecito per instaurare legami giurisdizionali convenienti allo scopo di ottenere l'affidamento dei figli. È fatta prevalere comunque sulla tematica la Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, il cui obiettivo è quello di ripristinare lo status quo ante tramite il ritorno e i minori illecitamente trasferiti. La Convenzione citata assicura mediante l'instaurazione di un procedura d'urgenza il rapido ritorno del minore nello Stato nel quale egli sottoposto ad un diritto di custodia effettivamente esercitato sia stato abusivamente allontanato. Cfr. FRIGESSI DI RATTALMA, *Minore illecitamente trattenuto dal genitore non affidatario e convenzione dell'Aja del 1980*, in *Famiglia e diritto*, 1997, pp. 372 ss. MOSCONI, RINOLDI, *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore. Studi e documenti sul kidnapping internazionale*, Cedam, 1988. MONTANARI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni sulla protezione del minore bipolide tra Convenzione dell'Aja del 1961 e diritto comune*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, pp. 100 ss. SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori: l'esordio in Italia della convenzione dell'Aja 25 ottobre 1980*, in *Diritto famiglia*, 1995, pp. 1080 ss. La CE non era membro della Convenzione e perciò ha lasciato un ampio margine di libertà ad ogni Stato membro di adire salvo che una clausola della Convenzione autorizzi espressamente la comunità ad aderire. Per i casi in cui una Convenzione non contenga tale clausola la CE ha elaborato una prassi di coordinamento comunitario degli Stati membri, secondo cui il Consiglio autorizza gli stati a firmare tali Convenzioni nell'interesse della Comunità. Così è avvenuto per la Convenzione dell'Aja del 1996. La Commissione ha presentato anche la proposta di decisione relativa alla firma della CE della Convenzione del Consiglio d'Europa del 15 maggio 2003 sulle relazioni personali riguardanti i minori. Si tratta della Convenzione adottata a Vilnius (Lituania) il 3 maggio 2003 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ed è entrata in vigore il 1° settembre 2005 per Albania, Repubblica Ceca, S. Marino e dal 1° aprile 2007 per l'Ungheria, il cui art. 2, par. 1 consente l'adesione della comunità. Obiettivo primario della Convenzione era di stabilire i principi generali e di applicare alle decisioni relative alle relazioni personali principi destinati ad essere sviluppati ed applicati negli ordinamenti interni per facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni assunte nei singoli Stati riconoscendo al minore separato da uno o da entrambi i genitori il diritto di mantenere relazioni personali dei contatti diretti con entrambi i genitori e con gli altri membri della famiglia, diritto che può essere limitato od escluso ai sensi dell'art. 4 della Convenzione stessa solo quando lo richieda l'interesse preminente del minore. Importante era l'intervento di autorità di uno stesso Stato anche se con la legge interna di quello Stato la competenza in materia matrimoniale e quella sulla potestà dei genitori fosse attribuita a due distinti organi. Come si osserva in prassi in Finlandia che nel 1983 è stato adottato un sistema secondo il quale le questioni relative all'affidamento, alla residenza ed al diritto di visita possono essere risolte a margine dei procedimenti matrimoniali attraverso un accordo che deve essere approvato dalla direzione locale del dipartimento degli affari sociali. Invece per quanto riguarda Italia, le norme sulla competenza contenute nel Regolamento trovavano applicazione non solo nel caso in cui il tribunale ordinario durante la pronuncia sulla separazione personale dei coniugi o sullo scioglimento dovesse decidere anche delle questioni sulla potestà parentale e dell'affidamento dei figli e del diritto di visita del coniuge non affidatario ma sempre in occasione di un procedimento matrimoniale, fosse chiamato ad intervenire il tribunale minorile territorialmente competente per emanare i provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c. relativi alla decadenza o alla reintegrazione sulla potestà dei genitori sui figli minori. Il Consiglio ha lasciato dal 2000 un programma di attuazione del principio del mutuo riconoscimento relativamente al riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale che aveva come scopo lo snellimento delle procedure per l'esecuzione, la soppressione della clausola d'ordine pubblico, la generalizzazione dell'esecutorietà provvisoria e l'attuazione di provvedimenti cautelari e sequestri sui beni del debitore. L'obiettivo secondo lo stesso programma era: "(...) l'eliminazione di qualsiasi controllo della decisione straniera da parte del giudice dello Stato richiesto di modo che la decisione straniera sia considerata in ciascuno Stato richiesto alla stregua di una decisione pronunciata in tale Stato (...)". Non dimentichiamo che secondo l'art. 25 del Regolamento non poteva essere rifiutato il riconoscimento di una decisione straniera perché la legge dello Stato membro richiesto non prevedeva per i medesimi fatti il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio. Quindi l'art. 25 del Regolamento appena citato adotta una soluzione innovativa rispetto alla Convenzione di Bruxelles del 1968 continuando con l'art. 27, par. 4 che si riferiva al non riconoscimento di una decisione che avesse violato una norma di diritto internazionale privato dello Stato richiesto imponendo in tal modo il risultato materiale analogo a quello che sarebbe conseguito all'applicazione delle norme di conflitto dello Stato richiesto. Al contrario l'art. 27 della Convenzione di Bruxelles del 1968 riferiva: "(...) le decisioni non sono riconosciute se il giudice dello Stato d'origine per rendere la decisione ha nel pronunciarsi su una questione relativa allo stato o alla capacità delle persone fisiche, al regime patrimoniale tra coniugi, ai testamenti ed alle successioni, violato una norma di diritto internazionale privato dello Stato richiesto, salvo che la decisione in questione non conduca allo stesso risultato che si sarebbe avuto se le norme di diritto internazionale privato dello Stato richiesto fossero state, invece, applicate (...)". Cfr. HEUZÉ, *De la compétence de la loi du Pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen*, in *Mélanges Paul Lagarde*, 2007, pp. 384 ss. ROTH, *Methodes der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht*, in *IPRax*, 2006, pp. 340 ss. FALLON, *Variations sur le principe d'origine entre droit communautaire et droit international privé*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 188 ss. RIGAUX, *Droit international privé et communautaire*, in *L'internalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 342 ss. DE MIGUEL ASENSIO, *Integración europea y derecho internacional privado*, in *Revue de derecho comunitario europeo*, 1997, pp. 414 ss. WILDERSPIN, LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Revue de derecho comunitario europeo*, 2002, pp. 2 ss. TOSATO, *Some remarks on the limits to mutual recognition of judicial decisions in civil and criminal matters within the European Union*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, pp. 870 ss. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Cedam, 2002, BARIATTI, *Restrictions resulting from the EC Treaty provisions for Brussels I and Rome I*, in Meeusen, Pertegas, Straetmans (a cura di), *Enforcement of international contracts in the European Union: Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp, 2004, pp. 88 ss. BENEDETTELLI, *Connecting factors, principles of coordination between conflict systems, criteria of applicability: three different notions for a "European Community private international law"*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, pp. 424 ss. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, 2005. AUDIT, *Règulation du marché intérieur et libre circulation es lois*, in *Journal de droit international*, 2006, pp. 1334 ss. MACHAELS, *EU law as private international law? Reconceptualising the country of origin principle as vested rights theory*, in *Journal of private international law*, 2006, pp. 196 ss. BALALRINO, MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, pp. 8 ss. MALATESTA, *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: Una partita finita?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 294 ss.

libertà di circolazione. Tale principio potrà rappresentare uno strumento efficace allo scopo di superare il pluralismo normativo in tema di convivenze. Le esigenze imperative che rappresentano la necessità di tutelare i principi fondamentali di uno Stato dovranno essere valutate caso per caso tenendo conto dei diritti fondamentali delle persone del rispetto del principio di non discriminazione, nonché dell'esigenza di salvaguardare la libertà di circolazione.

La famiglia veniva sempre durante il tempo ad assumere il ruolo di contenitore dei diritti fondamentali del singolo. L'art. 7 della Carta di Nizza ha riprodotto testualmente l'art. 8 della CEDU⁷¹ e secondo le spiegazioni del Praesidium sancisce un diritto corrispondente a quello della Convenzione e pertanto la possibilità dell'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto medesimo se prescritta dalla legge e se necessaria in una società democratica. L'elenco dei limiti contenuto nel par. 2 è ampio e fa riferimento: "alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti delle libertà altrui". In realtà la disposizione in esame non prevede garanzie procedurali e si limita a fare riferimento alla legge. La Corte molte volte ha precisato che il processo decisionale che porta all'adozione di provvedimenti limitativi sia equo e rispetti gli interessi dell'individuo protetti dall'art. 8⁷². La Corte europea applicando anche il principio di non discriminazione ne ha dato una configurazione più ampia rispetto al modello matrimoniale. Ha riconosciuto l'esistenza della vita familiare per i rapporti tra partner di sesso diverso in presenza di determinati indici, come la coabitazione, la sua durata, la presenza di figli e l'esistenza di vita familiare tra un transessuale di sesso femminile alla nascita, la sua compagna e la bambina di quest'ultima concepita mediante inseminazione eterologa. In presenza però della effettiva esistenza di legami personali è stato ritenuto contrario all'art. 8⁷³ e all'art. 14 CEDU⁷⁴ di negare l'affidamento di un figlio minore al padre biologico solo in forza dell'ordinamento sessuale di quest'ultimo che conviveva con un partner dello stesso sesso, mentre non ha ritenuto una violazione degli artt. 8 e 14 il rifiuto da parte delle autorità statali di autorizzare l'adozione di un minore da parte di un single omosessuale. Pare auspicabile che la Corte di giustizia interpreti l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali in maniera

⁷¹ PETTITI, DECAUX, IMBERT, *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, 1995. BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ed. Cedam, 2001.

⁷² Cfr. la sentenza Buckley del 25 settembre 1996, McMichael del 24 febbraio 1995, e la decisione nella causa: X, Y e Z c. Regno Unito del 2 aprile 1997.

⁷³ Relativamente all'art. 8 della CEDU possiamo confrontare le seguenti sentenze: la sentenza Johansen c. Norvegia del 7 agosto 1996. La sentenza si è riferita alla soppressione dei diritti di visita della madre e la Commissione ha ritenuto: "(...) per un genitore e un figlio stare insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare (...)". Con la sentenza B c. Regno Unito del 8 luglio 1987 è stata riferita la lesione del diritto al rispetto della vita familiare e le decisioni prese nel suo interesse da parte degli organi preposti a sostituirsi nel ruolo genitoriale. Anche se il minore ha un vissuto segnato da un'esperienza dolorosa e traumatizzante ciò non legittima l'adozione di una misura radicale come l'interruzione dei rapporti. Con la sentenza Eriksson c. Svezia del 22 giugno 1989 è stata evidenziata la modalità di esecuzione di un provvedimento ablativo preclusivo del ripristino della relazione interrotta. Con la sentenza Olsson c. Svezia del 17 novembre 1992 è stato evidenziato il rapporto tra genitore e figlio e l'eliminazione di interventi invasivi esterni nei confronti della famiglia. La Corte ha riferito: "(...) i legami tra i componenti della famiglia e le possibilità di ricreare l'unità familiare si trovano per forza di cose ostacolati se si frappongono ostacoli che impediscono incontri facili e regolari degli interessati (...)". In tutte le cause appena riferite la tematica delle ingerenze nella vita familiare scandiscono uno spazio intangibile riservato alla famiglia, mai esautorato di tutti i propri contenuti fra l'altro la partecipazione e l'emotiva condivisione delle decisioni concernenti la prole espropriata. Le indagini della Corte si sono basate sulla dinamica processuale nella sua globalità valutando in modo blando le motivazioni e le prove e non accettando le ingerenze che siano pertinenti e sufficienti secondo la giurisprudenza consolidata del giudice adito. Non è anche condivisibile dalla Corte la scelta di riprendere i rapporti solo con un figlio per l'incidenza negativa del provvedimento sui rapporti tra i fratelli e sulla ripresa della relazione familiare cui i provvedimenti ablativi sono finalizzati. L'obbligo di ricorrere alla coercizione in questo ambito è limitata e la preoccupazione per la continua interruzione dei rapporti e la reale incapacità di tutelare i propri figli è ovvia e non può tranciare i rapporti tra genitori e figli per consolidamento dello stato di fatto senza necessità di una decisione a riguardo da nessun tribunale. Cfr. anche: GREER, *The european convention on human rights. Achievements, problems and prospects*, Cambridge, Cambridge University press, 2006. RUSSO, QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, ed. Giuffrè, 2006. DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: Alcune considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pp. 1070 ss.

