



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DELL'INSUBRIA

TESI DI DOTTORATO IN STORIA E DOTTRINA DELLE ISTITUZIONI

**POTESTA' DEI GENITORI, RESPONSABILITA' GENITORIALE
E PROTEZIONE DEI MINORI NEL DIRITTO
INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE**

TUTOR: Ch. mo Prof. Giorgio Conetti

Ch. ma Prof. ssa Sara Tonolo

DOTTORANDA: Martina Tonetti

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

**POTESTA' DEI GENITORI, RESPONSABILITA' GENITORIALE E PROTEZIONE
DEI MINORI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE**

INDICE

INTRODUZIONE p. 1

CAPITOLO I

LE FONTI DELLA DISCIPLINA ED I RISPETTIVI AMBITI DI APPLICAZIONE p. 9

1. *Il diritto internazionale italiano in materia di potestà genitoriale, rapporti genitori-figli e protezione dei minori.* p. 9

2. *Le Convenzioni dell'Aja del 1961 e del 1996 sulla protezione dei minori.* p. 12

2.1 *L'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961*..... p. 12

2.2 *Il rinvio "in ogni caso" alla Convenzione dell'Aja del 1961 e l'estensione de suo ambito di applicazione.* p. 17

2.3 *L'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1996.* p. 24

3. *L'ambito di applicazione del Regolamento CE 2201/2003 in materia di responsabilità genitoriale*..... p. 27

4. *Il Coordinamento delle fonti e l' applicabilità residuale delle norme nazionali e convenzionali*..... p. 37

CAPITOLO II

LA COMPETENZA GIURISDIZIONALE p. 41

1. *Considerazioni generali: l'interesse prevalente del minore*..... p. 41

2. *I criteri di giurisdizione accolti nel Reg. CE 2201/2003*..... p. 48

2.1 Il criterio generale della residenza abituale del minore.	p. 51
2.2 I criteri di giurisdizione in materia di sottrazione internazionale di minori.	p. 57
2.3 Proroga e trasferimento della competenza.	p. 63
2.4 La litispendenza e la connessione nel Reg. CE 2201/2003.....	p. 76
2.5 La competenza giurisdizionale ad emettere provvedimenti cautelari nel Reg. CE 2201/2003.	p. 79
3. Il criterio della residenza abituale nella Convenzione dell'Aja del 1961.	p. 85
3.1 La competenza giurisdizionale ad emettere provvedimenti cautelari nella Convenzione dell'Aja del 1961.	p. 92
4. La giurisdizione residua in base alla legge italiana.....	p. 96
4.1 Accettazione e deroga della competenza ex art. 4 l. 218/1995.....	p. 101
4.2 La litispendenza internazionale ex art. 7 l. 218/1995.....	p. 102
5. Profili di criticità dei sistemi di giurisdizione in materia di potestà genitoriale, responsabilità genitoriale e protezione dei minori.....	p. 105

CAPITOLO III

LA LEGGE APPLICABILE.....	p. 109
1. Osservazioni generali.....	p. 109
2. Il problema della legge applicabile alle controversie in materia di responsabilità genitoriale.....	p. 111
3. La legge applicabile ai rapporti genitori-figli ex art. 20 disp. prel. cod. civ.	p. 115
4. La legge applicabile ai rapporti genitori-figli ex art. 36 l. 218/1995.	p. 122
5. La legge applicabile alle misure di protezione del minore ex art. 42 l. 218/1995.....	p. 125
6. Il coordinamento delle norme di conflitto.	p. 130
7. Alcuni problemi di funzionamento del criterio della cittadinanza.	p. 133

8. *Limiti all'applicazione della legge straniera: l'ordine pubblico*..... p.145

CAPITOLO IV

IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DELLE DECISIONI STRANIERE..... p. 149

1. *Osservazioni introduttive*. p. 149

2. *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dell'UE*..... p. 156

2.1 *Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti sul diritto di visita e sul ritorno del minore*..... p. 163

3. *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese negli Stati terzi*..... p. 169

4. *I motivi ostativi al riconoscimento: analogie e differenze tra il Regolamento CE 2201/2003 e la legge 218/1995*. p. 184

4.1 *Il limite dell'ordine pubblico internazionale: caratteri fondamentali*..... p. 191

4.2 *Il riconoscimento della kafalah islamica nell'ordinamento italiano*..... p. 195

5. *Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti provvisori in materia di responsabilità genitoriale e protezione de minori* p. 203

CONCLUSIONI..... p. 208

BIBLIOGRAFIA..... p. 219

INTRODUZIONE

I. La responsabilità genitoriale o, più generalmente, i diritti e i doveri che sorgono in capo ai genitori al fine di tutelare gli interessi dei figli minori, è oggetto di una disciplina riconducibile a fonti differenti, con riguardo ai diversi aspetti di volta in volta rilevanti. Ciò sia nei sistemi nazionali, sia nel quadro delle fonti esterne del diritto internazionale privato e processuale che, ad esempio, considerano rispettivamente: la potestà dei genitori, disciplinata dal Regolamento CE 1347/2000¹ e dall'art. 36 della legge 218/1995²; la responsabilità genitoriale, oggetto del Regolamento CE 2201/2003 e della Convenzione dell'Aja del 1996³; la protezione dei minori, prevista dalle Convenzioni dell'Aja del 1961⁴ e del 1996, nonché dall'art. 42 della legge 218/1995.

Dalla considerazione di tali aspetti è nato l'interesse per la presente ricerca, rivolta al coordinamento delle fonti di diritto internazionale privato e processuale al fine di ricostruire una disciplina unitaria della materia, individuandone gli aspetti comuni ed i possibili contrasti.

Nella ricerca ci si rivolgerà, pertanto, all'analisi dei profili concernenti la determinazione della giurisdizione e della legge applicabile, nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese all'estero con riguardo ai diversi aspetti rilevanti: la potestà dei genitori, la responsabilità genitoriale e le misure di protezione dei minori.

¹ Regolamento CE 1347/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, sostituito dal Regolamento CE 2201/2003 pubblicato in *GUUE L* 338 del 23 dicembre 2003; modificato, rispetto ai trattati con la Santa Sede, dal Regolamento CE n. 2116/2004 del Consiglio, del 2 dicembre 2004, in *GUUE L* 367 del 14 dicembre 2004.

² Legge 31 maggio 1995, n. 218, Legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, in *Gazz. Uff.* del 3 giugno 1995, n. 128 suppl. ord.

³ Convenzione concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, adottata nella XVIII Sessione della Conferenza dell'Aja ed aperta alla firma il 19 ottobre 1996. Firmata dall'Italia in data 1 aprile 2003, ma non ancora ratificata, ciò nonostante gli Stati membri dell'Unione europea hanno firmato la Convenzione a seguito della decisione del Consiglio del 19 dicembre 2002 (*G.U.U.E. L* del 21 febbraio 2003 n. 48, p. 1 s), che li ha a ciò espressamente autorizzati. Con la stessa decisione è stato peraltro disposto che essi dichiarassero all'atto della firma che avrebbero applicato, a preferenza delle regole convenzionali, le disposizioni di diritto comunitario in tema di efficacia delle decisioni provenienti da altri Stati membri dell'Unione europea nelle materie regolate dalla Convenzione. Si veda altresì: Decisione del Consiglio n. 2008/431/CE del 5 giugno 2008, che autorizza alcuni Stati membri a ratificare la Convenzione dell'Aja del 1996, ovvero ad aderirvi nell'interesse della Comunità europea, e che autorizza alcuni Stati membri a presentare una dichiarazione sull'applicazione delle pertinenti norme interne del diritto comunitario, in *G.U.U.E. L* n. 151 del 11 giugno 2008. Per i riferimenti alla Convenzione dell'Aja del 1996 cfr.: Cap. I, par. 2.3; Cap. II, par. 3.1; Cap. III, par. 5; Cap. IV, par. 4.2.

⁴ Convenzione sulla competenza e sulla legge applicabile alla protezione dei minori, adottata all'Aja il 5 ottobre 1961 e ratificata e rese esecutiva con legge del 24 ottobre 1980, n. 742, in *Gazz. Uff.*, 12 novembre 1980 n. 310 suppl. ord..

II. Il Capitolo I considererà le fonti che disciplinano la potestà dei genitori, la responsabilità genitoriale e la protezione dei minori, al fine di analizzarne portata e ambito di applicazione materiale e spaziale.

In primo luogo si evidenzia come la legge 218/1995 consideri solo la potestà genitoriale e la protezione dei minori, senza fare alcun cenno alla responsabilità genitoriale, che trova la propria disciplina nel Regolamento CE 2201/2003 e nella Convenzione dell'Aja del 1996.

In particolare, in ambito di giurisdizione e legge applicabile, il sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale distingue tra la disciplina dei rapporti genitori - figli e quella della protezione dei minori⁵: la lettera dell'art. 36 l. 218/1995, riconduce espressamente l'istituto della potestà genitoriale ai rapporti genitori – figli, suggerendo come il primo sia il principale contenuto dei secondi. Nel contesto della tradizionale separazione tra rapporti genitori – figli e misure di protezione dei minori⁶, il dato normativo dell'art. 36 stimola la riflessione circa la qualificazione della potestà genitoriale come aspetto dei rapporti genitori figli o come strumento di tutela dei minori. Nonostante l'indicazione normativa, infatti, non vi è dubbio, che la potestà genitoriale abbia propriamente lo scopo di tutelare i figli minorenni, i quali, data la loro giovane età, si trovano in condizioni di debolezza psichica e fisica, tali per cui i genitori abbiano il diritto – dovere di gestire i loro interessi.

Sin dalle prime osservazioni, emerge, quindi, una difficoltà nell'individuare quali istituti siano riconducibili ai rapporti genitori – figli e quali siano invece misure di protezione dei minori, evidenziando il labile confine tra i due ambiti.

La protezione dei minori non è considerata solo dalla legge 218/1995, ma trova ampia previsione nelle Convenzioni dell'Aja del 1961 e del 1996, nell'ambito della più generale disciplina della tutela dei minori di cui alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo⁷ e alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo⁸.

⁵ Mentre per quanto riguarda il riconoscimento delle decisioni straniere, la disciplina riguarda la materia familiare *latu sensu* intesa: cfr. artt. 65 e 66 l. 218/1995.

⁶ Sulla tradizionale separazione dell'ambito dei rapporti genitori-figli, da quello delle misure di protezione dei minori: CAPOTORTI, *La capacité en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, tome 110, 1963, p. 229.

⁷ Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, aperta alla firma il 20 novembre 1989 a New York, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, in *Gazz. Uff.*, 19 giugno 1991, n. 135 suppl. ord..

⁸ Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, aperta alla firma il 25 gennaio 1996 a Strasburgo, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, in *Gazz. Uff.* del 18 aprile 2003, n. 91, suppl. ord..

I rapporti endofamiliari, oggetto di questa tesi, sono quindi disciplinati anche da fonti europee, a dimostrazione di come l'Unione Europea abbia ormai acquisito piena competenza anche nel diritto di famiglia, determinando l'applicazione residuale della legge 218/1995 e delle Convenzioni internazionali e dando, così, luogo ad un caso di comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale⁹.

Tuttavia, nell'ambito della ricerca, gli effetti della comunitarizzazione del diritto internazionale privato vengono considerati solo con riferimento alla responsabilità genitoriale e limitatamente alle questioni attinenti la giurisdizione ed il riconoscimento, non essendo l'individuazione della legge applicabile oggetto di disciplina da parte degli atti dell'Unione Europea in materia.

III. Ciò significa che, in tema di giurisdizione, sussistono norme di fonti diverse, il cui coordinamento non è sempre agevole. La questione è oggetto del Capitolo II, in cui vengono analizzati distintamente i criteri di giurisdizione previsti dal Regolamento CE 2201/2003, dalla legge 218/1995 e dalle Convenzioni dell'Aja del 1961 e del 1996.

In linea generale, è possibile affermare come il criterio di giurisdizione di maggiore applicazione sia la residenza abituale del minore. Tale criterio ha il merito di avere carattere fattuale e non giuridico, con la conseguenza che l'individuazione della giurisdizione avviene sulla base di valutazioni di fatto, svincolate da qualsiasi qualificazione giuridica. Ampio spazio verrà dedicato alla descrizione degli indizi (giurisprudenziali) utili a localizzare la residenza di un minore e a definirne l'abitualità, nonché alla *ratio* sottesa alla scelta di un simile criterio: l'interesse preminente del minore¹⁰.

Tuttavia, come accennato, la determinazione della giurisdizione presenta profili di criticità non tanto per la scarsa chiarezza circa l'applicazione oggettiva delle fonti, quanto piuttosto per l'incerta qualificazione di una fattispecie concreta entro l'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'una o dell'altra fonte. Si pensi, ad esempio, al caso in cui siano controversi l'esercizio della potestà genitoriale e del diritto di visita di un genitore di un minore residente abitualmente in uno Stato membro dell'Unione Europea. Se l'intera questione fosse riconducibile alla nozione di responsabilità genitoriale di cui al Regolamento CE 2201/2003, allora l'unico giudice competente sarebbe il giudice del

⁹ 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*, Milano, 2007, p. 3 ss..

¹⁰ Cfr. Cap. II, par. 2.1.

luogo di residenza abituale del minore¹¹. Tuttavia se si qualificasse la fattispecie in modo disgiunto - quindi fondando la giurisdizione per la decisione sull'esercizio della potestà genitoriale sui criteri dell'art. 37 l. 218/1995 e quella competente per la decisione sul diritto di visita *ex art. 8 Regolamento CE 2201/2003* - si potrebbero individuare due giudici differenti, con la possibile conseguenza di un conflitto di giurisdizione o, quantomeno, il rischio di una difformità di giudicati.

La questione si presenta in modo analogo anche nell'ipotesi in cui non sussista la giurisdizione di un'autorità di uno Stato membro. In tal caso, infatti, trovano applicazione i criteri di giurisdizione previsti dalla legge 218/1995, la quale, però, distingue nettamente tra potestà genitoriale (come aspetto dei rapporti genitori - figli) e protezione dei minori. Pertanto, se la fattispecie concreta fosse ricondotta alla potestà genitoriale, allora potrebbe ritenersi competente il giudice dello Stato di residenza o di cittadinanza del figlio o di uno dei genitori¹²; mentre se la fattispecie concreta fosse ricollegabile alla protezione del minore, allora la competenza spetterebbe al giudice del luogo di residenza o di cittadinanza del minore, a seconda del tipo di provvedimento richiesto.

Oltre a queste ipotesi, rimane comunque, la possibilità di qualificare la fattispecie in modo disgiunto, individuando una giurisdizione per ciascuna categoria di diritto.

E' evidente, quindi, come la convivenza di criteri di giurisdizione - analoghi, ben inteso, ma non del tutto coincidenti - possa rendere poco agevole la determinazione del giudice competente.

A completamento dello studio dei criteri di giurisdizione, si pone l'analisi della volontà delle parti ai fini dell'individuazione del giudice competente, con particolare riferimento alla proroga¹³, all'accettazione e alla deroga di competenza¹⁴. Ampio spazio è dedicato al trasferimento di competenza *ex art. 13 del Regolamento CE 2201/2003*, esempio del meccanismo del c.d. *forum non conveniens*¹⁵.

Infine, verranno in rilievo le questioni accessorie alla competenza: litispendenza e connessione, esaminate sia nell'ambito europeo e, quindi, in un'ottica di reciproca fiducia degli ordinamenti giuridici¹⁶, sia nell'ambito della legge 218/1995¹⁷.

¹¹ Art. 8 Regolamento CE 2201/2003.

¹² Ferma restando l'applicazione dei criteri generali di giurisdizione *ex artt. 3 e 9 l. 218/1995*.

¹³ Art. 12 Regolamento CE 2201/2003. Cfr. Cap. II, par.2.3

¹⁴ Art. 4 l. 218/1995. Cfr. Cap. II, par. 4.1.

¹⁵ Cfr. Cap. II, par. 2.3.

¹⁶ Cfr. Cap. II, par. 2.4.

¹⁷ Cfr. Cap. II, par. 4.2.

Considerata la delicatezza dei rapporti endofamiliari, non si potrà evitare di svolgere alcune osservazioni sulla competenza ad emettere provvedimenti cautelari. In tale ambito, il sistema di diritto internazionale processuale dell'Unione Europea e quello previsto dal diritto internazionale privato italiano si avvicinano, tendendo entrambi alla coincidenza tra *forum et ius*, soluzione certamente efficace, in ragione delle necessità di rapidità nei procedimenti cautelari.

IV. Una volta individuati i criteri di giurisdizione, la ricerca proseguirà con la ricostruzione delle norme rivolte alla determinazione della legge applicabile, ambito non regolato da fonti del diritto europeo, ma solo da fonti di diritto internazionale privato nazionale e convenzionale¹⁸. In particolare, verranno in rilievo gli artt. 36 e 42 della legge 218/1995, in linea con la tradizionale distinzione tra rapporti genitori – figli e protezione dei minori. Anche in questo caso il coordinamento delle fonti è reso incerto dalle difficoltà di qualificare la fattispecie concreta entro l'una o l'altra categoria giuridica.

Le due norme prevedono criteri di collegamento parzialmente differenti: l'art. 36 richiama, infatti, la cittadinanza del minore, l'art. 42, per mezzo del richiamo in ogni caso alla Convenzione dell'Aja del 1961, alterna il criterio della residenza abituale a quello della cittadinanza del minore, a seconda del tipo di provvedimento richiesto¹⁹. Ne consegue che l'obiettivo della Convenzione dell'Aja del 1961 di far coincidere *forum et ius*, non sempre può dirsi raggiunto.

Si sottolinea come, in tema di legge applicabile, il criterio di collegamento della cittadinanza - tradizionalmente considerato in materia di diritto di famiglia - abbia mantenuto una certa rilevanza, nonostante l'operatività del criterio della residenza del minore. A differenza di quest'ultimo, la cittadinanza presenta il vantaggio della stabilità; tuttavia esso è un criterio giuridico, quindi è valutabile solo attraverso un'operazione di qualificazione prettamente giuridica, non sempre agevole. Quindi, se da un lato, l'applicazione del criterio della cittadinanza comporta una maggiore certezza nell'interpretazione del diritto, dall'altro presenta profili di criticità, con riferimento ai casi di cittadinanza doppia, plurima, inesistente o in effettiva. Per la soluzione delle questioni relative alle predette problematiche verrà in rilievo l'art. 19 della legge 218/1995, il quale pone in una posizione di preminenza la cittadinanza italiana, qualora tra le cittadinanze possedute vi sia proprio quest'ultima. Una tale soluzione, pur essendo

¹⁸ Cfr. Cap. III, par. 1.

¹⁹ La Convenzione dell'Aja del 1961 distingue tra provvedimenti *ex lege* e non, collegando i primi alla cittadinanza del minore, ritenendo sussistente un legame più significativo. Cfr. Cap. III, par. 5 e 6.

apprezzabile dal punto di vista pratico, può causare contrasti con il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, soprattutto quando, oltre la cittadinanza italiana, vi sia la cittadinanza di un altro Stato membro dell'Unione europea²⁰.

Nell'ambito dell'analisi concernente la legge applicabile, verranno poi in rilievo alcune riflessioni sull'ordine pubblico, come limite all'applicazione del diritto straniero²¹.

Nel diritto di famiglia, il limite dell'ordine pubblico infatti riveste particolare importanza, dato che quest'ambito del diritto è profondamente collegato ai valori culturali, etici e religiosi che caratterizzano l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Di conseguenza è possibile affermare che, nei Paesi con una matrice culturale comune, il ricorso al limite dell'ordine pubblico trovi un'applicazione meno frequente, diversamente, ha maggior rilevanza di fronte alla possibilità di applicare la legge di un ordinamento giuridico culturalmente distante, quale, ad esempio, il diritto di matrice islamica.

In materia di rapporti tra genitori e figli, il contrasto più accentuato si riscontra, ad esempio, con riferimento all'istituto della *kafalah*, al quale verrà dedicata una riflessione orientata anche all'auspicabile ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996, che prevede espressamente la possibilità di riconoscere tale istituto all'interno degli ordinamenti degli Stati contraenti²².

V. La ricerca si concluderà con l'analisi dei procedimenti di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere²³: vengono delineate tre procedure in ragione delle distinzioni che sono necessarie alla ricostruzione della disciplina dei rapporti tra i genitori ed i figli.

I provvedimenti da riconoscere, infatti, si devono distinguere a seconda della provenienza e dell'oggetto: se la decisione attiene la responsabilità genitoriale ed è stata emessa in uno Stato membro dell'Unione Europea, allora troverà applicazione il riconoscimento automatico previsto dal Regolamento CE 2201/2003; se, invece, una delle predette condizioni non sussiste, allora il riconoscimento avverrà secondo le procedure indicate agli artt. 65 e 66 della legge 218/1995.

È dibattuta la questione circa l'applicabilità della Convenzione dell'Aja del 1961 al riconoscimento (oltre che alle problematiche relative a giurisdizione e legge applicabile), non essendo univoca la considerazione dell'art. 3 della stessa, come norma sul riconoscimento.

²⁰ Cfr. Cap. III, par. 7.

²¹ Cfr. Cap. III, par. 8.

²² Cfr. Cap. III, par. 8 e Cap. IV, par. 4.2.

²³ Cfr. Cap. IV.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione materiale delle diverse fonti rilevanti in tema di riconoscimento delle decisioni, vengono in rilievo il Regolamento CE 2201/2003, per disciplinare il riconoscimento dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale, e la legge 218/1995, unitamente alla Convenzione dell'Aja del 1961, per la procedura di riconoscimento delle decisioni sulla protezione dei minori e sulla potestà genitoriale. Tuttavia, entro la responsabilità genitoriale sarà necessario operare un'ulteriore distinzione: infatti, i provvedimenti sul diritto di visita e sul ritorno del minore godono di una procedura per il riconoscimento più snella e rapida, in ragione della loro delicatezza ed urgenza.

E' proprio in tema di riconoscimento delle decisioni che meglio si evidenzierà la vicinanza tra la sottrazione dei minori e la responsabilità genitoriale; pertanto, verranno inseriti brevi cenni sul problema della sottrazione internazionale dei minori, ove rilevanti ai fini dell'esercizio della responsabilità genitoriale.

Per precisione, il legame tra i due istituti emerge anche nella definizione di responsabilità genitoriale fornita dall'art. 2 del Regolamento CE 2201/2003, secondo il cui disposto gli aspetti principali della responsabilità genitoriale sono il diritto di visita ed il diritto di affidamento: la sottrazione ed il mancato ritorno del minore non sono altro che violazioni e/o abusi di tali diritti, ciò evidenzia l'opportunità di tali cenni sulla sottrazione internazionale dei minori, nonostante tale materia sia regolata da un'autonoma disciplina internazionalprivatistica²⁴.

Per completezza, l'analisi della disciplina della potestà dei genitori, della responsabilità genitoriale e della protezione dei minori sarà completata da alcune osservazioni sulla Convenzione dell'Aja del 1996, non ancora ratificata dall'Italia, nonostante le forti sollecitazioni in tal senso. Lo studio degli aspetti rilevanti della Convenzione dell'Aja del 1996 sarà condotto in una prospettiva di futura ratifica della stessa, nonché di possibile riforma della legge 218/1995, sviluppando le tematiche attinenti il coordinamento delle diverse norme di conflitto²⁵.

²⁴ I riferimenti alla sottrazione internazionale dei minori si trovano: Cap. I, par. 1; Cap. II, par. 2.2; Cap. IV, par. 2.1.

²⁵ CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995?*, in *RDIPP*, 2011, p. 644.

CAPITOLO I

LE FONTI DELLA DISCIPLINA ED I RISPETTIVI AMBITI DI APPLICAZIONE

SOMMARIO: 1. Il diritto internazionale italiano in materia di potestà genitoriale, rapporti genitori-figli e protezione dei minori. – 2. Le Convenzioni dell'Aja del 1961 e del 1996 sulla protezione dei minori. – 2.1 L'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961. – 2.2 Il rinvio "in ogni caso" alla Convenzione dell'Aja del 1961 e l'estensione del suo ambito di applicazione. – 2.3 L'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1996. – 3. L'ambito di applicazione del Regolamento CE 2201/2003 in materia di responsabilità genitoriale. – 4. Coordinamento delle fonti e applicabilità residuale delle norme nazionali e convenzionali.

1. Il diritto internazionale italiano in materia di potestà genitoriale, rapporti genitori-figli e protezione dei minori.

Il diritto internazionale privato italiano segue la tradizionale distinzione tra la disciplina dei rapporti genitori - figli e quella della protezione dei minori, sia in ambito di giurisdizione che di legge applicabile²⁶. Vengono, infatti, in rilievo gli artt. 36, 37 e 42 della l. 218/1995, fermi restando i principi generali di cui agli artt. 3 e 9 della stessa.