⁷⁴ RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ed. Cedam, 2001. RUO, *Riflessioni a margine della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e procedimenti di famiglia*, in *Diritto di famiglia*, 2006, pp. 1484 ss. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in *Cartabia (a cura di), I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, ed. Il Mulino, 2007, pp. 284 ss. BERRAMDANE, *la Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne*, *Revue Droit dell'Union européenne*, 2006, pp. 250 ss.

più aperta a più vicina ai modelli di famiglia oggi circolanti in Europa. Il preambolo della Carta enuncia il rafforzamento dei diritti fondamentali alla luce della evoluzione della società⁷⁵.

L'art. 9, ispirato dall'art. 12 della CEDU enuncia che il diritto di sposarsi e quello di costituire una famiglia sono garantiti: "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Si tratta di due diritti concepiti come distinti e tutelati nella loro autonomia. In realtà l'art. 9 pur ispirato all'art. 12 della CEDU, presenta rispetto a quest'ultimo una formulazione più aperta. La norma della Convenzione garantisce: "(...) a uomini e donne in età adatta (...) il diritto di sposarsi e costituire una famiglia (...) secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto (...)". L'articolo citato tiene conto della pluralità dei modelli familiari diffusi oggi nei paesi europei e ribadisce il riconoscimento dello status matrimoniale tra le persone nello spazio comunitario e non solo. Anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha interpretato l'art. 12 come norma che garantisce esclusivamente la famiglia fondata sul matrimonio, inteso come relazione istituzionalizzata tra persone di sesso opposto e che deve essere protetto in quanto fondamento della famiglia, negli ultimi tempi ha cominciato ad avere un atteggiamento più aperto.

Nella sentenza B e L c. Regno Unito del 13 settembre 2005 ha sollecitato una maggiore aderenza della legislazione nazionale alla realtà sociale, in modo da non creare sproporzionati impedimenti al matrimonio, in contrasto con l'effettività delle relazioni personali degli interessati. L'art. 9 non esclude che nelle legislazioni nazionali siano previsti dei limiti. Si tratta di restrizioni previste dalla legge che rispettino il contenuto essenziale del diritto, nonché il principio di proporzionalità e che siano necessarie in quanto rispondenti a finalità di interesse generale. Restrizioni al diritto devono poi rispettare le altre disposizioni della Carta e quindi l'art. 7, l'art. 21 sul divieto di discriminazioni, l'art. 23 sulla parità tra uomini e donne e l'art. 3, par. 1⁷⁶.

Diritti ad hoc vengono riconosciuti dall'art. 24 della Carta, come per esempio il diritto ad essere accudito, il diritto di esprimere liberamente la propria opinione che deve essere tenuta in considerazione nelle questioni che lo riguardano e che deve essere tenuta del suo interesse superiore ed il diritto ad avere relazioni con entrambi i genitori⁷⁷. I minori sono anche titolari in base all'art. 20 del diritto di uguaglianza di fronte alla legge secondo anche l'art. 21 non possono essere oggetto di discriminazione in base all'età. La Carta riconosce ai bambini il diritto: "alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere". Principi garantiti e ispirati per prima volta nella prima parte dell'art. 3, par. 2 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, formulata in modo ampio perché si configura quale diritto soggettivo del minore e non come semplice obbligo degli Stati⁷⁸.

Il principio best interest of child è stato riconosciuto dall'art. 24 che costituisce un fondamentale principio configurato come l'insieme delle disposizioni che realizzano il diritto dei minori ad una speciale protezione costituita da idonee garanzie sostanziali e processuali. Esso è richiamato spesso sia nei diritti nazionali che nelle fonti internazionali e rappresenta non solo un principio generale, ma anche un criterio che deve guidare l'operatore giuridico nell'interpretazione del diritto e nelle soluzioni da adottare. Il principio è formulato in maniera generica e in modo da

⁷⁵ ALPA, Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia, in *Familia*, 2003, pp. 440 ss. DE CESARI, Diritto internazionale privato e processuale comunitario, ed. Giappichelli, 2005. BARIATTI, Le competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale, in *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, 2003, pp. 4 ss. POCAR, La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "european conflict of laws evolution"?, in *Rivista di diritto internazionale privato*, 2000, pp. 874 ss. BARATTA, Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2005, pp. 574 ss. PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, Trento, 2006. MORO, Observation sur la communautarisation du droit de la famille, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 676 ss. ROSSI, L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 64 ss. DE MIGUEL ASENSIO, La evolución del derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam, in *Revista española de derecho internacional*, 1998, pp. 374 ss. KOHLER, Interogation sur les sources du droit international privé européen après in Traité d'Amsterdam, in *Revue critique*, 1999, pp. 4 ss. BOELE, WOELKI, Unification and harmonisation of private international law in Europe, in *Private law in the international arena*, Liber amicorum Kurt Siehr, Asser, The Hague, 2000, pp. 62 ss. REMIEN, European private international law, the european community and its emerging area of freedom, security and justice, in *Common market law review*, 2001, pp. 54 ss. BARIATTI, La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al titolo IV del trattato CE, in *Diritto dell'Unione europea*, 2001, pp. 262 ss. DE CESARI, MONTELLA, Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria, Giuffrè, 2004, pp. 42 ss.

⁷⁶ Cfr. Anche la Direttiva 75/34/CEE del 17 dicembre 1974 relativa al diritto di un cittadino di uno Stato membro di rimanere sul territorio di un altro Stato membro dopo avervi svolto un'attività non salariata, la Direttiva 90/364/CEE del 28 giugno 1990 relativa al diritto di soggiorno del 13 luglio 1990, la Direttiva 90/365/CEE del 28 giugno 1990 relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati che hanno cessato la propria attività, il Regolamento n. 1251/90 del 29 giugno 1970 che attribuisce ai lavoratori migranti e ai loro familiari il diritto di residenza nello Stato membro nel quale è stata prestata attività lavorativa anche dopo la sua cessazione.

⁷⁷ Cfr. MCGLYNN, Families and the European Union of fundamental rights: Progressive change or entrenching the status quo?, in *European law review*, 2001, pp. 584 ss.

⁷⁸ Il diritto alla protezione della vita familiare trova conferma nel Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale che al considerando n. 33 recita: "Il presente Regolamento riconosce i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare mira a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

adattarsi alle peculiarità delle situazioni. Ci si riferisce alle varie forme di protezione e di tutela del minore che possono essere richieste nell'ambito della famiglia oppure all'interno di una comunità in rapporto ad Istituzioni pubbliche. Su tale principio è stato fondato il Regolamento n. 2201/2003⁷⁹ che lo richiama in modo espresso come requisito che deve informare le regole di competenze e di proroga della competenza. Nello stesso Regolamento, il rispetto del superiore interesse del minore è alla base delle disposizioni relative alla procedura semplificata di exequatur delle decisioni sulla responsabilità genitoriale ed è motivo ostativo al riconoscimento come detta l'art. 23, che così prevede: "se tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto"⁸⁰.

Nello stesso spirito ricordiamo il diritto del minore che secondo l'art. 12 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 ritiene che il bambino deve essere ascoltato. Il par. 1 dell'art. 24 disciplina che i bambini: "(...) possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità". Il diritto ad essere sentito si distingue dalla libertà di espressione proclamata dall'art. 11 della Carta e riconosciuta anche ai minori in quanto garantisce al bambino il diritto di essere ascoltato e di partecipare alle decisioni all'interno della famiglia. Si tratta di un diritto già affermato e riferito anche nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore aperta alla firma a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e che precisava: "(...) (il bambino deve) ricevere tutte le informazioni pertinenti; essere consultato ed esprimere la sua opinione; essere informato sulle possibili conseguenze dell'attuazione dei suoi desideri e sulle possibili conseguenze di ogni decisione (...)"⁸¹. Il diritto all'ascolto⁸² è stato previsto anche nei procedimenti in materia di sottrazione internazionale dei minori⁸³. La Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori⁸⁴ e di ristabilimento dell'affidamento del 20 maggio 1980 adottata dal Consiglio d'Europa lo prevede nell'art. 16, lett. a). La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori⁸⁵, del 25 ottobre 1980 lo prevede all'art. 13, par. 2 e dà a tale diritto un rilievo particolare. Lo Stato di accoglienza del minore possa rifiutare il rientro, quando questi si opponga al ritorno nel paese dal quale è stato illecitamente sottratto ed abbia raggiunto una età ed una maturità tali da far ritenere ragionevole tener conto della sua opinione. Il considerando n. 19 del Regolamento n. 201/2003 enuncia il diritto del minore ad essere ascoltato sulle questioni che lo riguardano relativamente alla potestà dei genitori⁸⁶. Il legislatore comunitario non ha però tenuto adeguatamente

⁷⁹ MOSCONI, Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 380 ss. OBERTO, Il regolamento del Consiglio (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità parentale nei confronti dei figli comuni, in *Contratto impresa/Europa*, 2002, pp. 362 ss. UCCELLA, 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, pp. 314 ss. LOMBARDINI, Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il Regolamento comunitario n. 2201 del 2003, in *Studium juris*, 2005, pp. 556 ss.

⁸⁰ Cfr. dalla Corte di giustizia anche la causa 30/77, Bouchereau del 27 ottobre 1977 e le cause riunite da C-369/96 a C-376/96, *Abrlade* del 23 novembre 1999.

⁸¹ È stata ratificata dall'Italia con legge del 10 marzo 2003, n. 77.

⁸² Cfr. LIUZZO, L'ascolto del minore tra Convenzioni internazionali e normativa interna, in *Famiglia e diritto*, 2001, pp. 198 ss. GRAZIOSI, Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, pp. 1282 ss.

⁸³ SALZANO, La sottrazione internazionale di minori: Analisi e prevenzione, in *Diritto famiglia*, 2001, pp. 732 ss. MELI, Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia, in *Europa, Diritto privato*, 2007, pp. 448 ss.

⁸⁴ GIUSTI, *Gli effetti patrimoniali della separazione e del divorzio*, ed. Giuffrè, 2008.