L'art. 36 prevede che: "I rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, compresa la potestà genitoriale, sono regolati dalla legge nazionale del figlio". Come spesso accade, la norma di conflitto indica il suo ambito di applicazione materiale con locuzioni piuttosto generiche - quale è quella di "rapporti genitori – figli" – in modo tale da farvi rientrare un numero maggiore di fattispecie, le cui discipline sono accomunate da identiche o analoghe *rationes legis*²⁷.

La lettera della norma esplicita che la sua portata si estende tanto ai rapporti personali quanto ai rapporti patrimoniali, anche se quest'ultima categoria risulta, in parte, svuotata di contenuto dall'art. 45 della l. 218/1995 che rinvia alla Convenzione dell'Aja del 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari²⁸, con la conseguenza che rimane solo l'usufrutto legale dei genitori sui beni dei figli a poter essere annoverato tra i rapporti patrimoniali tra genitori – figli²⁹. Tra l'altro, l'operatività dell'art. 45 l. 218/1995 è

²⁶ Sulla tradizionale separazione dell'ambito dei rapporti genitori-figli, da quello delle misure di protezione dei minori: CAPOTORTI, *La capacité en droit international privé*, cit., p. 229

²⁷ VITTA, *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1979-I, tome 162, pp. 60-65.

²⁸ Convenzione dell'Aja del 1973 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari, ratificata e resa esecutiva con legge 24 ottobre 1980, n. 745, in *Gazz. Uff.* del 3 novembre 1980, n. 254 suppl. ord.

²⁹ CARELLA, *Art. 36*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, in *NLCC*, p. 1198.

meramente residuale, essendo stato adottato il Regolamento CE 4/2009 concernente la competenza giurisdizionale, la legge applicabile ed il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari³⁰.

Si ritiene, invece, che non siano qualificabili nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra genitori e figli gli effetti successori della filiazione, sottoposti, invece, alla legge delle successioni *ex art. 46 l. 218/1995*.

Per quanto riguarda i rapporti personali, vi rientrano certamente la trasmissione del nome³¹, l'obbligo del figlio di convivere con i genitori, l'obbligo dei genitori di educare, mantenere ed istruire la prole e la potestà genitoriale³².

La potestà genitoriale è l'unico istituto a cui l'art. 36 fa esplicito riferimento: essa è da intendersi come l'insieme dei poteri che l'ordinamento attribuisce ai genitori, per l'adempimento dei loro doveri nei confronti dei figli, primi fra tutti, il mantenimento, l'educazione e l'istruzione³³. La potestà dei genitori cessa con la maggiore età del figlio o con la sua emancipazione, condizioni che sono da valutare in base alla legge nazionale del figlio, in quanto attinenti alla sua capacità di agire, ai sensi dell'art. 23 l. 218/1995³⁴.

Anche l'art. 37 l. 218/1995, disciplinando la competenza giurisdizionale in tema di filiazione e di rapporti genitori-figli, opera in materia di potestà dei genitori, essendo quest'ultima riconducibile ai rapporti genitori-figli, come previsto dall'art. 36.

³⁰ Sulle obbligazioni alimentari cfr. Regolamento CE 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *G.U.U.E. L n. 7 del 10 gennaio 2009*. Per un commento: MARINO, *Il difficile coordinamento delle fonti nella cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2010, p. 363 ss.; MARINO, *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *NGCC*, 2009, p. 599 ss.. È bene precisare, inoltre, che l'usufrutto legale dei genitori sui beni del figlio è sottoposto, comunque, alla legge nazionale del figlio anche quando si tratti di beni immobili situati all'estero e la *lex rei sitae* non lo conosca: una soluzione di questo genere potrebbe sembrare carente sotto il profilo dell'effettività, ma risulta in linea con il sistema di diritto internazionale privato italiano, che, all'art. 51 co. 2 l. 218/1995, sottrae alla *lex rei sitae* la determinazione dei modi di acquisto o di perdita dei diritti reali che dipendono da successioni, contratti o rapporti di famiglia.

³¹ Di questo parere certamente VITTA, *Diritto internazionale privato, II*, Torino, 1973, p. 406, mentre di parere contrario BENVENUTI, *Art. 20, disp. prel. cod. civ.*, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI, (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia, Vol. I*, Padova, 1992, p. 210.

³² CARELLA, *Art. 36, cit.*, p. 1198; CAMPIGLIO, *Art. 36*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATTO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato italiano*, Padova, 1996, p. 192.

³³ Per una definizione completa di potestà dei genitori si veda: RUSCELLO, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia, Vol. III Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, pp. 75-199. Nel diritto sostanziale italiano alla potestà genitoriale è dedicato il Titolo IX del Libro I del codice civile, a cui si aggiunge la norma dell'art. 147 c.c. che sancisce l'obbligo per entrambi i genitori di mantenere, istruire ed educare la prole.

³⁴ CONETTI, *Art. 36*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma del diritto internazionale italiano*, Torino, 2009, p. 143; CAMPIGLIO, *Art. 36, cit.*, p. 192.

Si precisa che l'art. 37, non esclude, ma integra i criteri generali di giurisdizione per i procedimenti contenziosi e di volontaria giurisdizione, indicandone di alternativi. Ne consegue che, anche in materia di rapporti tra genitori e figli, siano applicabili i criteri di giurisdizione generali di cui agli artt. 3 e 9 della legge di riforma. L'art. 37, infatti, prevede che in materia di filiazione e di rapporti personali fra genitori e figli, sussista la giurisdizione italiana, oltre che nei casi previsti dagli artt. 3³⁵ e 9³⁶ l. 218/95, anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o residente in Italia³⁷.

La lettera della norma, facendo riferimento alla cittadinanza ed alla residenza *tout court*, fa ragionevolmente ritenere che tali criteri rilevino indipendentemente dalla posizione processuale del soggetto a cui si riferiscono, sia esso attore o convenuto.

A tal proposito si ricorda come la residenza in Italia del convenuto sia il criterio generale di giurisdizione ai sensi degli artt. 3 e 9 l. 218/95 e considerazioni analoghe possono essere svolte sulla residenza in Italia dell'attore³⁸; infatti, in virtù del rinvio alle norme sulla competenza per territorio contenuto agli artt. 3 e 9 della legge di riforma, può applicarsi l'art. 18 comma 2 cod. proc. civ., ai sensi del quale se il convenuto non ha residenza, né domicilio, né dimora in Italia o se la dimora è sconosciuta, allora è competente il giudice del luogo in cui risiede l'attore .

In conclusione è possibile affermare che l'art. 37 estende ampiamente la giurisdizione italiana in materia di filiazione e di rapporti genitori figli poiché considera come criteri di giurisdizione: la residenza del convenuto, la residenza dell'attore, la cittadinanza del convenuto e la cittadinanza dell'attore.

³⁵ L'art. 3 della l. 218/1995 prevede come criterio generale di giurisdizione il domicilio del convenuto. Per un commento sull'art 3 si vedano: LUZZATTO, *Art. 3*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATTO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 26 ss; CONETTI, *Art. 3*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 12 ss.; BARIATTI, *Art. 3*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *NLCC*, 1996, p. 890 ss.

³⁶ L'art. 9 della l. 218/1995, con riferimento alla giurisdizione volontaria, prevede come criteri di giurisdizione la cittadinanza o la residenza della persona a cui è destinato il provvedimento di volontaria giurisdizione, oppure quando il provvedimento farà applicazione della legge italiana, in modo tale da avere la corrispondenza tra *forum* e *ius*. Per un commento sull'art. 9 si vedano: LUZZATTO, *Art. 9*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATTO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 49 ss; CONETTI, *Art. 9*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 27 ss.; HONORATI, *Art. 9*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *NLCC*, 1996, p. 971 ss.

³⁷ CONETTI, *Art. 37*, CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009., p. 144.

³⁸ L'operatività del criterio di residenza dell'attore a seguito del rinvio alle norme sulla competenza per territorio è criticata da LUZZATTO, *Art. 3*, in AA.VV., *Riforma del diritto internazionale privato italiano – Commentario*, in *RDIPP*, 1995, p. 935; STARACE, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana*, in CAPOTORTI (a cura di), *Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Corr. Giur.*, 1995, pp. 1234-1236, dove l'autore prospetta persino un dubbio di costituzionalità della disciplina.

Per quanto riguarda la nozione di misure di protezione dei minori, si precisa che per esse si intendono tutti quei provvedimenti giurisdizionali od amministrativi che sono finalizzati alla tutela del minore, in ragione della sua posizione di debolezza, dovuta alla sua naturale immaturità psico-fisica. A titolo esemplificativo, dal punto di vista del diritto materiale italiano, possono considerarsi misure di protezione della persona del minore: la tutela, comprese la sua instaurazione e la sua decadenza (artt. 343, 346, 361, 371 e 384 cod. civ.), le misure di intervento della pubblica amministrazione a favore dei minori in stato di abbandono (art. 403 cod. civ.), i provvedimenti relativi all'affidamento del minore (artt. 2, 3, 4, 5 l. 184/1983), i provvedimenti di esercizio della potestà genitoriale demandati al giudice tutelare (art. 337 cod. civ.) e quelli demandati al tribunale per i minorenni (art. 336 cod. civ.).

Alla luce delle brevi considerazioni appena svolte, si evince che il sistema di diritto internazionale privato previsto dalla legge di riforma considera la potestà genitoriale, entro i rapporti genitori – figli, e le misure di protezione dei minori, senza fare riferimento alla responsabilità genitoriale, istituto considerato dalla Convenzione dell'Aja del 1996³⁹ e dal Regolamento CE 2201/2003.

2. *Le Convenzioni dell'Aja del 1961 e del 1996 sulla protezione dei minori.*

2.1 *L'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961*

³⁹Sulla Convenzione dell'Aja del 1996 si veda: PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, in *RDIPP*, 1996, p. 705 ss. Gli Stati membri dell'Unione europea hanno firmato la Convenzione a seguito della decisione del Consiglio del 19 dicembre 2002 (*G.U.U.E. L* del 21 febbraio 2003 n. 48, p. 1 s), che li ha a ciò espressamente autorizzati. Con la stessa decisione è stato peraltro disposto che essi dichiarassero all'atto della firma che avrebbero applicato, a preferenza delle regole convenzionali, le disposizioni di diritto comunitario in tema di efficacia delle decisioni provenienti da altri Stati membri dell'Unione europea nelle materie regolate dalla Convenzione (sul punto, si veda anche CANNIZZARO, *Sull'utilizzazione delle riserve come strumento per assicurare la compatibilità fra convenzioni multilaterali e diritto comunitario*, in *RDIPP*, 2002, p. 372 ss). Gli Stati membri hanno puntualmente adempiuto, con l'esclusione dei Paesi Bassi, che avevano sin dal 1997 firmato la Convenzione e potranno formulare la dichiarazione all'atto della ratifica, e con l'aggiunta della Danimarca, che pura dalla decisione (come da tutti i provvedimenti adottati sulla base degli articoli 61-69 del Trattato) non era vincolata (cfr. art. 1, par. 3, della decisione). Dovrebbe trattarsi di una dichiarazione interpretativa (SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milano 1996, in specie p. 236 ss.) diretta a chiarire che gli Stati membri ritengono legittimo, ai sensi dell'art. 52 della Convenzione, l'applicazione delle procedura di riconoscimento ed esecuzione previste dal regolamento n. 1347/2000, ed in seguito dal Regolamento CE. 2201/2003, anche a decisioni emesse sulla base di norme di competenza contenuta nella Convenzione dell'Aja. Vedi altresì Decisione del Consiglio n. 2008/431/CE del 5 giugno 2008, cit., che autorizza alcuni Stati membri a ratificare la Convenzione dell'Aja del 1996, ovvero ad aderirvi nell'interesse della Comunità europea, e che autorizza alcuni Stati membri a presentare una dichiarazione sull'applicazione delle pertinenti norme interne del diritto comunitario.

La Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 relativa alla competenza delle autorità ed alla legge applicabile in materia di protezione dei minori è entrata in vigore in Italia il 23 aprile 1995⁴⁰. Il lungo lasso di tempo trascorso dalla firma (e comunque anche dall'autorizzazione alla ratifica del 1980⁴¹) è dovuto alla necessità per dell'ordinamento italiano di predisporre un sistema di diritto internazionale privato idoneo ad integrarsi con la disciplina convenzionale. Pertanto, una volta, predisposta la riforma del diritto internazionale privato italiano, si è proceduto con la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1961, unitamente con la ratifica di altre due convenzioni in tema di diritto minorile: la Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori⁴² e la Convenzione di Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dell'affidamento⁴³.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione materiale, personale e spaziale della Convenzione dell'Aja del 1961, occorre distinguere tra la sfera di efficacia determinata

⁴⁰ Sulla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 si vedano: BONOMI, *La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione*, in *RDIPP*, 1995 p. 616; DONNARUMMA, *La Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la normativa di adattamento nell'ordinamento italiano*, in *dir. fam.*, 1982, p. 179

⁴¹ Legge del 24 ottobre 1980 n. 742, in *Gazz. Uff.*, 12 novembre 1980 n. 310. Suppl. ord., che autorizza la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile alla protezione dei minori, della Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, della Convenzione di Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dell'affidamento.

⁴² Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione dei minori aperta alla firma il 25 ottobre 1980 all'Aja e resa esecutiva in Italia con legge 15 gennaio 1994 n. 64, in *Gazz. Uff.* del 29 gennaio 1994 n. 23 suppl. ord.; per un commento si vedano: CARELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *RDIPP*, 1994, p. 777 ss.; SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 61 ss.; CANNONE, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000, p. 223 ss.; UCCELLA, *I giudici e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980*, in *Giust. Civ.*, 2000, p. 485 ss.

⁴³ Convenzione europea di Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, aperta alla firma il 20 maggio 1980 e resa esecutiva in Italia con legge 15 gennaio 1994 n. 64, in *Gazz. Uff.* del 29 gennaio 1994 n. 23 suppl. ord. (come la prima). Per un commento si vedano: JONES, *Council of Europe Convention Recognition and Enforcement of Decisions relating to the Custody of children*, in *Int. Comparative Law Quarterly*, 1981, p. 467 ss.; SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 61 ss.; CANNONE, *L'affidamento dei minori*, cit., p. 207 ss.. Sul raffronto tra la Convenzione dell'Aja del 1980 e la Convenzione europea si vedano in dottrina: NYGH, *The international abduction of children*, in DOEK, LOON, VLAARDINGERBROEK (a cura di) *Children on the Move*, Hague-Boston-London, 1996, p. 29 ss.; BRUCH, *How to Draft a Successful Family Law Convention*, in DOEK, LOON, VLAARDINGERBROEK (a cura di) *Children on the Move*, Hague-Boston-London, 1996, p. 47 ss.; SACCHETTI, *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980. Confronto e problematiche giuridiche*, in *Dir., fam pers.*, 1997, p. 1496 ss..

dalle disposizioni convenzionali e quella, notevolmente più ampia, che ad esse viene attribuita in Italia dall'art. 42 della legge di riforma del diritto internazionale privato⁴⁴.

In primo luogo, ai sensi del suo art. 12, la Convenzione si applica soltanto a chi è considerato minore sia dalla legge nazionale, sia da quella dello Stato in cui ha la sua residenza abituale. L'applicazione cumulativa di questi due ordinamenti è stata voluta per non pregiudicare la questione della legge applicabile alla capacità di agire, soggetta in alcuni Stati (tra cui l'Italia) alla legge nazionale, in altri a quella del domicilio⁴⁵.

Il cumulo delle predette leggi comporta una limitazione del campo di applicazione *ratione personae* della Convenzione, che non appare del tutto coerente con la sua *ratio* protettiva⁴⁶: la protezione dei soggetti che sono considerati minori soltanto da una delle due leggi menzionate continua, infatti, ad essere regolata dal diritto comune degli Stati contraenti.

Un'ulteriore limitazione del campo di applicazione della Convenzione deriva dall'art. 13, primo comma, ai sensi del quale essa si applica unicamente ai minori che hanno la propria residenza abituale in uno Stato contraente. Inoltre, il secondo comma precisa che tutte le competenze attribuite dalla convenzione alle autorità dello Stato di cui il minore è cittadino, sono riservate ai soli Stati contraenti. La Convenzione, dunque, non rivendica un campo di applicazione universale.

Il campo di applicazione *ratione materiae* della Convenzione non è definito in termini generali, ma deve essere ricavato indirettamente dal contenuto delle singole norme convenzionali.

In termini generali si può dire, innanzitutto, che la Convenzione si applica alle misure volte alla protezione sia della persona sia dei beni del minore.

Il concetto di "protezione" dei minori, tuttavia, solleva alcuni problemi interpretativi.

La disposizione più controversa è l'art. 3 - nata dal compromesso tra la competenza delle autorità e della legge della residenza abituale, da un lato, e il principio di nazionalità, dall'altro - stabilisce che i rapporti di autorità costituiti "di pieno diritto" secondo la legge nazionale del minore sono riconosciuti negli altri Stati contraenti. Per rapporto di autorità *ex lege* si intendono di rapporti giuridici che trovano il loro fondamento

⁴⁴ Sull'estensione dell'ambito di applicazione in forza del rinvio contenuto all'art. 42 l. 218/1995 cfr. *infra* Cap. II par. 2.2.

⁴⁵ Tale materia è estranea all'oggetto della Convenzione, pertanto continuerà ad essere regolata, in Italia, dalla legge nazionale del minore o dalla *lex loci actus* (art. 23 l. 218/1995).

⁴⁶ BONOMI, *La Convenzione dell'Aja del 1961*, cit., p. 616; DONNARUMMA, *La Convenzione dell'Aja*, cit., p. 179.

immediato in una norma di legge e la cui costituzione non presuppone l'intervento di alcuna autorità amministrativa o giurisdizionale⁴⁷, di conseguenza la potestà dei genitori sembra essere il rapporto di autorità *ex lege* per eccellenza⁴⁸.

Sono compresi nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione il diritto di visita e di affidamento, con riferimento anche ai provvedimenti di affidamento del minore ad una famiglia o ad un istituto. E' chiaro come questi ultimi istituti siano tesi ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali del minore e, quindi, alla sua protezione⁴⁹.

E' misura protettiva la nomina di un curatore speciale per l'esercizio di determinate azioni giudiziarie nell'interesse del minore, quali, ad esempio, l'azione di disconoscimento della paternità, per l'impugnazione del riconoscimento e per l'azione di responsabilità per il mantenimento e l'educazione, ai sensi degli artt. 244, 264, 273 e 279 cod. civ, sebbene le azioni in questione esulino dall'ambito oggettivo della Convenzione, non attenendo precipuamente alla protezione dei minori⁵⁰. Resta, invece, escluso dall'oggetto della Convenzione dell'Aja del 1961 e non è ad esso nemmeno riconducibile per analogia, l'istituto dell'adozione, che, invece, è disciplinato da convenzioni internazionali specifiche, tra cui *in primis* la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione⁵¹.

Ferma restando quest'importante esclusione (benché l'adozione sia palesemente una misura di protezione dei minori), ci si chiede se istituti giuridicamente differenti dall'adozione, ma funzionalmente simili ad essa, debbano essere parimenti esclusi dall'oggetto della disciplina convenzionale. Ad esempio, già nell'ambito della

⁴⁷ DROZ, *La protection des mineurs en droit International privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye 1961*, in *Clunet*, 1973, p. 612.

⁴⁸ In tal senso si è espressa la dottrina straniera: KROPHOLLER, *das Internationale Kindschaftrecht der Uebereinkommen, Art. 19*, in *Staudingers Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1994, p. 101; DROZ, *La protection des mineurs*, cit., p. 614; OBERLOSKAM, *Das Haager Minderjaeringenschutzabkommen*, Koeln, 1983, pp. 55-56.

⁴⁹ Sino agli anni Ottanta la giurisprudenza e la dottrina propendevano per l'esclusione del diritto di visita dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione. Cfr. SIEHR, *Muenchener Kommentar Buergerlichen Gesetzbuch, VII, Einfuehrungsgesetz zum BGB, Art. 19*, Munchen, 1990, p. 1192; MOSCONI, *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Milano, 1965, pp. 377-378; Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja, 20 Novembre 1980, con nota di DUINTJER TEBBENS, *Abaenderung einer deutschen Umgangsregelung in den Niederlanden*, in *IPRax*, 1981, pp. 223-225. In senso opposto: Landgericht Heilbronn, 10 ottobre 1972, in *Die Justiz*, 1972, p. 389 ss.; Cour de Cassation, 16 dicembre 1986, in *Rev. crit.*, p. 401 ss.

⁵⁰ SIEHR, *Muenchener Kommentar*, cit., p. 1194.

⁵¹ La Convenzione dell'Aja sulla competenza, la legge applicabile ed il riconoscimento delle adozioni, del 15 novembre 1965, che in seguito all'entrata in vigore il 1° gennaio 2003 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale è divenuta priva d'oggetto.

Commissione di revisione⁵² si era sollevato il problema della *kafalah*, istituto in parte riconducibile all'adozione, in parte all'affidamento conosciuto dal diritto islamico che vieta l'adozione⁵³.

Il problema relativo alla *kafalah* non attiene tanto alla sua qualificazione, intesa come definizione giuridica, quanto piuttosto alla sua riconducibilità ai provvedimenti *ex lege* o alle misure di protezione del minore⁵⁴. La questione è aperta. Tuttavia, non essendo la *kafalah* precisamente riconducibile all'adozione, è opportuno che essa venga considerata come generica misura di protezione del minore e che, quindi, venga disciplinata dalla Convenzione dell'Aja del 1961. In tal modo si eviterebbero vuoti di disciplina.

La questione della riconducibilità della *kafalah* alle misure di protezione del minore è definitivamente risolta dalla Convenzione dell'Aja del 1996, che, all'art. 3 considera "l'affido legale tipo *kafalah*" tra gli istituti compresi nel proprio ambito di applicazione materiale. Inoltre, la stessa Convenzione, all'art. 33, prevede espressamente una procedura di riconoscimento della *kafalah* all'interno degli ordinamenti degli Stati contraenti; è presumibile che tale previsione sia uno dei fattori che abbia maggiormente influito sulla mancata ratifica della Convenzione da parte dell'Italia: a seguito della ratifica, infatti, verrebbe introdotta nell'ordinamento italiano una norma *ad hoc* sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri di *kafalah*, norma che, peraltro, agevola il riconoscimento di tali provvedimenti prevedendo la collaborazione diretta tra le autorità competenti⁵⁵. Ciò influirebbe soprattutto sulle questioni relative al diritto al ricongiungimento familiare, che si estenderebbe anche ai tutori del minore, tali in virtù di un provvedimento di *kafalah*⁵⁶.

Una simile preoccupazione non sembra, tuttavia, fondata. Infatti, la giurisprudenza italiana si è dimostrata piuttosto favorevole al riconoscimento dei provvedimenti stranieri

⁵² Commissione speciale, *Rapport de séance n. 16*, 7 febbraio 1995.

⁵³ Sulla *kafalah* di diritto islamico cfr. *infra* Cap. IV par. 4.2.

⁵⁴ BONOMI, *La Convenzione*, cit., p. 629. Sulla qualificazione della *kafalah* si veda: PIZZOLANTE, *La kafala islamica ed il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *RDIPP*, 2007, p. 947 ss..

⁵⁵ Art. 33, Convenzione dell'Aja del 1996: *1. Lorsque l'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 envisage le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil légal par kafala ou par une institution analogue, et que ce placement ou ce recueil aura lieu dans un autre Etat contractant, elle consulte au préalable l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de ce dernier Etat. Elle lui communique à cet effet un rapport sur l'enfant et les motifs de sa proposition sur le placement ou le recueil. 2. La décision sur le placement ou le recueil ne peut être prise dans l'Etat requérant que si l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de l'Etat requis a approuvé ce placement ou ce recueil, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.*

⁵⁶ CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma?*, cit., p. 644.

di *kafalah*, in considerazione della loro funzione di protezione del minore⁵⁷. Tale apertura è evidente quando il riconoscimento è richiesto da cittadini stranieri⁵⁸, al contrario, si riscontra una chiusura nei confronti del riconoscimento di provvedimenti di *kafalah* quando è era richiesto da cittadini italiani di fede musulmana⁵⁹.

Infine, si ricorda che non rientrano nell'ambito oggettivo della Convenzione tutte le misure di carattere penale, come ad esempio le sanzioni e le misure inerenti la pubblica sicurezza e la sanità collettiva, nonché quelle misure di portata sociale e non individuale, quali le disposizioni sul divieto di lavoro minorile, sull'obbligo scolastico, sul divieto di frequentare determinati locali etc.⁶⁰.