⁸⁵ Con l'espressione: sottrazione internazionale s'intende: "(...) il fenomeno del trasferimento all'estero di un minore ad opera di uno dei genitori, effettuato in violazione dei diritti riconosciuti all'altro genitore nell'ordinamento del Paese in cui il minore aveva la residenza abituale prima del trasferimento". Secondo la Corte di cassazione con la sentenza n. 397 dell'11.01.2006 residenza abituale significa: "il 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 la sua quotidiana vita di relazione; trattasi di accertamento riservato all'apprezzamento del giudice del merito (...)". Cfr. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, ed. Giuffrè, 2006. Secondo Culot: "(...) a) se il minore è stato trasferito in uno Stato dell'Unione europea si applicherà il Regolamento Bruxelles II-bis; b) se il minore è stato trasferito in uno Stato che non applica il Regolamento CE, ma ha aderito alla Convenzione di L'Aja del 1980, sarà questo atto a trovare applicazione e c) se lo Stato ove il minore è trasferito non ha aderito a nessuna Convenzione, l'unica strada sarà quella di tentare un procedimento di exequatur del provvedimento italiano di affidamento, se l'Italia era il luogo di residenza abituale del minore, accompagnato da pressioni politiche che potrebbe svolgere solo il Ministero degli Esteri (...)". CULOT, *Diritto processuale della famiglia*, ed. Cedam, 2008, pag. 719.

⁸⁶ Il Regolamento n. 2201/2003 non contiene alcun riferimento alla potestà dei genitori se non nelle note al secondo e quanto allegato dove si parla di potestà congiunta ed ogni riferimento a questo termine è costituito dalla locuzione responsabilità genitoriale, ritenuta, forse a livello comunitario più aderente alla realtà del fenomeno. Per quanto riguarda Italia l'istituto della responsabilità genitoriale è stata riconosciuta tramite l'art. 2048, comma 1 del c.c. che si riferiva nella responsabilità in genere addossata ai genitori per illeciti civili compiuti dai minori. Senza dubbio critiche e dubbi interpretativi sono stati rilevati a causa della mancanza del concetto nel Regolamento n. 1347. In primis, la nozione

conto della necessità che il minore prima dell'audizione, sia informato dall'autorità precedente e neppure ha previsto in modo espresso che l'audizione venga effettuata da un consulente o da un operatore dei servizi sociali. L'ascolto dei minori rappresenta un'attività particolarmente delicata e complessa e che richiede che il giudice sia preparato oltre che sensibile, la norma potrebbe essere interpretata nel senso che il giudice possa far ascoltare il minore da un esperto. Il mancato ascolto del minore assume nella disciplina comunitaria una enfasi particolare in quanto rappresenta un motivo ostativo al riconoscimento. È stato previsto dall'art. 23, lett. b) che se il minore non ha: "avuto la possibilità di essere ascoltato", viene escluso il riconoscimento automatico dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale. Se non è stato rispettato questo diritto neppure è possibile ottenere il certificato di esecutività dei provvedimenti in materia di visita (art. 41, par. 2, lett. c) salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione dell'età o del grado di maturità del minore⁸⁷.

Del pari importante il par. 3 dell'art. 24 che proclama il diritto del bambino: "ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse" recependo quanto previsto da altri strumenti internazionali. Principio cardine che ha trovato fondamento anche nell'art. 9 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, l'art. 8 della Convenzione EDU che riconosce il diritto dei genitori e dei figli a mantenere stabili relazioni soprattutto in caso di crisi matrimoniali e dalla giurisprudenza della CEDU che riconosce il diritto sia ai figli legittimi che naturali. La nascita si instaura in un legame che dà luogo alla vita familiare anche se manca la coabitazione tra i partner secondo la sentenza Keegan c. Irlanda del 30 giugno 2005. Le autorità statali non possono impedire lo svolgimento del rapporto e devono adottare misure per il rientro del minore presso il genitore affidatario in caso di sottrazione⁸⁸. Anche il Regolamento n. 2201/2003 è stato basato su questo principio. Si riscontra nel regime particolare previsto per l'esecuzione del diritto di visita⁸⁹ ma anche nell'esecuzione delle decisioni relative al rientro del minore nel caso della sua sottrazione illecita, regime caratterizzato dalla automaticità, speditezza tenuto conto dell'esigenza di ripristinare la situazione e di proteggere la vita familiare del soggetto affidatario. In realtà le decisioni in materia di visita e di ritorno del minore non richiede la necessità di alcun provvedimento nello Stato membro dell'esecuzione, quando tali decisioni siano esecutive nello Stato membro di origine e siano state ivi certificate secondo i modelli degli allegati VI e VII e come è stato previsto dagli articoli 41 e 42. L'art. 51 del Regolamento prevede che i giudici dello Stato membro dell'esecuzione possono stabilire le modalità pratiche volte ad organizzare l'esercizio del diritto di visita qualora queste non siano previste dalla decisione dello Stato membro competente a conoscere del merito e a condizione che siano rispettati gli elementi essenziali di quella decisione. L'esecuzione e l'organizzazione di tali decisioni continua ad essere soggetta agli ordinamenti nazionali che possono presentare differenze tra di loro e determinare di conseguenza modificazioni anche rilevanti delle decisioni. Il Regolamento citato specifica che i diritti ed i doveri relativi alla responsabilità genitoriale possono derivare direttamente dalla legge da una decisione o da un accordo in vigore e che il termine ricomprende anche il diritto di affidamento ed il diritto di visita. Si tratta di un *ius definitionis* presentato con modo particolare ampio e che disciplina la vita comunitaria e non vuole operare alcuna discriminazione tra i minori escludendo misure per non lasciare ad

andava ricostruita sulla base dell'ordinamento del giudice chiamato a decidere con l'evidente conseguenza che ogni Stato membro avrebbe elaborato una definizione della nozione. La Commissione ha tentato di ricostruire in modo autonomo il concetto esaminato. Ci si era chiesti se il diritto di visita rientrasse a pieno titolo nel concetto di potestà dei genitori. Era fuori di dubbio che in tale nozione dovesse rientrare l'azione diretta a disciplinare l'affidamento, problemi si erano riscontrati sul diritto di visita a favore del coniuge non affidatario. Cfr. CANNONE, L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale, Bari, Cacucci, 2000, pp. 282 ss. HAUSMANN, Il nuovo diritto internazionale processuale in materia matrimoniale nell'Unione europea, in *European legal forum*, 2001/02, pp. 272 ss, che l'autore appena citato ha cercato di dare un'interpretazione più ampia, comprendendo tanto l'azione colta ad ottenere l'affidamento quanto quella volta a disciplinare il diritto di visita era quella di logica. Non dimentichiamo che lo stesso Regolamento n. 2201 ha cercato di risolvere ogni dubbio interpretativo precisando che rientrano secondo l'art. 1, lett. a in primis il diritto di affidamento e quello di visita, oltre a tutela, curatela d'istituti analoghi del minore o dei suoi beni o che lo rappresentano o lo assistono, nonché l'affidamento del minore ad una famiglia o ad un istituto e ogni misura volta a proteggere i beni del minore. Inoltre nell'art. 2 del Regolamento si disciplina l'insieme: "dei 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 (...) i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, i particolare il diritto di intervenire nella decisione del suo luogo di residenza (...) il diritto di condurre il minore in u luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo (...)". Al contrario di tale articolo nell'ordinamento italiano la riforma è stata basata all'abolizione del monopolio del genitore affidatario dei figli per instaurare un generalizzato affidamento condiviso. Il problema non è stato tanto l'accertamento di quale genitore sarà l'affidatario del minore ma come questo affidamento andrà disciplinato e dovrà essere realizzato dai genitori.

⁸⁷ TROMBETTA, PANIGARDI, Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale, Giuffrè, 1999.

⁸⁸ Secondo la Corte di cassazione con la sentenza n. 70 del 23.02.2001: "(...) il Tribunale per i minorenni ha giurisdizione con riguardo al minore straniero illecitamente condotto o trattenuto in Italia non soltanto per la pronuncia sull'istanza di rimpatrio ma anche per le misure temporanee strettamente collegate a tale pronuncia, quali l'affidamento provvisorio del minore ad uno dei genitori e la momentanea sospensione dei rapporti con l'altro genitore (...)".

⁸⁹ CONTI, Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti in materia di diritto di visita e il regolamento CE n. 1347/2000, in *Famiglia e diritto*, 2003, pp. 64 ss. BARUFFI, Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario, Cedam, 2005. MAGRONE, La disciplina del diritto di visita nel regolamento CE n. 2201/2003, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 240 ss.

alcuni bambini e situazioni al di fuori del campo di applicazione del Regolamento. La Corte di giustizia tramite la sentenza Parlamento europeo c. Consiglio del 27 giugno 2006⁹⁰ richiamando il considerando n. 2 della Direttiva n. 2003/86/CE del Consiglio sul ricongiungimento familiare e l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ha cerca di rinvigorire e di intrattenere regolarmente e con modo stabile relazioni con i genitori considerando come contenuto di un principio generale di diritto comunitario il diritto che il minore deve intrattenere regolarmente rapporti personali con ambedue i genitori: "necessità affermata dal medesimo art. 24, n. 3" (p. to 58). Nonostante le differenze fra i diversi ordinamenti, il Regolamento n. 2001/2003 ed in particolare al suo art. 25 ha tenuto solido, che il riconoscimento di una decisione non può essere negato perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede per i medesimi fatti il divorzio⁹¹, la separazione personale⁹² o annullamento del matrimonio, restringendo l'incidenza dell'ordine pubblico⁹³ e favorendo il processo di osmosi normativa⁹⁴. Un'osmosi di valori e di principi che potrà verificarsi tra gli ordinamenti nazionali considerando le Istituzioni comunitarie i destinatari e i promotori per adottare nuovi atti legislativi sulla legge applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio (Roma III)⁹⁵, nonché in materia

⁹⁰ BERTOLI, Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale, Giuffrè, 2005, pp. 402 ss.

⁹¹ Si trova in fase di elaborazione uno strumento comunitario, noto come Roma III che cercherà di completare il quadro giuridico sul diritto applicabile scaturente dalla Convenzione di Roma I del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e dalla proposta di Regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali contenente norme sulla legge applicabile al divorzio. Obiettivo finale del progetto è l'armonizzazione della materia con l'adozione di criteri di collegamento uniformi, elaborando un complesso di norme di conflitto, valide per tutto il territorio dell'UE, tese a consolidare il principio di certezza del diritto, rafforzare la fiducia nella stabilità dei rapporti giuridici e a favorire nel complesso del diritto privato una maggiore tutela dei diritti acquisiti (iura quesita). Il primo risultato di questa strada è stata la direttiva n. 203/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 che si inserisce nelle misure di accompagnamento alla libera circolazione delle persone e nel controllo delle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione. Si tratta di una direttiva che ha cercato di garantire la protezione della vita familiare dei cittadini di Stati terzi, riconoscendo il diritto non assoluto, al ricongiungimento familiare per i cittadini di Stati terzi stabiliti legalmente in uno Stato comunitario. La Commissione ha presentato nel 2003 un libro bianco sulla legge applicabile in materia di divorzio cui ha fatto seguito il libro verde sul divorzio internazionale del 14 marzo 2005 presentato dalla Commissione europea in merito al diritto applicabile ed alla giurisdizione in materia di divorzio. Cfr. GALLUZZO, Libro verde sul divorzio internazionale: alla Commissione risposte entro settembre, in Guida al diritto, Diritto comunitario scambi internazionali, 2005, pp. 100 ss. TONOLO, Il libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio, in Rivista di diritto internazionale, 2005, pp. 768 ss. TREZZA, Il progetto "Roma III": verso uno strumento comunitario in materia di divorzio, in Familia, 2001, pp. 222 ss. KADNER, GRAZIANO, La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé. L'exemple des futurs règlements "Rome II" et "Rome I": appréciation des différentes options, critique et proposition, in Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, 2006, pp. 280 ss. BROGGINI, La scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, in Broggin, Studi di diritto internazionale privato e comparato, ed. Jovene, 2007, pp. 818 ss. WILDERSPIN, ROUCHAUD-JOËT, La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé, in Revue critique de droit international privé, 2004, pp. 2 ss. ELVIRA BENAYAS, El reparto e competencias entre la Unión europea y los Estados en materia e derecho internacional privado. Drama en tres actos, in Homenaje a Julio D. González Campos, pp. 1454 ss. POCAR (a cura di), The external competence of the European Union and private international law, Cedam, 2006. BONOMI, Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile erga omnes, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2007, pp. 315 ss. ROSSI, Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema: L'esclusività della competenza comunitaria, in Rivista di diritto internazionale, 2007, pp. 1008 ss.