2.2 Il rinvio “in ogni caso” alla Convenzione dell’Aja del 1961 e l’estensione de suo ambito di applicazione.

Il rinvio alle convenzioni internazionali, contenuto in alcune norme di conflitto, comporta vantaggi sia in termini di certezza del diritto nei rapporti internazionali, sia in termini di garanzia del principio di armonia ed uniformità internazionale delle soluzioni⁶¹. Nelle codificazioni di diritto internazionale privato si riscontrano tre modelli di rinvio alle convenzioni internazionali: il rinvio generale⁶², il rinvio per riformulazione o per incorporazione⁶³ ed il rinvio speciale⁶⁴.

⁵⁷ Sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri di *kafalah* cfr. *infra* cap. IV, par. 4.2. LANG, *Considerazioni su kafalah, ricongiungimento familiare e diritto dell’Unione europea*, in *Dir. imm. Citt.*, 2011, p. 52 ss..

⁵⁸ Cfr. Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, in *RDIPP*, 2008, p. 309 ss..

⁵⁹ Cfr. Cass., 1 marzo 2010, n. 4868, in *RDIPP*, 2010, p. 754 ss..

⁶⁰ VON STEIGER, *Rapport explicatif*, in *Conférence de la Haye de Droit International Privé, Actes et Documents de la Neuvième Session, Tome IV, Protection des mineurs*, p. 224 ; MOSCONI, *La tutela dei minori*, cit., p. 355.

⁶¹ La prassi ormai consolidata del rinvio alle convenzioni internazionali è vista con favore dalla dottrina: VITTA, *International Conventions and National Conflict Systems*, in *Recueil des Cours*, 1969 – I, p. 188 ss.; BONELL, voce “Unificazione internazionale del diritto”, in *Enc. Del dir.*, 1992, Milano, p. 720 ss.; VON OVERBECK, *La contribution de la Conférence de la Haye au développement du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1992- II, p. 9 ss.; GIARDINA, *Criteri ispiratori e tecniche di una eventuale riforma*, in *Problemi di riforma*, p. 310; BALLARINO, *Le codificazioni recenti nel diritto internazionale privato in Europa*, in BROGGINI (a cura di) *Il nuovo diritto internazionale privato della Svizzera*, Milano, 1990, p. 430 ss..

⁶² Sul rinvio generale si vedano: VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications récentes*, in *Recueil des Cours*, 1982-II, p. 42 ss.; JESSURUN D’OLIVEIRA, *Codification et unification du droit International privé. Problèmes de coexistence*, in AA.VV., *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique, Contributions en l’honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, 1985, p. 117 ss.. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale, Parte generale e contratti*, Torino, 2007, p. 19, dove gli autori riconoscono al rinvio generale “un’importanza ricognitiva e pedagogica”. Ancora, secondo altri, l’obbligo di osservanza delle convenzioni internazionali deriva direttamente dalla concezione dualistica del diritto internazionale: BARIATTI, *L’interpretazione delle*

Il rinvio contenuto al primo comma dell'art. 42 l. 218/95 rappresenta un rinvio specifico teso ad ampliare l'ambito di applicazione di una convenzione di carattere reciproco⁶⁵.

Ciò significa che la locuzione "in ogni caso" comporta l'ampliamento dell'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961 dal punto di vista oggettivo, soggettivo e spaziale⁶⁶. Come accennato, dal punto di vista soggettivo, il rinvio in ogni caso estende la disciplina convenzionale anche ai minori residenti negli Stati non contraenti. Infatti, l'art. 42 primo comma prevede che la protezione dei minori sia regolata "in ogni caso" dalla Convenzione dell'Aja del 1961 e, al secondo, che le disposizioni di quest'ultima si applichino, non solo ai minori residenti nel territorio degli Stati contraenti, ma anche alle persone considerate minori soltanto dalla loro legge nazionale e a quelle la cui residenza abituale si trovi in uno degli Stati non contraenti. In altri termini, quindi, l'art. 42 rende sempre applicabile *ratione personae* la Convenzione dell'Aja del 1961, facendo venir

Convenzioni internazionali di diritto uniforme, Padova, 1986, p. 40 ss. e p. 93 ss.; CONFORTI, *Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme*, in *RDIPP*, 1988, p. 233 ss..

⁶³ Il metodo del rinvio per riformulazione, ad esempio, è considerato dall'ordinamento del Regno Unito. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Codification et unification de droit International privé*, cit., p. 127 ss.; BARIATTI, *L'interpretazione delle Convenzioni*, cit., p. 156.

⁶⁴ Il rinvio specifico ad una convenzione *erga omnes* è utilizzato dalla legge svizzera di diritto internazionale privato con riferimento alle convenzioni internazionali *erga omnes* in materia di alimenti, forma del testamento, vendite ed incidenti stradali. Per alcuni riferimenti: VON OVERBECK, *Le projet suisse de loi sur le droit International privé. Une Codification d'inspiration internationaliste?*, in AA.VV., *Liber memorialis François Laurent*, Bruxelles, 1989, p. 1181; BUCHER, *La LDIP et les Conventions Internationales*, in AA.VV., *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'Honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, p. 265 ss.; KELLER, *Hinweise auf Staatverträge, im IPRG*, in AA.VV. *Conflits et harmonisation*, cit., p. 279 ss.; DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *Studi Vitta*, p. 75 ss.; GIARDINA, *Il nuovo diritto internazionale privato*, in *Notariato*, 1995, p. 437.

⁶⁵ La Convenzione dell'Aja del 1961 è da considerarsi di carattere reciproco in virtù dell'art. 13 che ne limita l'ambito di applicazione ai minori residenti abitualmente negli Stati contraenti. BUCHER, *La LDIP et les Conventions internationales*, cit., p. 260. Mentre a sostegno del carattere *erga omnes* della stessa si veda: BEGHE' LORETI (a cura di), *La tutela dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995, p. 33. Alcuni esempi di rinvio specifico alle convenzioni di diritto internazionale privato, con valore *erga omnes*, si trovano nella l. 218/95 all'art. 45, in materia di obbligazioni alimentari, che rinvia alla Convenzione dell'Aja del 1973 e all'art. 57 sulle obbligazioni contrattuali, regolate dalla Convenzione di Roma del 1980. Esempi di rinvio specifico a convenzioni di diritto internazionale privato di carattere reciproco sono, invece, l'art. 42 sulla protezione dei minori che rinvia alla Convenzione dell'Aja del 1961 e l'art. 59 sui titoli di credito, sottoposti alle Convenzioni di Ginevra del 1930 e del 1931.

⁶⁶ Già la Relazione al Disegno di legge n. 1192 indica esplicitamente che si "estende a tutti casi possibili la disciplina disposta dalla Convenzione dell'Aja del 1961" ed aggiunge il secondo comma dell'art. 42 "rimuove i limiti che la Convenzione stesa pone al proprio ambito di efficacia e chiarisce che le disposizioni pattizie dovranno applicarsi anche a quanti abbiano residenza in uno Stato che non abbia stipulato la Convenzione ed altresì a quanti siano considerati minori soltanto dalla legge dello Stato di cui sono cittadini". Inoltre si veda: BARIATTI, *Art. 2*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *NLCC*, 1996, p. 889 che riconosce nell'allargamento dovuto all'inciso "in ogni caso" una portata oggettiva e soggettiva. HONORATI, *Art. 42*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1995, p. 1119; MOSCONI, *La protezione dei minori nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Collisio Legum Ius unum per Gerardo Brogini*, Milano, 1997 p. 337.

meno, per i rapporti con l'Italia, il limite di cui all'art. 12 della Convenzione stessa, che dispone, infatti, l'applicazione della disciplina convenzionale a qualsiasi persona considerata minore, tanto secondo la legge dello Stato di cui è cittadina, quanto secondo la legislazione dello Stato di residenza abituale⁶⁷. Ne consegue, quindi, che se a norma della disciplina convenzionale, nei rapporti tra Stati contraenti, è sufficiente che non sia soddisfatta una delle due condizioni perché la Convenzione possa non essere applicata, in forza dell'art. 42 l. 218/95, invece, la Convenzione è sempre applicabile *ratione personae*⁶⁸.

Inoltre, attraverso il rinvio in ogni caso contenuto all'art. 42 si estende l'ambito di applicazione spaziale della Convenzione a tutti minori, ovunque residenti abitualmente, facendo venir meno anche il limite dell'art. 13 primo comma, secondo cui la disciplina convenzionale si applica a tutti i minori residenti abitualmente in uno degli Stati contraenti. Il terzo comma dell'art. 13, infatti, prevede la possibilità di limitare l'operatività della Convenzione ai minori che sono cittadini degli Stati contraenti. In realtà, solo il Lussemburgo ed i Paesi Bassi hanno apposto tale riserva; di conseguenza, la Convenzione, per tutti gli altri Paesi, si applica come diritto speciale nei confronti di tutti i minori, cittadini di qualunque Stato, residenti abitualmente in uno degli Stati contraenti⁶⁹.

Pertanto, il richiamo "in ogni caso" alla Convenzione dell'Aja del 1961 (come in tutto il sistema della legge di riforma) deve intendersi come allargamento dell'ambito materiale e spaziale della stessa, così come è inteso per le convenzioni *erga omnes*⁷⁰. Ciò significa che la disciplina convenzionale sostituisce completamente le norme di conflitto interne, beninteso, nell'ambito di applicazione materiale della Convenzione. A tal proposito è bene specificare se la Convenzione dell'Aja del 1961 riguardi solamente la giurisdizione e la legge applicabile oppure attenga anche al riconoscimento delle decisioni straniere.

⁶⁷ In questo senso si veda: Trib. Como, decreto 21 ottobre 2003, in *RDIPP*, 2004, pp. 1032-1033. Il caso riguardava la proroga della tutela per un ragazzo tunisino di vent'anni e, a tal fine, si era reso necessario accertare la minore età quest'ultimo. Il giudice ha rilevato che, ai sensi della legge nazionale del ragazzo, richiamata dalla Convenzione dell'Aja del 1961, la maggiore età si acquista a vent'anni, di conseguenza la tutela in favore di un soggetto tunisino avrebbe dovuto estendersi sino a tale età. In altri termini, la Convenzione dell'Aja del 1961, così come richiamata dall'art. 42 l. 218/1995, si applica anche alle persone considerate minori soltanto dalla loro legge nazionale (oltre che alle persone la cui residenza abituale non si trova in uno degli Stati contraenti) di conseguenza, in virtù del combinato disposto degli artt. 23 e 42 della l. 218/1995, la tutela di un cittadino tunisino deve essere prorogata sino al raggiungimento della maggiore età secondo la sua legge nazionale, quindi, sino al compimento del ventesimo anno di età.

⁶⁸ BONOMI, *La Convenzione*, cit., pp. 617-618

⁶⁹ BONOMI, *La Convenzione*, cit., pp. 617-618.

⁷⁰ BARIATTI, *Art. 2*, cit., p. 889; HONORATI, *Art.42*, cit., p. 1119; MOSCONI, *La protezione dei minori*, cit., p. 337.

Infatti, la Convenzione dell'Aja del 1961 concerne la competenza e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, ma contiene anche due riferimenti al riconoscimento delle decisioni: l'art. 3 e l'art. 7. L'art. 3 dispone che “un rapporto d'autorità risultante di pieno diritto dalla legislazione interna di uno Stato in cui il minore è cittadino è riconosciuto in tutti gli Stati contraenti” e l'art. 7 prevede che “le misure adottate dalle autorità competenti (...) sono riconosciute in tutti gli Stati contraenti. Se tuttavia dette misure implicano atti di esecuzione in uno Stato diverso da quello in cui esse sono state adottate, il loro riconoscimento e la loro esecuzione sono regolati sia dal diritto interno dello Stato in cui è richiesta l'esecuzione, sia dalle convenzioni internazionali”.

Sebbene tali disposizioni non siano considerate come norme sul riconoscimento⁷¹ non si può negare che indichino principi generali per la circolazione delle decisioni in materia di protezione dei minori tra gli Stati contraenti. Sul punto la dottrina è divisa. Secondo un primo orientamento, l'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961 sarebbe limitato solo alla giurisdizione e alla legge applicabile in materia di protezione dei minori, in forza dell'indicazione dell'ambito di applicazione della Convenzione, come definito nel titolo: “Convenzione concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori” e in virtù del richiamo operato dall'art. 42 l. 218/1995, rubricato: “Giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori”. Per l'ordinamento italiano tale limitazione potrebbe comportare l'insussistenza dell'obbligo di riconoscimento *ex art. 7* della Convenzione delle decisioni emesse da uno Stato non contraente⁷². Un secondo orientamento, invece, fa discendere dall'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 1961 un vero e proprio obbligo di riconoscimento sul piano internazionale, pertanto la Convenzione può assumere rilievo anche in tema di riconoscimento delle decisioni⁷³.