⁹² Cfr. la Corte di cassazione nella sentenza n. 1994 del 3 marzo 2004 che ha disciplinato: "(...) la domanda di separazione personale, quando nessuno dei coniugi sia cittadino italiano ed il matrimonio non sia stato celebrato in Italia, è devoluta alla cognizione del giudice italiano, nella disciplina dell'art. 3 della legge 31 maggio 1995, n. 218, in relazione al successivo art. 32, non solo se il convenuto sia residente o domiciliato in Italia (prima comma), ma, in difetto di tale situazione, anche se la parte attrice abbia residenza (anche di fatto) in Italia, tenendosi conto che l'ultima parte del secondo comma di detto art. 3, rendendo operanti ai fini della giurisdizione pure i criteri stabiliti per la competenza territoriale, con riguardo alle controversie non soggette alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 comporta l'applicabilità dell'art. 18, secondo comma, c.p.c. sul foro della residenza dell'attore, ove il convenuto non abbia residenza o domicilio in Italia (...)".

⁹³ Cfr. Anche l'art. 23 del Regolamento comunitario n. 2201/2003 che riferisce: "(...) le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nei casi seguenti: (...) a) quando la decisione è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione; d) su richiesta di colui che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale, se è stata emessa senza dargli la possibilità di essere ascoltato (...)".

⁹⁴ Cfr. anche: HOLLEAUX, FOYER DE LA PRADELLE, Droit international privé, Paris, 1987, pp. 184 ss. DUCEK, SCHWIND, Internationales Privatrecht, Wien, 1979, pp. 8 ss.

⁹⁵ La proposta di introdurre norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale è stata abbandonata nel giugno 2008 a causa dell'opting out del Regno Unito e dell'opposizione della Svezia. Il Consiglio ha dichiarato solo che i lavori continueranno al fine di valutare le condizioni e le conseguenze della realizzazione di una cooperazione rafforzata tra gli Stati membri. Cfr. la Dichiarazione adottata dal Consiglio GAI del 5-6 giugno 2008 (Doc. 9956/08, presse 146), intitolato: Jurisdiction and applicable law in matrimonial matters (Rome III). Durante la sessione del Consiglio, otto Stati, oltre all'Italia, Austria, Grecia, Lussemburgo, Slovenia, Spagna, Romania, Ungheria hanno annunciato che pochi giorni dopo avrebbero invitato formalmente la Commissione a presentare una proposta di cooperazione rafforzata da sottoporre poi al Consiglio, ai sensi dell'art. 11 CE nel rispetto delle condizioni generali prescritte dagli artt. 43-45 UE. In particolare il testo appena riferito disciplina: "(...)this Regulation is to provide a clear and comprehensive legal frame work, covering both jurisdiction as well as applicable law rules in matrimonial matters, and allowing the parties a certain degree of autonomy in choosing the competence Court and applicable law in case of divorce and legal separation (...) spouse would be allowed to choose a competent Court or the law applicable to divorce. In the absence of a choice of law by the spouses, the text would introduce conflict of law rules. According to the proposal, there is a cascade of connecting factored:

di obblighi alimentari e di rapporti patrimoniali tra coniugi. Il processo di avvicinamento delle diverse legislazioni in Europa è anche documentato dal crescente interesse per gli studi di diritto comparato nella materia che possa portare all'armonizzazione del diritto della famiglia. L'esistenza di regole più diffuse ed individuate nel cosiddetto *common core*⁹⁶ formulano regole nuove che tengono conto delle tradizioni storiche e sociali della società europea. Lo scioglimento del matrimonio⁹⁷, l'uguaglianza tra i coniugi, il superiore interesse del minore, l'eliminazione di discriminazioni a carico dei figli naturali, il mantenimento del coniuge divorziato che non abbia mezzi adeguati per far fronte ai propri bisogni sono principi e valori affermati nei diversi Stati europei.

Il lavoro più importante è stato costituito dalla individuazione ad opera della Commission on european family law e di un elenco di principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses. È stato cercato di mettere in comunis alcuni studiosi e di contribuire all'armonizzazione del diritto della famiglia in Europa. Nulla di ufficiale di modo che la attendibilità e la autorevolezza dei risultati di tale lavoro risposano esclusivamente sulla attendibilità ed autorevolezza dei singoli studiosi che fanno parte alla Commissione appena citata.

L'Italia non partecipa a normative di diritto comunitario sostanziale di provenienza internazionale o del diritto pattizio e non dimentichiamo che il legislatore comunitario sinora non ha operato interventi di sorta anche se sono allo studio alcuni aspetti del settore. Nella materia esaminata si concentra un consistente nucleo di origine sia convenzionale che comunitario, di norme di conflitto di leggi⁹⁸, limitato al diritto processuale, cioè al conflitto di giurisdizioni e al riconoscimento delle decisioni estere. Dall'ambito internazionale (im internationalen Verhältnis, en matière internationale)⁹⁹ in primis, ricordiamo la Convenzione dell'Aja del 1° giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e

the divorce is governed by the law of the country of habitual residence of both spouses, failing that, by the law of the last habitual residence of the spouses if one of them still resides there; failing that, the law of the common nationality of the spouses or, failing that, by the law of the forum. The conflict-of-law rules of the proposal aim at ensuring that, wherever the spouses lodge their request for divorce, the courts of any Member State would normally apply the same substantive law (there-fore avoiding forum shopping)".

⁹⁶ PATTI, I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi, in *Familia*, 2005, pp. 350 ss. BOELE WOELKI, FERRAND, GONZLEZ BEILFUSS, JANTERA JAREBORG, LOWE, MARTINY, PINTENS, *Principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Antwerpen, 2004.

⁹⁷ Cfr. anche il caso di scioglimento del vincolo matrimoniale nel diritto musulmano. Secondo Piccinelli: "(...) può venir sciolto per varie cause che possono essere così suddivise: a) cause naturali; b) cause dipendenti dalla volontà del solo marito o di ambedue i coniugi; c) cause legali". Le cause volontarie sono unilaterali o bilaterali. Il matrimonio ha carattere di contratto consensuale e che l'ammettere la risoluzione unilaterale rappresenta un'imperfezione della costruzione giuridica. Non sarebbe esatto qualificare il ripudio come l'atto opposto al matrimonio poiché quest'ultimo è bilaterale, il primo è unilaterale. Nel diritto musulmano esistono varie forme di ripudio (talàq) si può qualificare come ripudio semplice e si distingue da un'altra forma di ripudio. La dottrina musulmana ha seguito la posizione assunta dal profeta e che ha costruito una struttura dell'istituto che è la risultante delle due precedenti, cioè quella c.d. conforme alla sunna e di quella c.d. innovatrice. Il ripudio può essere dato solo dall'uomo. I giuristi musulmani considerano come oggetto (mahall) del ripudio il vincolo matrimoniale, perché vi sia ripudio occorre evidentemente che esista un valido vincolo matrimoniale. Il ripudio è irrevocabile e il vincolo matrimoniale è immediatamente sciolto. Nel caso contrario, i coniugi devono separarsi ma il vincolo matrimoniale perdura. Il ripudio è revocabile senza bisogno di speciali forme. Il ripudio è irrevocabile e il vincolo matrimoniale è immediatamente sciolto, invece nel caso contrario, i coniugi devono separarsi, ma il vincolo matrimoniale perdura. Il ripudio è revocabile senza bisogno di speciali forme, trascorso tale periodo senza che vi sia stata evoca il ripudio diviene irrevocabile e il vincolo matrimoniale è considerato sciolto. Per quanto riguarda il triplice ripudio (talàq tulàthi) è una forma speciale e con effetto di sciogliere immediatamente il vincolo matrimoniale, nonché la stipulazione di un nuovo matrimonio fra le medesime persone, se prima la donna in tal modo ripudiata non ha contratto e consumato un altro matrimonio con una persona diversa da colui che ha pronunciato contro di lei il triplice ripudio. Particolare forme del ripudio è l'islàm e la zihàr. Secondo Piccinelli: "(...) nel diritto musulmano si è conservata questa forma speciale di ripudio ma se ne è diminuita l'efficacia; essa è stata infatti considerata come revocabile. Inoltre, si è imposta, in caso di revoca, un'espiazione (kaffàra) a carico del marito che ha pronunciato tale formula. Dal momento della pronuncia di questa, i coniugi sono tenuti a separarsi, ma il vincolo matrimoniale si considera ancora esistente. Su richiesta della moglie, il qàdì assegna al marito un termine entro il quale egli possa, violento, revocare il zihàr. Trascorso tale periodo senza che il zihàr sia stato revocato, il qàdì dichiara sciolto il matrimonio e la moglie ripudiata è tenuta ad osservare il periodo di ritiro legale ('idda) (...)". Cfr. PICCINELLI, (a cura di), *Il modello islamico*, 2007, ed. Giappichelli, pag. 54. Per quanto riguarda altre cause, quelle sono: cause bilaterali, come per esempio il matrimonio può sciogliersi per mutuo consenso. Si distinguono due forme. La prima chiamata: khul che consiste nel pagamento che la moglie fa al marito di un corrispettivo ('iwad) per essere liberata dal vincolo matrimoniale e il khul che produce come effetto lo scioglimento del vincolo matrimoniale. Se si ripete tre volte produce le medesime conseguenze del c.d. triplice ripudio, così in seguito contrarre un nuovo matrimonio fra loro devono essere osservate le norme stabilite per il caso che l'uomo voglia contrarre un nuovo matrimonio con la donna da lui precedentemente ripudiata con la forma del triplice talàq. In finis, fra le cause legali di scioglimento del matrimonio menzioniamo l'apostasia (ridda) e il matrimonio dell'apostata (murtadd). Un'ultima natura giuridica del matrimonio musulmano è il nikàh, in cui viene usato lo schema igàb, qabùl, un tipo di negozi consensuali. Vari elementi del matrimonio musulmano mostrano la fondatezza di tale assimilazione, ossia il richiedere quale elemento essenziale per l'esistenza del matrimonio da parte dell'uomo, così come il prezzo è richiesto come elemento essenziale per l'esistenza della compravendita; b) la rescissione del matrimonio per vizi redibitori, per mancanza delle qualità pattuite, per inadempimento degli obblighi contrattuali; c) l'esistenza di una forma di scioglimento consensuale (khul) nella quale la donna per liberarsi dal vincolo matrimoniale paga al marito un corrispettivo che rappresenta in realtà un rimborso del mahr pagato per lei dal marito.

⁹⁸ DANNEMANN, *Accidental discrimination in the conflict of laws: Applying considering and adjusting rules from different jurisdictions*, in *Yearbook of private international law*, 2008, pp. 114 ss.

⁹⁹ Perifrasi usata dal legislatore (soprattutto austriaco) per richiamare l'oggetto del collegamento, cioè la fattispecie, il Sachverhalt che presenta elementi di contatto con una pluralità di sistemi giuridici, fattispecie caratterizzate da elementi di estraneità rispetto all'ordinamento statale di cui si tratta. Il diritto internazionale privato è la regolamentazione di fattispecie con elementi di estraneità o transnazionali: "(...) für das internationale Privatrecht sind und können nur interoder übernational gelagerte Tatbestände relevant sein. Hingegen-un dies ist wohl

delle separazioni personali¹⁰⁰. Si tratta di una Convenzione che si applica al riconoscimento di uno Stato contraente, dei divorzi¹⁰¹, delle separazioni acquisiti in un altro Stato contraente per effetto di un procedimento giudiziario o di un'altra procedura ufficialmente riconosciuta. Non solo le sentenze emesse dall'autorità giudiziaria, bensì provvedimenti di natura amministrativa, purchè siano dotati nell'ordinamento di provenienza, di efficacia legale e siano legalmente validi e vincolanti anche agli effetti civili. Si tratta di una Convenzione basata su decisioni di divorzio e separazione personale in senso stretto e non riguarda le disposizioni relative alla colpa, o i provvedimenti circa l'affidamento dei figli e quelli accessori in particolare di condanna pecuniaria. La Convenzione dispone il riconoscimento nei vari Stati contraenti, dei divorzi e delle separazioni pronunciati in un altro Stato contraente, purchè in favore dello Stato a quo militasse, al momento della proposizione della domanda avanti all'autorità competente, almeno uno dei criteri di collegamento stabiliti dall'art. 2. la Convenzione non interferisce per nulla nelle regole che in ogni singolo Stato presiedono a tale competenze dei suoi giudici a statuire in materia di divorzio e separazione dei coniugi. Dall'altra parte è tipico del meccanismo delle Convenzioni a regole indirette che il riconoscimento possa aver luogo purchè solo tra l'ordinamento a quo e la causa militi uno dei criteri ritenuti idonei dalle Convenzioni stesse per avventura il giudice avesse motivato la propria giurisdizione sulla base di un criterio diverso e al limite non contemplato dalla Convenzione¹⁰². Quindi il giudice ad quem qualora il giudice a quo abbia motivato la propria competenza sulla base di un criterio esorbitante da quelli dell'art. 2 della Convenzione dovrà rifiutare il riconoscimento. Si tratti di un criterio sconosciuto al diritto comune interno dello Stato di provenienza. Per la Convenzione l'unico criterio di riconoscimento della decisione estera è che di fatto tra quell'ordinamento e la fattispecie intercorresse uno dei casi stabiliti dall'art. 3, essendo del tutto indifferente quale sia stata la norma interna sulla quale in giudice a quo abbia ritenuta la propria giurisdizione. Secondo Baratta: "(...) affinché la decisione sia riconosciuta negli altri Stati contraenti, occorre che l'autorità dello Stato di origine osservi i criteri di competenza giurisdizionale stabiliti dalla Convenzione. Tale valutazione vale, a nostro parere solo ove si ipotizzi che l'autorità a qua si prefigga espressamente di emettere una decisione suscettibile di riconoscimento in un altro Stato parte della Convenzione: effettivamente in tal caso quella autorità dovrà individuare tra la fattispecie e il proprio ordinamento un collegamento idoneo in base sia al proprio diritto interno, sia alla Convenzione. L'ipotesi più frequente sarà quella di una autorità a qua che decide semplicemente secondo il proprio diritto nazionale, per la parte interessata a far valere la decisione in un altro Stato mentre tra l'ordinamento di provenienza e il caso concreto ricorre anche uno dei criteri di collegamento dell'art. 2 della Convenzione (...) questo meccanismo, ripetiamo: tipico delle Convenzioni a regole indirette di competenza impone all'attore nella causa di divorzio o separazione che abbia esigenza, che la decisione sia poi riconosciuta in un altro Stato parte della Convenzione, di assicurarsi non solo che il giudice da lui adito sia giurisdizionalmente competente alla luce del proprio ordinamento interno, ma che tra tale ordinamento e la fattispecie ricorra uno dei criteri stabiliti dall'art. 2 della Convenzione (...)”¹⁰³. Un'alternativa sarebbe di stabilire un sistema di regole dirette, tali a ripartire la competenza tra i giudici dei vari Stati in funzione di principi comuni. Sarebbe stato utopistico proporre un sistema capace di raccogliere il consenso di un numero significativo di ordinamenti tanto più che si trattava di Convenzione aperta all'adesione, almeno in linea teorica di tutto il mondo. Per quanto riguarda i singoli criteri non sembra il caso di una analisi dettagliata ed analitica, tanto più che la loro formulazione appare abbastanza self explanatory e non suscettibile di particolari incertezze interpretative. Si segnala che la Convenzione esaminata si informa su due principi base, quelli rispettivamente della residenza abituale¹⁰⁴ e della cittadinanza. A un

entscheidend-legt Art. 1 nicht auch fest, was für eine Art und was für einen Grad von Internationalität der Sachverhalt aufweisen muss. Diese Aufgabe bleibt den einzelnen Kollisionsnormen unbenommen (...)”. l'ambito internazionale è quindi un concetto che serve ad identificare l'oggetto della disciplina normativa non altrimenti del concetto più tradizionale di Sachverhalten mit Auslanderührung in privatrechtlicher Hinsicht. Cfr. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EUGVU*, Heidelberg, 1987.

¹⁰⁰ POCAR, HONORATI (a cura di), *The Hague preliminary draft convention on jurisdiction and judgments*, Cedam, 2005, pp. 210 ss. RÜHL, *Das Haager Übereinkommen über die Vereinbarung gerichtlicher Zuständigkeiten: Rückschritt oder Fortschritt?*, in *Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht*, 2005, pp. 210 ss. SIQUEIROS, *La convención de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro. Version final*, in *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2006, pp. 820 ss.

¹⁰¹ BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2004, pp. 130 ss. CARELLA, *Il divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1988, pp. 462 ss. BELLET, GOLDMAN, *La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*, in *Journal de droit international*, 1969, pp. 850 ss.

¹⁰² Il rinvio ai titoli di giurisdizione nazionali comporta l'incorporazione di questi ultimi nei regolamenti e l'estensione della disciplina comunitaria a fattispecie parzialmente anche extracomunitarie. Cfr. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, pp. 992 ss.

¹⁰³ BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2004, pp. 130 ss.

¹⁰⁴ SCHOCKWEILER, *Habitual residence as a connecting factor in questions of personal status under Luxembourg law*, in *Netherlands International Law Review*, 1993, pp. 116 ss. CASTANGIA, *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1983, pp. 210

concetto essenzialmente di fatto, come per esempio la residenza abituale, se ne giustappone un altro, ossia la cittadinanza squisitamente di diritto. Entrambi sono accomunati nella chiarezza e facilità di identificazione. La Convenzione aggiunge nella ipotesi marginale del n. 5 dell'art. 2 e quindi solo per il divorzio quello della presenza dell'attore nello stato a quo al momento della domanda. Si tratta di un concetto che potrebbe apparire eccessivamente di fatto, suscettibile di abusi di forum shopping¹⁰⁵, tanto più che esso si riferisce non al convenuto ma all'attore, nonostante il fatto che tale presenza vale come criterio di giurisdizione, *rectius* indiretto, solo qualora i coniugi abbiano da ultimo dimorato insieme in uno Stato la cui legge non prevedeva il divorzio al momento della domanda. Il ricorso a tale criterio occasionale nello Stato di provenienza della decisione di divorzio si spiega con l'intento di agevolare al massimo la possibilità per il coniuge di vedere riconosciuto il proprio divorzio anche se lo stato di sua dimora abituale non lo prevede. La Convenzione non richiede che la decisione estera sia passata in giudicato. Potrà essere riconosciuta anche una decisione tuttora soggetta potenzialmente od attualmente a gravame nel proprio paese di origine. Il riconoscimento previsto dalla Convenzione è subordinato oltre che al requisito positivo rappresentato dai criteri dell'art. 2, anche da un ulteriore requisito, questo invece negativo: la decisione non deve essere manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato richiesto. Non si dice nulla relativamente alle modalità procedurali del riconoscimento, e ciò propone il dubbio se questo sia necessariamente automatico, oppure se lo Stato ad quem possa assoggettarlo ad un apposito procedimento previsto dal proprio diritto interno. Lo scopo della Convenzione era di non essere applicata comunque e a ogni costo, ma solo di agevolare il riconoscimento e ad essere interpretata come l'Unione strumento da utilizzare a tale scopo. Il regime convenzionale e quello comune non si pongono per nulla in condizione di reciproca alternatività ovvero esclusione, dovrà cioè essere applicata quella tra la normativa comune e quella convenzionale, che più agevoli il riconoscimento della decisione estera¹⁰⁶.

Passando al Regolamento n. 2201, già citato¹⁰⁷ che si applica alla separazione, al divorzio, ovvero all'annullamento del matrimonio, dobbiamo dire che rimangono estranei nelle proprie competenze il regime patrimoniale tra i coniugi in costanza di matrimonio, sia l'obbligo alimentare verso il coniuge ovvero i figli, argomenti ampi e discutibili durante gli anni, come la colpa dei coniugi o altre eventuali accessorie, quali il diritto al nome¹⁰⁸, ecc. Il Regolamento si applica solo alle decisioni che hanno pronunciato rispettivamente la separazione, il divorzio e l'annullamento e che cioè hanno accolto la domanda attrice, mentre invece ne rimangono estranee quelle decisioni che quella stessa domanda hanno rigettato in quanto inammissibile ovvero infondata. Si tratta di una situazione paradossale, ispirata anche dal considerando n. 15 del Regolamento n. 1347¹⁰⁹ e che deriva che i coniugi che siano rimasti frustrati nell'intento di ottenere una certa decisione di loro aspettativa in materia di separazione potranno reiterare a volontà la loro domanda in altri Stati membri sino a che non abbiano raggiunto il risultato voluto. Unica limitazione che il giudice di volta in volta adito sia sempre a sua volta fornito di competenza ai sensi dello stesso Regolamento. Per quanto riguarda il passaggio in giudicato di una precedente decisione di accoglimento della domanda vale solo per le decisioni di accoglimento, le eventuali precedenti decisioni in senso contrario sono a rigore ininfluenti perché ad esse il Regolamento non si applica. Il Regolamento appena citato attraverso una disciplina del riconoscimento delle sole decisioni che mutano un precedente regime matrimoniale e che cioè incidono in un modo o nell'altro sulla ulteriore prosecuzione del matrimonio mira a conseguire a livello comunitario un sistema di aggiornamento continuo ed uniforme estendendo automaticamente in tutto l'ambito di questa l'efficacia di qualsiasi decisione che tale status venga ad innovare. Non sembra applicabile a materie particolari più in qualche modo presentanti punti di affinità con quella del matrimonio in senso stretto, ci riferiamo alle convivenze di fatto sia pure *more uxorio*, al matrimonio tra persone dello stesso sesso e alle registered partnerships sia etero che omosessuali¹¹⁰. Sul piano oggettivo il

ss. COLLIER, *Conflict of laws*, 2 ed., Cambridge, 1996, pp. 23 ss. ROGERSON, *Habitual residence: the new domicile?*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2002, pp. 778 ss. FORLATI PICCHIO, *Critères de rattachement et règles d'applicabilité, à l'heure de la protection des droits de l'homme*, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2005, pp. 922 ss. UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Cedam, 2006.