Nell'ottica di una disciplina unitaria degli istituti della potestà genitoriale e delle misure di protezione del minore, quest'ultima soluzione pare preferibile; tra l'altro, la Convenzione dell'Aja del 1996, destinata a sostituire quella del 1961, contiene specifiche norme sul riconoscimento delle sentenze, proprio al fine di disciplinare in modo uniforme e completo le materie comprese nel suo ambito di applicazione: la responsabilità

⁷¹ Così VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 3

⁷² In tal senso si veda: BONOMI, *La Convenzione*, cit., p. 618 ss..

⁷³ Così MOSCONI, *La protezione dei minori*, cit., pp. 63-65; OBERLOSKAMP, *Haager Minderjaerigenschutzabkommen*, cit., p. 96; TONOLO, *Art. 42*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma di diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 61 ss.. Cfr. *infra* Cap. IV par. 3..

genitoriale e la protezione dei minori⁷⁴. Pertanto la teoria secondo cui la Convenzione dell'Aja del 1961 concerne, non solo giurisdizione e legge applicabile, ma anche il riconoscimento risulta essere in linea con le prospettive future del diritto internazionale privato della famiglia.

Dal punto di vista oggettivo, il rinvio specifico alla Convenzione comporta l'applicazione della disciplina in essa contenuta anche alle fattispecie, escluse *ab origine* dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione, ma riconducibili a quest'ultima per analogia⁷⁵.

Per comprendere l'effettiva estensione dell'ampliamento, è necessario, in primo luogo, valutare la portata della locuzione "misure di protezione del minore", considerando che la Convenzione fa riferimento anche ai "rapporti di autorità di pieno diritto": i c.d. rapporti *ex lege*.

I rapporti di autorità di pieno diritto sono quei rapporti giuridici che trovano il loro fondamento immediato in una norma di legge e la cui costituzione non presuppone l'intervento di alcuna autorità amministrativa o giurisdizionale⁷⁶.

La prima questione da risolvere attiene alla qualificazione della potestà genitoriale come rapporto di autorità di pieno diritto o meno: né la lettera delle disposizioni convenzionali né i lavori preparatori suggeriscono un'interpretazione sul punto, tuttavia non vi è dubbio che la potestà genitoriale sia un rapporto giuridico che trova principale fondamento *ex lege*, senza che sia necessario per la sua costituzione l'intervento di alcuna autorità giurisdizionale od amministrativa. Essa pertanto può considerarsi il rapporto di autorità *ex lege* per eccellenza. Inoltre, è evidente che la potestà genitoriale sia un istituto di tutela del minore e, a maggior ragione, essa può essere disciplinata dalla Convenzione, proprio in forza del suo scopo di protezione⁷⁷.

Tuttavia è opportuno ricordare che parte della dottrina, soprattutto italiana, interpreta i rapporti d'autorità di pieno diritto in modo restrittivo, escludendo da essi la potestà

⁷⁴ Sul riconoscimento delle sentenze straniere ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1996 si veda, PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, cit., p. 734 ss..

⁷⁵ BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 20; DAVI, *Le questioni generali*, cit., p. 580; PICONE, *Metodi di coordinamento*, in *RDIPP*, 1990, p. 668; BONOMI, *La Convenzione dell'Aja del 1961*, cit., p. 627.

⁷⁶ In questi termini: DROZ, *La protection des mineurs*, cit., 612.

⁷⁷ Affermano la riconducibilità della potestà genitoriale alla disciplina della Convenzione dell'Aja del 1961: DROZ, *La protection des mineurs*, cit., 614; BONOMI, *La Convenzione*, cit., pp. 620-621; VON OVERBECK, *La reconnaissance des rapports d'autorité « ex lege » selon la Convention de la Haye sur la protection des mineurs*, in *Mélanges Henri Deschenaux*, Fribourg, 1977, pp. 447-467; OBERLOSKAMP, *Das Haager Minderjaeringenschutzabkommen*, cit., pp. 55-56.

genitoriale⁷⁸. Secondo questo orientamento l'istituto della potestà genitoriale sarebbe radicato così profondamente nel diritto di famiglia, da escludere che possa essere considerato una mera misura di protezione del minore, sebbene abbia una funzione palesemente protettiva⁷⁹. Solo in alcuni casi, particolarmente delicati, la potestà genitoriale potrebbe essere considerata come rapporto *ex lege* e, quindi, disciplinata dalla Convenzione: si pensi alle ipotesi di esercizio della potestà da parte del genitore superstite o naturale. In tali casi, infatti, la funzione protettiva dell'istituto è particolarmente evidente, pertanto non vi sarebbe ragione di escludere la potestà genitoriale dal novero delle misure di protezione del minore oggetto della Convenzione dell'Aja del 1961⁸⁰.

La qualificazione della potestà genitoriale come rapporto d'autorità di pieno diritto a seconda dell'intensità della funzione protettiva può contrastare con le finalità perseguite dall'art. 3 della Convenzione, ossia mantenere una certa continuità nel regime legale dalla nascita del minore sino al termine della minore età, poichè cambiamenti di regime possono ostacolare la tutela del minore stesso⁸¹. Ad esempio, considerare attinenti all'ambito oggettivo della Convenzione dell'Aja del 1961 le sole ipotesi di esercizio della potestà genitoriale da parte del genitore superstite o naturale significa assoggettare alle norme di diritto comune i casi di esercizio "normale" della potestà genitoriale (vale a dire i casi di esercizio da parte di entrambi i genitori, ancora in vita), mentre ai due casi precedenti sarebbe applicata la disciplina convenzionale. Ciò comporterebbe discontinuità del regime legale applicabile alla protezione del minore, in particolare, il cambiamento di regime coinciderebbe con la morte di un genitore, compromettendo la *ratio* di continuità di regime dell'art. 3 Convenzione dell'Aja del 1961⁸².

In un'ottica di armonia internazionale delle soluzioni e di coerenza interna del sistema di diritto internazionale privato, pare, quindi, più opportuno considerare la potestà genitoriale come un rapporto di autorità di pieno diritto, senza distinzioni di sorta.

Dal punto di vista del diritto materiale italiano, saranno quindi riconducibili ai rapporti d'autorità di pieno diritto *ex art. 3* Convenzione dell'Aja del 1961: la potestà di entrambi i

⁷⁸ MOSCONI, *La tutela dei minori*, cit., p. 359 ss.

⁷⁹ MOSCONI, *La tutela dei minori*, cit., p. 561. Questa conclusione sarebbe confortata dai lavori preparatori alla Convenzione dell'Aja del 1961, durante i quali si era discusso sull'opportunità di includere nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione anche l'istituto della potestà genitoriale, che invece era escluso dall'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1902.

⁸⁰ MOSCONI, *La tutela dei minori*, cit., p. 561.

⁸¹ VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 228, dove si legge: "*mainténir un régime légal une fois né, les changements de régime pouvant facilement créer des confusions ou des complications*".

⁸² BONOMI, *La Convenzione*, cit., pp. 620-621.

genitori *ex artt.* 316-317 cod. civ., quella attribuita *ex lege* al genitore superstite e a quello che abbia riconosciuto il figlio naturale *ex art.* 317 *bis* co. 1 cod. civ..

Resta comunque aperta la questione circa l'operatività della Convenzione alle misure di protezione del minore, attinenti alla potestà dei genitori, ma per la cui costituzione è necessaria una decisione da parte dell'autorità giurisdizionale, come ad esempio: la tutela *ex art.* 343 ss. cod. civ., la nomina del tutore e del protutore *ex art.* 346 cod. civ., tutti i provvedimenti d'urgenza che il giudice può disporre prima di nominare un tutore, ai sensi dell'art. 361 cod. civ., e i provvedimenti del giudice tutelare circa l'educazione del minore e l'amministrazione dei suoi beni (art. 371 cod. civ.), nonché, infine, la rimozione e la sospensione del tutore *ex art.* 384 cod. civ.⁸³.

Sono da considerarsi misure di protezione anche i provvedimenti disposti *ex art.* 403 cod. civ. nei casi in cui il minore si trovi in stato di abbandono o di estrema gravità e quelli relativi al minore emancipato *ex artt.* dal 392 al 397 cod. civ., sebbene l'eventuale pronuncia di emancipazione non rientri nell'ambito di applicazione materiale della Convenzione dell'Aja, essendo una decisione inerente la capacità d'agire⁸⁴.

Inoltre, sono riconducibili alle misure di protezione anche i provvedimenti diretti a modificare o a porre termine a un rapporto d'autorità di pieno diritto. Il riferimento è ai provvedimenti di decadenza dalla potestà genitoriale *ex art.* 330, 333, 334 e 336 cod. civ.. È, invece, controversa la questione della qualificazione delle misure che si limitano ad integrare o ad attuare un rapporto *ex lege* o un altro regime di protezione già costituito, senza modificarlo nei suoi tratti essenziali⁸⁵. Si pensi, ad esempio, ai provvedimenti volti ad eliminare un contrasto tra i titolari della responsabilità genitoriale (art. 316 commi 3 e 5 cod. civ.), alla nomina di un curatore speciale nel caso di conflitto di interessi o di impedimento/rifiuto di uno o di entrambi i genitori (art. 320 ultimo comma cod. civ. e art. 521), nonché alle autorizzazioni al compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione da parte dei genitori o del tutore (artt. 320, 364-376 cod. civ.).

⁸³ Secondo parte della dottrina, la tutela, in quanto ipotesi di cessazione della potestà genitoriale, pone questioni interessanti circa il rapporto tra norme di conflitto. Gli effetti della tutela sulla potestà dei genitori vengono regolati dalla legge nazionale del figlio *ex art.* 36, mentre le condizioni e le modalità di costituzione della tutela sono regolate dalla Convenzione dell'Aja del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori e di potestà genitoriale⁸³, richiamata dall'art. 42 l. 218/1995. TONOLO, *Art. 42*, cit., p. 169 ss.

⁸⁴ DROZ, *La protection des mineurs*, cit., pp. 608-610; VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 238, dove si desume che ogni provvedimento sull'emancipazione e sull'emancipato debbano essere esclusi dall'oggetto della Convenzione.

⁸⁵ BONOMI, *La Convenzione*, cit., p. 627.

Poiché questi ultimi provvedimenti non hanno carattere autonomo, ci si è chiesti se possano essere considerati come misure protettive ai sensi dell'art. 1 della Convenzione dell'Aja del 1961⁸⁶. Ebbene, ragionando per analogia è possibile estendere l'ambito oggettivo della Convenzione anche ai predetti provvedimenti poiché essi non sono dissimili dalle decisioni sull'affidamento del minore e da altri provvedimenti che vengono presi dal giudice a seguito del riconoscimento del figlio naturale *ex art 252 cod. civ.*, oppure in caso di separazione o divorzio (art. 155 cod. civ.). Anche in questi casi, infatti, vi è una modifica di un rapporto d'autorità di pieno diritto: essi regolano l'esercizio della potestà genitoriale, senza farlo venire meno.

2.3. *L'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1996*

La Convenzione dell'Aja del 1961 è destinata ad essere sostituita dalla Convenzione dell'Aja del 1996 concernente al competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori⁸⁷, secondo quanto previsto dall'art 51 della stessa. Tale nuova Convenzione non è stata ancora ratificata dall'Italia, che, per il vero, ha ratificato la precedente Convenzione dell'Aja del 1961 solo nel 1995. A tal proposito si ricorda che il Consiglio, con decisione del 19 dicembre 2002⁸⁸ aveva autorizzato gli Stati membri a firmare, nell'interesse della Comunità europea, la Convenzione dell'Aja del 1996, e successivamente con la decisione del 5 giugno 2008⁸⁹ aveva autorizzato gli Stati membri che non avevano ancora ratificato o aderito alla Convenzione a farlo, nell'interesse della Comunità europea. Questa seconda autorizzazione riguardava in particolare Belgio, Germania, Irlanda, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Cipro, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Austria, Polonia, Portogallo, Romania, Finlandia, Svezia e Regno Unito. Per poter predisporre il deposito simultaneo degli strumenti di ratifica o di adesione, Tali Stati membri avrebbero dovuto scambiare informazioni sullo stato di avanzamento delle

⁸⁶ BONOMI, *La Convenzione*, cit., pp. 627-628.