¹⁰⁵ Cfr. JAREBORG, *Marriage dissolution in an integrated Europe: The 1998 EU Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters (Brussels II Convention)*, in *Yearbook of private international law*, 1999, pp. 8 ss.

¹⁰⁶ In tal senso: DAVÍ, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale e comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, pp. 865 ss.

¹⁰⁷ Cfr. anche: BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, pp. 992 ss.

¹⁰⁸ Cfr. relativamente al diritto del nome dall'ambito comunitario l'unica giurisprudenza dalla Corte di giustizia: a) la causa: C-168/91, *Konstantinidis* del 30 marzo 1993; b) la causa C-148/02, *Garcia Avello* del 2 ottobre 2003 e c) la causa: C-353/06, *Grunkin e Paul* del 14 ottobre 2008.

¹⁰⁹ Cfr. dalla Corte di giustizia la causa: C-68/07, *López* del 29 novembre 2007, la causa: C-195/08, *PPU c. Rinau* dell'11 luglio 2008 e dal Tribunale di primo grado: la causa: T-93/04, *Kallianos* del 17 maggio 2006.

¹¹⁰ MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 306 ss. TOMASI, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*

Regolamento ha applicato il ricco patrimonio della Convenzione dell'Aja del 1970 applicando ai procedimenti in materia matrimoniale ad esclusione delle conseguenze personali accessorie e patrimoniali della dissoluzione della coppia¹¹¹ e indifferentemente dalla loro natura giurisdizionale piuttosto che amministrativa. Per esempio l'art. 2 definisce ai fini dell'applicabilità del Regolamento come autorità giurisdizionale: "(...) tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo di applicazione del presente Regolamento, come "giudice", il "giudice" o "il titolare di competenze equivalenti"¹¹² a quelle del giudice nelle materie che rientrano nel campo di applicazione del presente Regolamento o come "decisione", una "decisione di divorzio", "separazione personale dei coniugi" o "annullamento del matrimonio" emessa da un "giudice di uno Stato membro" (...) e prescindere denominazione usata per "la decisione", quale ad esempio "decreto", "sentenza", "ordinanza" (...) "¹¹³.

Per quanto riguarda la disciplina del Regolamento relativamente alla competenza giurisdizionale dobbiamo dire che tale sistema di regole dirette presenta una sostanziale differenza rispetto a quanto abbiamo visto sia nella Convenzione dell'Aja che nella Convenzione di Bruxelles del 1968. In passato si trattava di regole indirette di competenza giurisdizionale, mentre quelle del Regolamento n. 2201 sono regole dirette¹¹⁴. La normativa del Regolamento disciplina direttamente la competenza giurisdizionale tra i vari Stati membri e questo anche per il procedimento di merito. I criteri di competenza ivi espressi non valgono solo quale presupposto e condizione per il successivo riconoscimento della decisione in un altro paese nel senso che in tanto tale riconoscimento si potrà avere solo in quanto la autorità a qua fosse competente in base ad uno di quei criteri. Le regole dirette entrano in funzione all'inizio stesso della controversia, indicando quale paese sia giurisdizionalmente competente a decidere del merito stesso della data fattispecie indipendentemente dalla circostanza che della decisione così emessa si preveda la successiva richiesta di riconoscimento in un altro paese¹¹⁵. Le regole dirette si sostituiscono nei rapporti tra gli Stati che ad esse partecipano a quelle del diritto internazionale processuale di ogni singolo Stato. Non era però la stessa cosa nella Convenzione dell'Aja che le regole indirette, invece, lasciano intatte le singole normative nazionali. Il Regolamento attua una distribuzione della competenza internazionale tra i vari Stati considerando lo spazio comunitario come un unico spazio giudiziario sostituendosi così ai singoli legislatori nazionali per quanto attiene alla distribuzione della giurisdizione. Il Regolamento n. 2201 nel dettare regole dirette di competenza internazionale riproduce l'esperienza della Convenzione di Bruxelles del 1968 e ora del Regolamento n. 44, prevedendo un foro generale, rappresentato al domicilio del convenuto, cui se ne giustifica pongono altri particolari destinati a funzionare in via esclusiva in dati specifici casi, il Regolamento n. 2201 al suo art. 3 enuncia una serie di fori, tutti tra di loro concorrenti senza che qualcuno di essi sia rispetto agli altri in rapporto da generale a speciale o addirittura esclusivo. Si tratta di una scelta legislativa che trova la sua ragione nella particolare materia regolamentata che il Regolamento disciplina non soltanto la materia matrimoniale ma anche quella della potestà genitoriale¹¹⁶, con tutte le implicazioni in tema di protezione di soggetti particolarmente deboli quali i figli minori. Nozione che trova ulteriore conferma anche nell'art. 17 a

privato e processuale, 2004, pp. 978 ss. HELMS, Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Europaischen Eheverfahrenrecht, in Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2001, pp. 262 ss.

¹¹¹ Secondo il considerando n. 8 del Regolamento n. 2201/2003.

¹¹² JAMETTI GREINER, La protection des enfants dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants les solutions de la Haye, in Venturini, Bariatti (a cura di), Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, op. cit., pp. 489 ss

¹¹³ Vengono in considerazione le decisioni rese dopo il 1° marzo 2005, relative a causa avviate dopo il 1° agosto 2004, per esse il riconoscimento e l'esecuzione è disciplinata da Bruxelles II-bis, purchè la competenza si basasse su regole conformi a quelle di Bruxelles II o II bis, ovvero stabilite in una Convenzione vigente al momento della proposizione dell'azione sia nello Stato a quo che in quello ad quem. Si hanno le decisioni rese tra il 1° agosto 2004 e il 1° marzo 2005, in tal caso si applica il capo II di Bruxelles II bis solo se si tratta di provvedimenti relativi a divorzio, separazione personale, annullamento del matrimonio e in finis, quanto alle decisioni emesse prima della applicabilità di Bruxelles II bis, ma nel vigore di Bruxelles II, la nuova disciplina si applica in quanto la competenza si basasse su norme conformi a Bruxelles II o a Bruxelles II bis, oppure ad una Convenzione vigente tra lo Stato a quo e a quello ad quem, all'epoca della proposizione della domanda.

¹¹⁴ BARATTA, The process of characterisation in the conflict of laws: Suggesting a flexible approach, in Yearbook private of International law, 2005, pp. 156 ss.

¹¹⁵ OBERTO, Il Regolamento del Consiglio (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità parentale nei confronti dei figli comuni, in Contratto e impresa/Europa, 2002, pp. 362 ss. LOMBARDINI, Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: Il Regolamento n. 201/2003, in Studium juris, 2005, pp. 556 ss.

¹¹⁶ Secondo Bonomi: "(...) le Istituzioni dell'Unione hanno rotto un tabù, quello secondo il quale il diritto di famiglia è una materia che esula dalle competenze comunitarie e che non è rilevante per l'integrazione europea (...)". BONOMI, Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori, in Rivista di diritto internazionale, 2001, pp. 300 ss.

differenza di quanto accade col Regolamento n. 44, il giudice è tenuto a verificare d'ufficio la propria competenza giurisdizionale, senza esser in ciò vincolato dall'atteggiamento delle parti¹¹⁷.

Passando alle regole di competenza pur in assenza di apposita definizione contenuta nel Regolamento, secondo l'art. 3 si ricollega: "al luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, fermo restando (...) che occorre tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione (...) "¹¹⁸. Il criterio della residenza abituale di per sé potrebbe presentare una ampia gamma di difficoltà applicative, senza però negare che si tratta di difficoltà assolutamente inevitabili e non sapremmo quale criterio più obiettivo sicuro suggerire in sostituzione di questo in esame. Difficoltà de minimis presenta il criterio della cittadinanza che integra un concetto formale giuridico di ben più agevole accertamento. Si tratta di un criterio formale al quale è sotteso un grado variabile di effettività sostanziale, ci si può porre il problema di cosa succeda in ipotesi di coniuge con doppia cittadinanza. Ai fini del Regolamento entra in gioco la cittadinanza di Stati comunitari, apparirebbe abbastanza fuori luogo individuare una cittadinanza, più cittadinanza dell'altro, così in un certo senso aprendosi la strada ad un sindacato di carattere soggettivo sulle regole in base alla quali i vari Stati attribuiscono la propria cittadinanza¹¹⁹.

Aggiungiamo anche altri due criteri: la domanda riconvenzionale e di conversione della separazione personale in divorzio. Secondo l'art. 4 relativamente alla domanda riconvenzionale l'autorità giurisdizionale davanti alla quale pende un procedimento in base all'art. 3 è competente anche sulla domanda riconvenzionale, in quanto a sua volta rientri nel campo di applicazione del Regolamento¹²⁰. L'unico presupposto di funzionamento della norma non è necessaria l'identità dell'oggetto del titolo della domanda ma si parla di Regolamento in generale e non delle sole norme matrimoniali in senso stretto. Il giudice competente sulla causa di divorzio lo sarà anche per la riconvenzionale sull'affidamento dei figli. L'art. 5 stabilisce che l'autorità dello Stato membro che ha reso la decisione sulla separazione personale è competente per convertirla in una decisione di divorzio, ovviamente: "fatto salvo l'art. 3". Tale autorità sarà competente qualora si tratti di convertire la separazione in divorzio anche se la situazione dei coniugi sia combinata in modo tale che a rigore non ricorrerebbe più alcuno dei criteri dello stesso art. 3. il giudice che era competente per la separazione lo sarà anche per il successivo divorzio in applicazione di quella che efficacemente definita come sorta di *perpetuatio jurisdictionis*. La causa di divorzio dovrebbe essere intentata solo avanti al giudice della separazione, ad esclusione di ogni altro giudice, perché semplicemente l'attore (*forum actoris*) in divorzio avrà alla propria disposizione un foro in più rispetto a quelli che gli deriverebbero in via concorrente dal solo art. 3. L'art. 6 sembra destinato ad operare solo nel caso di conversione della separazione in divorzio e cioè di domanda di divorzio che trovi il proprio presupposto giuridico in una precedente pronuncia di separazione. Se comunque si è avuta una separazione e poi uno od entrambi i coniugi intendano chiedere il divorzio al di fuori del presupposto della precedente separazione, la competenza del giudice del divorzio potrà fondarsi solo sull'art. 3. L'art. 6 sembrerebbe destinato a funzionare in quelli soli Paesi tra i quali in primo luogo anche l'Italia in cui il divorzio presupponga necessariamente una precedente separazione. Si potrebbe ritenere tra le due procedure una consecuzione tale da tenere ragionevole questa particolare e tutto sommato eccezionale *perpetuatio*. Il Regolamento non contiene

¹¹⁷ MOSCONI, Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il Regolamento comunitario del 29 maggio 2000, in Rivista di diritto processuale, 2001, pp. 386 ss. VIARENGO, Problemi di individuazione della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi e ruolo della volontà delle parti, in Notariato, 2000, pag. 1138 ss.

¹¹⁸ Dello stesso spirito confronta la sentenza: Fernández c. Commissione della Corte di giustizia in cui si precisa che per residenza: "(...) deve intendersi il luogo in cui l'interessato ha fissato con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi (...)". Secondo Queirolo: "(...) si fonda sulla necessità di privilegiare un criterio da un lato effettivo ossia capace di individuare un collegamento rilevante tra fattispecie e legge chiamata a regolarla e dall'altro no discriminatorio, ossia equidistante da entrambi i coniugi, al fine di garantire il rispetto di quel principio di eguaglianza ormai riconosciuto ed imposto a livello normativo e giurisprudenziale (...) l'opportunità di utilizzare il criterio della residenza si palesa laddove si consideri che il medesimo pur rappresentando j collegamento mobile ossia mutevole nel corso del tempo risulta idoneo ad identificare con certezza la legge regolatrice della crisi matrimoniale laddove si cristallizzi rispetto alla situazione esistente al momento della presentazione della domanda (...)". QUEIROLO, L'intervento comunitario in materia di separazione e divorzio: La proposta Bruxelles II-bis e le ricadute sul diritto internazionale privato italiano, in Carbone, Queirolo, Diritto di famiglia e Unione europea, ed. Giappichelli, 2008, pag. 243.

¹¹⁹ Vedi anche in tale argomento l'aiuto della Corte di giustizia tramite: 1. la sentenza Micheletti del 7 luglio 1992; 2. la sentenza Saldanha c. Hiros Holding del 2 ottobre 1997, ecc.

¹²⁰ La Corte di giustizia ha interpretato l'art. 4 del Regolamento nel senso che questo strumento è applicabile anche quando il convenuto è domiciliato in uno Stato terzo secondo il parere 1/03 del 7 febbraio 2006. Per quanto riguarda le norme uniformi tali norme su applicano alla sola condizione che il convenuto abbia in uno Stato membro una succursale, un'agenzia o qualsiasi altra sede d'attività e permette l'applicazione delle norme uniformi in quanto le proprie contestazioni portino sul loro esercizio secondo l'art. 24, par. 2, 15, par. e 18, par 2. del Regolamento n. 44 del 2001.

norme di diritto applicabile (il cosiddetto: *Gleichlauf von ius und forum*)¹²¹ e che ogni autorità adita applicherà per decidere sul caso ad essa sottoposto la propria normativa di conflitto con conseguente possibilità concreta che si individuano diversi diritti sostanziali applicabili pur alla stessa fattispecie. Anche al di fuori di tentazioni di forum shopping, pur con tutta la buona fede spesso sarà difficile prevedere quale legge nazionale sostanziale si applicherà ad un determinato matrimonio in caso di separazione, divorzio e così via.

L'art. 32 della Riforma in Italia ritiene sufficiente a creare un collegamento con l'Italia il fatto che uno dei coniugi sia cittadino italiano, nonché la circostanza che il matrimonio sia stato celebrato in Italia. Se è connaturata in qualsiasi strumento normativo inteso a ripartire la giurisdizione tra vari Stati, una anche notevole limitazione della competenza giurisdizionale disciplinabile con possibilità illimitate dalle singole legislazioni interne, è per contro da ricordarsi che una limitazione della giurisdizione italiana sarà compensata con la ben più facile circolazione delle sentenze nazionali, emesse in base ad una normativa sulla giurisdizione pur più circoscritta¹²².

Il Regolamento citato si applica a tutti i procedimenti giudiziari a prescindere che si svolgono dinanzi all'autorità giudiziaria o all'autorità amministrativa, purchè ritenuta competente secondo la legge dello Stato richiesto ed il regime del riconoscimento e dell'esecuzione si applica a tutte le decisioni in materia matrimoniale o di responsabilità genitoriale a prescindere dalla denominazione assunta nello Stato d'origine. Al giudice sono parificate tutte le altre autorità investite in ogni Stato comunitario della competenza a decidere sulle cause matrimoniali e su quelle relative alla responsabilità genitoriale. Nulla esclude che i due procedimenti instaurati seguano due vie distinte, dinanzi a due autorità diverse, appartenenti allo stesso ordinamento giuridico. La nozione di decisione, soggetta al regime dell'automatico riconoscimento e dell'esecuzione è intesa in senso ampio comprendendo qualunque provvedimento sia esso giudiziario od amministrativo, che regola le questioni rientranti nel campo di applicazione del Regolamento a prescindere dal suo nomen juris.

Importante è anche il discorso della giurisdizione in caso di sottrazione di minori¹²³ che secondo l'art. 10 del Regolamento è stato utilizzato come criterio di collegamento la residenza abituale del minore prima della sottrazione al fine di ovviare sia l'ipotesi di forum shopping che a situazioni di trasferimento in uno Stato dettate soltanto dalla successiva possibilità di poter adire i Tribunali di questo Stato nel quale il minore è stato trasferito¹²⁴. Mentre nell'individuazione della competenza del giudice prima del trasferimento è utilizzato il criterio della residenza abituale, l'attribuzione della giurisdizione al giudice dello Stato in cui il minore è stato trasferito è fondata soltanto sulla residenza senza l'ulteriore indicazione testuale dell'abitudine che deve essere verificata dal giudice adito, dato che l'art. 10, lett. b) richiama l'integrazione del minore nel nuovo contesto sociale, integrazione che è indice dell'abitudine¹²⁵. Lo Stato membro in cui il minore è trattenuto potrà adottare soltanto un provvedimento provvisorio contro il ritorno del minore cui potrà succedere una decisione sull'affidamento emessa dallo Stato di precedente abituale residenza del minore. In alcuni casi, quando sia necessario assicurare adeguata protezione agli interessi del minore, l'autorità dello Stato di trasferimento illecito potrà rigettare l'istanza di ritorno se il titolare del diritto di affidamento non abbia esercitato in modo effettivo i suoi diritti di custodia oppure se sussista un: "fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici o, comunque, di trovarsi in una situazione intollerabile (*unzumtbar/irretrievable/breakdown*)"¹²⁶ (art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980)¹²⁷. Se l'autorità dello Stato di trasferimento illecito del minore ha già emanato un provvedimento contrario al suo ritorno nello Stato di precedente residenza deve trasmettere subito e non oltre un mese dall'emanazione della decisione copia

¹²¹ GULDENER, *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zürich, 1951. HABSCHEID, *Schweizerische Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, Basel, Frankfurt, 1986, pp. 24 ss. KAUFMANN, KOHLER, *Conflicts en matière d'obtention de preuves à l'étranger*, in *Annuaire suisse de droit international*, 1985, pp. 110 ss.

¹²² NIBOYET, *La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial*, in *Journal de droit international*, 2006, pp. 938 ss.

¹²³ CASTELLANETA, *Con le nuove integrazioni normative più difficile la sottrazione illecita dei fanciulli*, in *Guida al diritto, diritto comunitario e internazionale*, 2005, pp. 24 ss.

¹²⁴ PAZÉ, *Le garanzie processuali nel procedimento civile per la sottrazione internazionale dei minori*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, pp. 382 ss.

¹²⁵ Secondo la Cassazione nella sentenza n. 2748 del 25 febbraio 2002: "(...) un trasferimento è da considerarsi illecito quando avvenga in violazione del diritto di custodia, il cui effettivo esercizio costituisce presupposto necessario per invocare la tutela convenzionale (...)".

¹²⁶ ZAMBARANO, voce: *Separazione in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, 1998, pp. 440 ss. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, pp. 2 ss. PHILIPPS, *Putting asunder: A history of divorce in western society*, Cambridge University press, 1988, pp. 572 ss.

¹²⁷ Nozione richiamata anche sull'art. 11 del Regolamento introducendo anche una attenuazione nella tutela degli interessi del minore laddove attribuisce ai giudici dello Stato richiesto di effettuare una valutazione discrezionale sulle condizioni esistenti nello stato di ritorno e di emanare il provvedimento di ritorno. Se l'autorità competente dello stato richiesto accetta che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno. Sono riconosciuti all'autorità competenti un potere di valutazione discrezionale, circa l'esistenza di una situazione di pericolo ed un potere di valutazione dell'idoneità delle misure che lo Stato di rientro accorda al minore che possono eventualmente portare al rigetto dell'istanza di ritorno.

di quest'ultima all'autorità competente dello Stato in cui il minore risiedeva prima del trasferimento illecito o del suo mancato ritorno. Le parti interessate possono entro nei tre mesi successivi alla notifica, le loro conclusioni, pena l'archiviazione del procedimento. In caso che una causa pena in uno Stato membro diverso da quello di residenza abituale del minore, la competenza per la questione relativa alla responsabilità dei genitori può essere attribuita all'autorità competente per la causa matrimoniale purchè uno dei coniugi eserciti la responsabilità genitoriale sul figlio e tale competenza giurisdizionale sia stata accettata in modo non equivoco dai coniugi e ciò sia conforme all'interesse superiore del minore. Sia necessaria una proroga di competenza per l'accettazione della competenza giurisdizionale da parte dei coniugi, sollevando contemporaneamente interrogativi per l'accettazione in "modo univoco" se possa desumersi anche dal comportamento implicito del coniuge convenuto che non eccepisca il difetto di giurisdizione dei genitori e l'interesse del minore. L'esistenza di un accordo tra i coniugi sulla proroga della giurisdizione lasci un margine per valutare la competenza del giudice adito sotto il profilo dell'interesse del minore. È pacifico che l'interruzione del procedimento sulla responsabilità dei genitori ancora pendente nel caso in cui sia passata in giudicato la decisione sulla causa matrimoniale. In tal caso ci si dovrà attenere alla data del passaggio in giudicato della decisione relativa alla responsabilità stessa, una volta iniziato tale procedimento dovrà continuare fino alla decisione finale, essendosi create legittime aspettative dei genitori dei figli sulla regolare conclusione delle cause nello Stato in cui è iniziata. La volontà del titolare della responsabilità genitoriale di radicare la causa in uno Stato diverso da quello della residenza abituale del minore viene presa in considerazione nell'ambito del Regolamento soltanto se la scelta del foro coincide con uno di quelli espressamente previsti, quello della causa matrimoniale, quello di cittadinanza del minore o di residenza di uno dei genitori. La competenza giurisdizionale in materia di responsabilità genitoriale attribuita o all'autorità dell'ordinamento in cui pende la causa matrimoniale oppure all'autorità dello Stato con cui il minore presenta uno stretto legame sia conforme all'interesse del minore, in particolare quando il procedimento si riveli impossibile nel paese terzo interessato. Non si lascia al minore che ha un qualche contatto con uno Stato comunitario, privo della tutela prevista dal Regolamento e dalla Convenzione dell'Aja del 1996¹²⁸. Secondo l'art. 12 possiamo anche arrivare ad una interpretazione letterale dell'inciso: "qualora non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore" che per applicare il seguente art. 13 non deve essere possibile determinare in quale Stato sia esso comunitario o extra-comunitario, il minore abbia la sua residenza abituale. La ratio della norma è quella di assicurare un foro giurisdizionale al minore che altrimenti mancherebbe non avendo una residenza abituale e non quella di ampliare in modo indeterminato la competenza dei giudici comunitari in materia di responsabilità genitoriale. In via eccezionale l'auctoritas competente possa conoscere nel merito la causa, d'ufficio o su istanza di una parte, se ritiene che l'autorità di un altro Stato comunitario possa conoscere meglio il caso concreto, in quanto il minore presenta con quello Stato un legame particolare che questo corrisponda al superiore interesse del minore. Sicuramente la doppia valutazione del superiore interesse del minore compiuta tanto dall'autorità dello Stato competente che propone il trasferimento quando da quella dello Stato con cui il minore presenta uno stretto collegamento che accetta tale trasferimento costituisce senza dubbio una misura di salvaguardia supplementare tesa a non abusare di questa previsione che va applicata in via eccezionale. Per evitare abusi è lo stesso Regolamento che tramite l'art. 15, 2o comma ha cercato di stabilire quando il minore presenti con uno Stato un legame particolare. Questo avviene se tale Stato membro è divenuto lo Stato di una nuova residenza abituale del minore, dopo la presentazione di una domanda che lo riguardi presso l'autorità di un altro Stato, se in questo Stato il minore aveva la propria residenza abituale in precedenza, se è cittadino di questo Stato, se è lo Stato in cui risiede uno dei titolari della responsabilità genitoriale oppure la causa riguardi l'amministrazione, la conservazione o l'alienazione dei beni del minore situati in quello Stato¹²⁹.