⁸⁷ Per un commento si vedano ampiamente: PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, cit., p. 705 ss.; BUCHER, *La Dix-Huitième session de la Conférence de la Haye de droit International privé*, in *Schweizerische Zeitschrift fuer internationale und europäische Recht*, 1997, p. 67 ss..

⁸⁸ Decisione del Consiglio 2003/93/CE del 19 dicembre 2002, cit..

⁸⁹ Decisione del Consiglio 2008/431/CE del 5 giugno 2008, cit. CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma*, cit., p. 643, dove l'autrice sottolinea come tale decisione sia espressione della c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato e rappresenti la competenza mista degli Stati membri e della Comunità nelle materie coperte dalla Convenzione dell'Aja del 1996, dato che il Reg. CE 2201/2003 non disciplina la legge applicabile alle misure di protezione dei minori.

rispettive procedure con la Commissione ed il Consiglio, entro il 5 dicembre 2009, tuttavia lo scambio degli strumenti è a tutt'oggi incompleto. Successivamente all'espletamento del predetto incombenza, sarà fissata una data per il deposito simultaneo degli strumenti, che avrebbe dovuto avvenire, preferibilmente, prima del 5 giugno 2010. La stessa decisione autorizza inoltre Bulgaria, Cipro, Lettonia, Malta, Paesi Bassi e Polonia a presentare una dichiarazione intesa a garantire la continuità di applicazione delle norme comunitarie di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni rese negli Stati membri⁹⁰.

Ad ogni modo, al di là delle difficoltà e delle reticenze circa la ratifica della nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione internazionale dei minori, si segnala in particolare come questa riguardi il diritto internazionale privato e processuale – quindi i problemi relativi a competenza, legge applicabile, riconoscimento, esecuzione e cooperazione giudiziaria – applicabile alla responsabilità genitoriale ed alle misure di protezione dei minori.

Viene, quindi introdotto il concetto di responsabilità genitoriale, quale denominazione di una serie di fattispecie attinenti ai rapporti genitori - figli; in particolare, all'art. 1 par. 2, si legge che il termine responsabilità genitoriale comprende la potestà dei genitori ed ogni altro rapporto di potestà analogo che stabilisca i diritti, i poteri e gli obblighi dei genitori, di un tutore o di un altro rappresentante legale, nei confronti della persona o dei beni del minore.

Per quanto riguarda all'ambito di applicazione della Convenzione del 1996, è opportuno sottolineare come l'efficacia soggettiva della stessa sia differente rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1961. Se quest'ultima, come si è detto, si applica a tutti i minori residenti in uno Stato contraente, ai sensi dell'art. 13 primo comma⁹¹, la Convenzione del 1996 non precisa in modo unitario il proprio campo di applicazione, ma lo circoscrive in modi diversi a seconda delle varie ipotesi che vengono in rilievo.

Diversa è anche la determinazione dell'ambito di applicazione della nuova convenzione con riguardo alle categorie di minori presi in considerazione: la Convenzione dell'Aja del 1996 si applica a tutti i minori a partire dalla loro nascita e fino

⁹⁰ I dati sullo stato di ratifica e adesione alla Convenzione dell'Aja del 1996 sono consultabili sul sito: www.ec.europa.eu e www.hcch.int.

⁹¹ L'ambito di applicazione limitato ai minori residenti in uno Stato contraente si desume dall'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1961, senza tenere in considerazione l'ampliamento dell'ambito di applicazione spaziale dovuto all'art. 42 l. 218/1995, che comporta l'operatività della Convenzione dell'Aja del 1961 a tutti i minori, indipendentemente dal luogo di residenza abituale. Cfr. *supra* Cap. II, par. 2.2.

a quando abbiano raggiunto l'età di diciotto anni. E', quindi, possibile che, nel caso in cui la legge applicabile preveda un termine superiore per il raggiungimento della maggiore età, determinati minori restino potenzialmente oggetto di misure di protezione sottratte al regime convenzionale, e sottoposte al solo diritto comune. Nel caso opposto, quindi nell'ipotesi in cui la legge applicabile preveda un termine inferiore per il raggiungimento della maggiore età, la Convenzione continuerebbe ad applicarsi, al fine di evitare un'emancipazione precoce che privi il minore dell'adeguata protezione⁹².

Per quanto riguarda la determinazione dell'ambito di applicazione materiale, si nota come la nuova Convenzione abbia precisato, all'art. 3, quali misure ricadano "*notamment*" o "*in particulier*" in tale ambito, e all'art. 4 quali siano invece le misure sicuramente escluse.

Ai sensi dell'art. 3, sono incluse nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione le misure concernenti:

- a) l'attribuzione, l'esercizio e la revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale, nonché la sua delega;
- b) il diritto di affidamento, che comprende il diritto di occuparsi della persona del minore, e in particolare il diritto di decidere sul suo luogo di residenza, nonché il diritto di visita, che comprende il diritto di portare il minore, per un periodo di tempo limitato, in un luogo diverso da quello di abituale residenza;
- c) la tutela, la curatela e gli istituti analoghi;
- d) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o organismo incaricato di occuparsi della persona o dei beni del minore, di rappresentarlo o di assisterlo;
- e) il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafalah* o istituto analogo;
- f) la supervisione da parte delle autorità pubbliche dell'assistenza fornita al minore da qualsiasi persona che se ne faccia carico;
- g) l'amministrazione, la conservazione o la facoltà di disporre dei beni del minore.

⁹² LAGARDE, *Rapport explicatif*, in Doc. Prél. No 7, marzo 1996, consultabile sul sito www.hcch.int. CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma?*, cit., p. 649 dove l'autrice sostiene che, nell'ottica di una possibile riforma dell'art. 42 della l. 218/1995, la lettera della norma potrebbe comunque mantenere la statuizione circa l'applicabilità della Convenzione ai minori considerati tali solo dalla loro legge nazionale, in modo tale da ovviare alle eventuali situazioni claudicanti nei confronti di minori cittadini di uno Stato che prevede il raggiungimento della maggiore età in un tempo successivo rispetto a quello previsto dalla legge dello Stato di residenza. Tale situazione è ad oggi evitata mediante l'applicazione dell'art. 42 co. 2, come nel già citato caso della nomina di un tutore per un cittadino tunisino di vent'anni, residente in Italia, il quale, ai sensi della legge tunisina avrebbe acquisito la maggiore età solo al compimento del ventunesimo anno, mentre ai sensi della legge del luogo di residenza l'avrebbe già acquisita al compimento del diciottesimo anno. Cfr. Trib. Como, decreto 21 ottobre 2003, cit., p. 1032

E' chiaro che le misure previste esplicitamente dell'art. 3 non possono essere prese in uno Stato la cui legislazione interna non le prevede, ma, viceversa, non è escluso che alcune misure non esplicitamente menzionate da tale disposizione, ma previste dalla legge interna, ricadano egualmente sotto l'ambito di applicazione materiale della convenzione, se costituiscono delle misure di protezione del fanciullo, e non sono escluse ai sensi dell'art. 4 della Convenzione medesima⁹³.

Le misure escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione, *ex art. 4* sono:

- a) l'accertamento e la contestazione della filiazione;
- b) la decisione sull'adozione e le misure che la preparano, nonché l'annullamento e la revoca dell'adozione;
- c) il cognome e nome del minore;
- d) l'emancipazione;
- e) gli obblighi agli alimenti;
- f) le amministrazioni fiduciarie e le successioni;
- g) la previdenza sociale;
- h) le misure pubbliche di carattere generale in materia di istruzione e di sanità;
- i) le misure adottate conseguentemente alla commissione di reati da parte di minori;
- j) le decisioni sul diritto d'asilo e in materia di immigrazione.

Si precisa che l'elenco delle materie menzionate all'art. 4 si configura come esclusiva, pertanto, sarà possibile un'estensione per analogia dell'ambito di applicazione materiale, ma non una sua limitazione.

3. L'ambito di applicazione del Regolamento CE 2201/2003 in materia di responsabilità genitoriale.

La responsabilità genitoriale è innanzitutto considerata dal Regolamento CE 2201/2003, che all'art. 2 par. 7 la definisce come: “ i diritti ed i doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un

⁹³ PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., p. 710-711.

accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita”⁹⁴.

Più precisamente, l’art. 2 al par. 9 fornisce una definizione di diritto di affidamento come “i diritti e i doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare, il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza” e, ancora, sempre l’art. 2, ma al par. 10, spiega il significato del diritto di visita: “in particolare il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo”⁹⁵. Infine, il regolamento si occupa anche di indicare chi siano i titolari della responsabilità genitoriale, all’art. 2 par. 7 si legge: “qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di un genitore su un minore”.

La definizione di responsabilità genitoriale così individuata sembra essere piuttosto esauriente; tuttavia, per completezza, ad essa va aggiunto il riferimento *ex art. 1* del regolamento sull’applicazione *ratione materiae* dello stesso.

L’art. 1 ha il pregio di indicare l’ambito di applicazione del Regolamento, che comprende le questioni concernenti:

- “a) il diritto di affidamento ed il diritto di visita;
- b) la tutela la curatela ed altri istituti analoghi;
- c) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino od assistano;
- d) la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto;
- e) la misure di protezione del minore legate all’amministrazione, alla conservazione, o all’alienazione dei suoi beni”.

Si osservi che sia il diritto di affidamento sia il diritto di visita sono definiti dallo stesso Regolamento, rispettivamente all’art. 2 par. 9 e all’art. 2 par. 10. Tali diritti rappresentano due aspetti del rapporto genitori figli dopo lo scioglimento della coppia: tendenzialmente,

⁹⁴ BIAGIONI, *Il nuovo regolamento sulla giurisdizione e sull’efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *RDI*, 2004, p. 994: l’indicazione del diritto di visita e di affidamento sono da considerarsi a titolo esemplificativo, costituendo, queste le due questioni maggiormente controverse in materia di responsabilità genitoriale; nella nozione si ritiene compresa anche la sottrazione (ed il ritorno) del minore.

⁹⁵ È ben comprensibile come la responsabilità genitoriale, nella forma di diritto di affidamento e diritto di visita, sia strettamente legata ai procedimenti in materia matrimoniale (separazione e divorzio *in primis*). Di qui l’opportunità di disciplinare con un unico regolamento le due materie, in modo tale da limitare il fenomeno del *forum shopping* nonché evitare le discriminazioni sulla base della nazionalità nelle controversie familiari. BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in CARBONE, QUEIROLO, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, pp. 259-260.

infatti, a seguito della separazione o del divorzio, si avrà un genitore titolare del diritto di affidamento (il c.d. affidatario) e l'altro del diritto di visita.

Per quanto concerne il diritto di visita, è interessante notare come esso, ai sensi delle disposizioni del regolamento comunitario, non sia limitato ai soli genitori, ma sorga in capo anche ai nonni o al genitore sociale, ma non biologico, di un minore cresciuto in una famiglia c. d. allargata o ricomposta. Ciò ha una duplice conseguenza: da un lato, una qualificazione così ampia – dal punto di vista soggettivo – del concetto di responsabilità genitoriale potrebbe causare una difformità di interpretazioni a seconda dello Stato in cui il Regolamento CE n. 2201/2003 dev'essere applicato⁹⁶; dall'altro, estendere la responsabilità genitoriale anche a soggetti terzi rispetto ai genitori significa che anche questi ultimi possano godere della procedura facilitata per il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti aventi ad oggetto di diritto di visita⁹⁷.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, si sottolinea come il riconoscimento delle decisioni in materia di diritto di visita abbia contribuito (e possa ancora contribuire), *de iure condendo*, anche nell'ordinamento italiano, al diffondersi di una maggiore sensibilità per il riconoscimento del diritto dei minori a mantenere i rapporti di fatto anche con i soggetti terzi rispetto ai loro genitori, a seguito dello scioglimento dell'unione di questi ultimi⁹⁸.

In realtà, il merito di contribuire alla formazione di una maggiore sensibilità verso i rapporti dei minori con i genitori e con i parenti non è solo da attribuire al regolamento 2201/2003, poiché, anche dal punto di vista dell'ordinamento interno, sono stati fatti sforzi in tal senso. Infatti, con la novella dell'art. 155 cod. civ., ad opera della legge n. 54/2006⁹⁹, si sancisce espressamente il diritto dei figli di mantenere un rapporto

⁹⁶ ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione europea tra regolamento 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in CARBONE, QUEIROLO, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 290.