Un ampio sistema di cooperazione tra autorità centrali è stato costituito dal capo IV del Regolamento n. 2201 che permette all'autorità centrale il compito di assistere lo Stato secondo l'art. 53 e di mettere a disposizione informazioni sull'ordinamento e sulle procedure nazionali per migliorare l'applicazione del Regolamento e rafforzare la operazione

¹²⁸ PICONE, La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, pp. 706 ss. ESTEBAN DE LA ROSA, El Convenio de la Haya e 19 de octubre de 1996 sobre proteccìon del niño: Exclusionìon del acogimiento preadoptivo de su àmbito de aplicaciòn material? Reflexions en torno al art. 4 lett. B), in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, pp. 706 ss. SIEHR, Das neue Haager Übereinkommen von 1996 über den Schutz von Kindern, in *Rabels Zeitung*, 1998, pp. 464 ss. DEL VECCHIO, La protezione dei minori nell'evoluzione delle convenzioni internazionali in materia, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, pp. 668 ss. LAGARDE, La protection du mineur double-national talon d'Achille de la convention de la Haya du 5 octobre 1961, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Cedam, 1989 ss. BONOMI, La convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori in revisione, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, pp. 608 ss. BONOMI, CASHIN RITAINE, ROMANO, La convention de Lugano. Passè, présent et devenir, Zurigo, 2007.

¹²⁹ BARATTA, Il Regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli, in *Giustizia civile*, 2002, pp. 456 ss.

inter-statale, ricorrendo ad una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale istituita con la Decisione 2001/470/CE del Consiglio del 28 maggio 2001¹³⁰. Un ruolo determinante ed attivo si concentra alle autorità centrali che possono sorgere e/o risolvere molteplici questioni relativamente alla responsabilità genitoriale, riducendo le difficoltà che incontra un genitore affidatario per rintracciare il figlio che sia stato trasferito illecitamente in un altro Stato membro e per conoscere le procedure giudiziarie e/o amministrative locali. Con tal modo si garantisce l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale e si realizza una forma di cooperazione operante su due livelli. Nel primo livello si attua un sistema di informazione sulle leggi e sulle procedure nazionali e nell'adozione di misure per migliorare l'applicazione del Regolamento, secondo l'art. 54 del Regolamento n. 2201. Invece nel secondo livello si concentrano nella raccolta e nello scambio di informazioni sul minore, nell'assistenza ai titolari della responsabilità genitoriale che richiedono l'esecuzione e semplificazione della comunicazione tra le autorità giurisdizionali e nella mediazione finalizzata a promuovere un accordo tra i titolari della responsabilità genitoriale secondo l'art. 55 del Regolamento 2201. Nel caso in specie in cui l'autorità giurisdizionale competente intenda collocare il minore in un istituto o in una famiglia affidataria in uno Stato membro diverso da quello di residenza del minore deve preliminarmente consultare l'autorità centrale di tale Stato. Tale consultazione è anche vincolante per il giudice competente in quanto non può disporre il collocamento del minore nel nuovo Stato senza il consenso dell'autorità centrale interessata secondo l'art. 56 del Regolamento, n. 2201¹³¹.

In realtà il Regolamento n. 2201/2003 cerca di "contrattualizzare" i rapporti familiari e le relazioni di coppia. La scelta della legge applicabile sia supportata al più ampio riconoscimento del ruolo dell'autonomia privata e presenti indiscussi vantaggi in termini di certezza del diritto, ossia della famiglia legittima quanto la famiglia c.d. di fatto. I coniugi devono essere d'accordo nell'individuazione della legge regolatrice e nella capacità di manifestazione della volontà non viziata da parte di persona capace¹³². Secondo l'art. 20 bis del Regolamento i coniugi devono scegliere per la propria separazione o divorzio la legge che cada sulla legge dello Stato: a) di ultima residenza comune che una delle parti vi risiede ancora; b) nella sede che uno dei coniugi ha la cittadinanza; c) nella sede che hanno vissuto come coppia o separatamente per almeno gli ultimi 5 anni e d) il luogo che si è presentata la domanda. In realtà i primi tre criteri permettono anche la scelta di legge di un paese terzo, invece gli altri criteri prendono in considerazione anche il foro adito che sia localizzato all'interno di un paese membro.

In finis, la ricerca di principi comuni, di regole armonizzate o addirittura di una disciplina uniforme sembra un obiettivo difficile da raggiungere in una materia fortemente incisa dalla tradizione e dalla struttura sociale e politica dei singoli Stati, per quanto, per lo meno tra gli Stati parte dell'Unione, i modelli di vita e di pensiero si siano molto avvicinati rispetto al passato. Si tratta di un forte ravvicinamento che si basa anche sul lavoro del risultato di un lungo lavoro e di una forte attenzione delle Istituzioni Comunitarie, iniziando dagli anni novanta sia in materia di diritto di famiglia in generale¹³³ che in materia di tutela dei minori¹³⁴.

In realtà l'intervento della Comunità in via sussidiaria è soggetto a diversi presupposti, ossia: a) è previsto solo per le materie che rientrano nella competenza concorrente della Comunità, non potendo realizzarsi al di fuori di alcuna attribuzione; b) deve riguardare un'azione a dimensione europea ovvero che presenti aspetti transnazionali che gli Stati membri non siano in grado di regolare in modo esauriente e c) può attuarsi attraverso tecniche differenti ossia tramite la promozione della cooperazione tra gli Stati a completamento della loro azione solamente quando l'intervento si riveli indispensabile dal momento che l'azione dei soli Stati membri comprometterebbe gli obiettivi del trattato, gli interessi degli Stati ovvero attraverso l'intervento comunitario, si possano conseguire risultati più vantaggiosi. Nella pratica normativa e giurisprudenziale in modo quasi impercettibile e con una velocità sorprendente anche se con modalità tali da non essere immediatamente riconoscibile in quanto tale i confini tra le competenze

¹³⁰ Cfr. POLITI, La Convenzione dell'Aja del 1965 sulle notificazioni civili all'estero e le notifiche e cura di consoli italiani, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, pp. 376 ss. SARAVALLE, La Convenzione dell'Aja sull'assunzione di prove all'estero, in *Diritto commerciale internazionale*, 1987, pp. 482 ss. VACCARO, L'adozione internazionale e la convenzione de L'Aja, in *Diritto e famiglia*, 1996, pp. 1128 ss.

¹³¹ FERRANDO, Il nuovo diritto di famiglia, Il Mulino, 2007, pp. 1108 ss.

¹³² Confronta anche l'art. 23 della legge n. 218/1995 relativamente alla capacità di agire che prevede: "la capacità di agire delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale (...) quando la legge regolatrice di un atto prescrive condizioni speciali di capacità di agire, queste sono regolate dalla stessa legge (...)".

¹³³ Fra gli altri atti ricordiamo le Risoluzioni dell'8 febbraio 1994 sulla protezione della famiglie e dei nuclei familiari a conclusione dell'anno internazionale della famiglia e quella del Consiglio del 4 dicembre 1997 relativa alle misure da prendere per combattere il fenomeno dei matrimoni fittizi.

¹³⁴ Cfr. in particolare la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 luglio 1992 su una Carta europea dei diritti del fanciullo, la Risoluzione del Parlamento europeo del 28 gennaio 1999 sulla protezione della famiglia e dell'infanzia del 7 maggio 1999, la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 1996 su misure per la protezione dei minori nell'UE e che definisce: "(...) ogni essere umano al di sotto del diciottesimo anno di età (...) tutto il complesso delle attività sociali intese a consentire il normale sviluppo dei giovani e la promozione delle loro capacità affinché divengano adulti in grado di assumere la propria posizione nella famiglia e nella società (...)", sottolineando l'interesse del minore come particolare importanza affermando il suo diritto alla vita, alla famiglia, all'istruzione e alla protezione sociale.

nazionali e quelle comunitarie si stanno spostando a favore della Comunità che è impegnata in un preciso e programmatico piano di azione teso ad accaparrarsi spazi di azione sempre più estesi con correlativa erosione delle prerogative degli Stati membri¹³⁵. Un tipo di obbligo di coordinamento tra gli ordinamenti dei paesi comunitari, costretti a riconoscere gli status personali e familiari creati negli altri Stati membri in relazione ai cittadini dell'Unione e/o secondo la Corte di giustizia nella sentenza Stefan Grunkin e Dorothe Regina Paul c. Leonhard Matthias Grunkin-Paul e Standesamt Stadt Niebüll del 24 aprile 2008: “(...) rispettare il diritto di ogni cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberalmente nel territorio degli Stati membri (...) di conseguenza, le autorità di uno Stato membro, in sede di registrazione del nome di un cittadino dell'Unione, non possono automaticamente rifiutare di riconoscere un nome con cui egli è stato già legalmente registrato in conformità alla normativa in un altro Stato membro, salvo che il riconoscimento sia in conflitto con ragioni imperative di interesse generale che non ammettono eccezioni (...)”¹³⁶.

¹³⁵ Secondo la sentenza: Orfanopoulos e altri e Raffaele Oliveri c. Land Baden-Württemberg, cause riunite C-482/01 e C-493/01 del 29 aprile 2004, la Corte ha disciplinato: “(...) l'importanza di assicurare la tutela della vita familiare dei cittadini comunitari al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. In particolare, è pacifico che l'esclusione di una persona da un paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare come previsto dall'art. 8, n. 1 della Convenzione, il quale fa parte dei diritti fondamentali che secondo la giurisprudenza costante della corte, sono tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario (...)”. Nello stesso spirito anche la sentenza della CEDU, Boulif c. Suisse del 2 agosto 2001 che ha parlato per una: “necessaria società democratica (...) basata e prevista dalla legge (...)”.

¹³⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Shogston nella causa appena citata, n. C-353/06.