⁹⁷ LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Famiglia*, 2006, pp. 1145-1146.

⁹⁸ LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003*, cit., pp. 1145-1146.

⁹⁹ Legge n. 54 dell'8 febbraio 2006, in *Gazz. Uff.* del 1 marzo 2006, n. 50. Cfr. art. 1 (*Modifiche al codice civile*): 1. L'articolo 155 del codice civile è sostituito dal seguente: «Art. 155. – (*Provvedimenti riguardo ai figli*). Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari

equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, nonché quello di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Il Regolamento CE 2201/2003, comprendendo nella qualificazione di responsabilità genitoriale, sia il diritto di affidamento, sia il diritto di visita, ha attribuito la titolarità della responsabilità genitoriale anche al genitore non affidatario (che era titolare del diritto di visita), contribuendo, così, al superamento della rigida distinzione tra titolarità della potestà – che spetta ad entrambi i genitori

anche dopo la separazione od il divorzio – ed esercizio della potestà – che, invece, fino al 2006, spettava in via esclusiva al genitore a cui il figlio era affidato.

Con il riconoscimento della titolarità della responsabilità genitoriale anche al genitore non affidatario, si è sottolineata l' esistenza di una responsabilità di entrambi i genitori nei confronti dei figli, anche dopo la rottura dell'unione tra i genitori¹⁰⁰.

Un'altra questione interessante a proposito dell'applicazione *ratione materiae* del Regolamento CE 2201/2003 in materia di responsabilità genitoriale riguarda i beni del minore. Essi ricadono nel campo di applicazione del regolamento solo se le relative misure da adottare sono strumentali alla protezione del minore stesso. Ne sono un esempio: la nomina di una persona o di un organismo per assistere o rappresentare il minore, l'amministrazione e la vendita dei beni in caso di disaccordo tra i genitori. Quando, invece, le misure sui beni del minore non riguardano la sua protezione si può applicare il Regolamento CE 44/2001¹⁰¹. Inoltre è curioso osservare come la collocazione di un minore in una famiglia affidataria o in un istituto sia stata oggetto dell'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha chiarito che rientrano nel'ambito di applicazione del regolamento 2201/2003 le decisioni che dispongono, contestualmente, la presa a carico di un minore da parte della pubblica autorità e la sua collocazione al di fuori della famiglia d'origine, vale a dire, presso una famiglia affidataria o presso un istituto a ciò deputato¹⁰².

all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.

La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente. (...)

¹⁰⁰ LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003*, cit., pp. 1145-1146

¹⁰¹ Cfr. Considerando n. 9 del regolamento 2201/2003

¹⁰² CGCE, 27 novembre 2007, C-435/2006, in *Raccolta*, p. I-10141. Per un commento si veda: ZANOBETTI, *Osservatorio di diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 402 ss.. Il caso riguardava il ricorso presentato da una madre finlandese avverso una decisione del Tribunale

È pacifico che la collocazione di un minore presso la famiglia affidataria sia una questione soggetta al regolamento e rientrante, in particolare, nell'ipotesi dell'art. 1 lett. d). Mentre, è un po' più complessa la qualificazione della presa a carico di un minore da parte della pubblica autorità e la sua collocazione al di fuori della pubblica autorità, dal momento che tale questione non rientra espressamente tra le materie contemplate dall'art. 1.

In realtà, l'esclusione di tale materia da quelle soggette al regolamento non può essere considerata come determinante, poiché l'art. 1, punto 2 dichiara espressamente di applicarsi "in particolare" alle questioni elencate, le quali, quindi, non si esauriscono, ma rappresentano esempi di controversie qualificabili nella responsabilità genitoriale. Dall'altro lato, però, la decisione di presa a carico di un minore concerne, per sua natura, l'ambito di un'azione pubblica con lo scopo di rispondere alle esigenze di protezione e di assistenza dei minori¹⁰³, di conseguenza, sulla qualificazione della controversia al fine della sua riconduzione all'ambito applicativo del Regolamento CE 2201/2003 si sono formate opinioni differenti.

Secondo la Corte di giustizia, il fattore decisivo al fine di qualificare una fattispecie da cui ha origine la controversia sull'affidamento di un minore nell'ambito della responsabilità genitoriale va identificato con la circostanza per cui il provvedimento viene posto in essere. Nel caso di specie, il provvedimento di affidamento andava ad incidere sull'esercizio del diritto di affidamento, il quale rientra, senza alcun dubbio, nell'ambito di applicazione del regolamento in questione.

Specificamente la Corte rileva che: " la presa a carico e la collocazione sono atti strettamente collegati nel senso che, per un verso, una presa a carico può essere disposta come provvedimento a sé stante solo come misura cautelare e, per un altro verso, la collocazione di un minore contro la volontà dei genitori è possibile soltanto in seguito alla presa a carico del minore stesso da parte dell'autorità competente. Di conseguenza, l'esclusione dall'ambito di applicazione del regolamento 2201/2003 della decisione di presa a carico di un minore sarebbe tale da compromettere l'efficacia del regolamento stesso negli Stati membri in cui la protezione dei minori, compresa la collocazione di questi ultimi, comporta l'adozione di più decisioni. Inoltre, posto che in altri Stati membri

amministrativo di Oulu (Finlandia) che disponeva l'immediata presa a carico dei suoi due figli – l'uno di nazionalità finlandese, l'altro finlandese e svedese – da parte delle autorità svedesi.

¹⁰³ Cfr. punti 28, 29, 30, 31 e 32 sent. cit.

tale protezione è garantita mediante un'unica decisione, anche la parità di trattamento dei minori interessati potrebbe essere rimessa in discussione¹⁰⁴”.

Pertanto, l'affidamento di minori da parte di pubbliche autorità è soggetto al regolamento nonostante che nell'ordinamento *a quo* (finlandese) la misura non rientri nella materia civile, ma si inquadri nel diritto pubblico e debba essere disposta dal giudice amministrativo. Infatti, come si riscontra in seguito: “ la nozione di «materie civili» dev'essere interpretata nel senso che può comprendere anche misure che, dal punto di vista del diritto di uno Stato membro, rientrano nel diritto pubblico. Del resto, tale interpretazione è avvalorata dal decimo “considerando” del Regolamento CE 2201/2003, secondo cui esso è inteso ad applicarsi a misure pubbliche di carattere generale in materia di istruzione e di sanità”.

Ciò conferma che il Regolamento CE 2201/2003 non ha inteso escludere dall'ambito di applicazione del regolamento tutte le misure rientranti nel diritto pubblico. È opportuno infatti considerare che la nozione «materie civili», ai sensi dell'art. 1, n. 1 del Regolamento, si riferisce anche al caso in cui vi sia un unico provvedimento che ordina la presa a carico immediata e la collocazione di un minore al di fuori della sua famiglia di origine, in una famiglia affidataria, quando tale decisione è stata adottata nell'ambito delle norme di diritto pubblico relative alla protezione dei minori¹⁰⁵.

Infine, proprio perché l'elenco dell'art. 1 ha una funzione esemplificativa, si possono qualificare come provvedimenti relativi alla responsabilità genitoriale anche quelli pronunciati nel quadro di casi relativi alla sottrazione e al ritorno dei minori¹⁰⁶. Essi, oltre ad essere oggetto della disciplina del Regolamento, risultano strettamente connessi al diritto di visita ed al diritto di affidamento, considerati dal regolamento come espressione primaria della responsabilità genitoriale.

Il legame tra il diritto di affidamento e la sottrazione del minore si evidenzia quando il Regolamento definisce il primo come l'insieme dei diritti e dei doveri concernenti la cura della persona di un minore ed “in particolare il diritto di intervenire nella decisione

¹⁰⁴ Cfr. punti 35-36 sent. cit.

¹⁰⁵ Cfr. punti 51, 52, 53 e PQM n. 1 sent. cit. Negli stessi termini si veda CGCE, 2 aprile 2009, C-523/07, in *RDIPP*, 2009, p. 750 ss. ove si legge: “ Una decisione che ordina la presa in carico immediata e la collocazione di un minore al di fuori della sua famiglia di origini rientra nella nozione di materie civili, ai sensi dell'art. 1 par. 1 del Regolamento CE 2201/2003, quando tale decisione è stata adottata nell'ambito delle norme di diritto pubblico relative alla protezione dei minori.”

¹⁰⁶ BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 997 ; ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione dei minori nell'Unione europea*, cit., p. 283 ss..

relativa al suo luogo di residenza” (art. 2 par. 9 reg. 2201/2003)¹⁰⁷, ne consegue che i limiti all’esercizio del diritto di affidamento sono posti al fine di impedire il trasferimento del minore in un Paese diverso da quello in cui risiede abitualmente o si trova momentaneamente, senza il consenso dell’altro genitore o senza l’autorizzazione dell’autorità giudiziaria¹⁰⁸.

Al fine di comprendere la relazione tra la sottrazione del minore e diritto di visita, si deve tenere presente che quest’ultimo è definito come il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato (art. 2 par. 10 reg. 2201/2003). Di norma, i limiti al diritto di visita hanno lo scopo di impedire il trasferimento del minore, soprattutto se esistono elementi che fanno presumere che ciò possa accadere senza il consenso dell’altro titolare della responsabilità genitoriale o con rischi per il minore. In ogni caso, tali limiti riguardano sia il titolare del diritto di visita sia quello del diritto di affidamento, quando quest’ultimo, ad esempio, abbia deciso di ritornare nel suo Paese di origine dopo la fine del matrimonio¹⁰⁹.

A partire dai concetti di diritto di affidamento e di diritto di visita, il regolamento definisce il trasferimento illecito o il mancato rientro del minore quando “avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro” e “se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi.”

¹⁰⁷ Tale definizione è del tutto simile a quella contenuta all’art. 5 della Convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, aperta alla firma il 25 ottobre 1980 all’Aja e resa esecutiva in Italia con legge 15 gennaio 1994 n. 64, in *Gazz. Uff.* del 29 gennaio 1994 n. 23 suppl. ord.; per un commento si vedano: CARELLA, *La Convenzione dell’Aja del 1980*, cit., p. 777 ss.; SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 61 ss.; CANNONE, *L’affidamento dei minori*, cit., p. 223 ss.; UCCELLA, *I giudici e la Convenzione dell’Aja del 25 ottobre 1980*, in *Giust. Civ.*, 2000, p. 485 ss..

¹⁰⁸ ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione dei minori nell’Unione europea*, cit., p. 291. In merito alla relazione tra sottrazione dei minori e diritto di affidamento, l’autore specifica che: i limiti al diritto di affidamento possono essere posti a) come misura provvisoria presa nel quadro di una causa di separazione, in cui si decide anche della questione della responsabilità genitoriale; b) come funzione di protezione del diritto di visita dell’altro titolare, così che colui che esercita il diritto di affidamento non possa impedire l’esercizio del diritto di visita tramite il trasferimento del minore in un altro Paese; c) come parte di un accordo tra i genitori dell’affidamento condiviso o per il proseguimento del diritto di visita; d) come funzione generale di protezione del minore.

¹⁰⁹ ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione dei minori nell’Unione europea*, cit., p. 291. La rilevanza del diritto di visita, anche al punto di vista della sua relazione con i casi di sottrazione e ritorno del minore ha contribuito all’elaborazione di una nuova Convenzione nell’ambito del Consiglio d’Europa: la Convenzione europea sui rapporti personali dei fanciulli, aperta alla firma a Strasburgo il 15 maggio 2003, ma non ancora ratificata dagli Stati membri dell’Unione europea. Reperibile sul sito www.coe.int/conventions

In considerazione di quanto appena esposto, è evidente come la sottrazione internazionale di un minore corrisponda ad una violazione o del diritto di affidamento o del diritto di visita, configurandosi, di fatto, in un trasferimento illecito della residenza del minore¹¹⁰.

La qualificazione del diritto di visita e di affidamento, come peraltro quella di responsabilità genitoriale, desumibile dal Regolamento CE 2201/2003 è identica a quella prevista dalla Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori¹¹¹. Tale convenzione disciplina sia il diritto di visita, inteso come il diritto di condurre il minore in un luogo diverso da quello della sua residenza abituale, per un limitato periodo di tempo (art. 5 lett. b)) e questa definizione è testualmente ripresa dall'art. 2 n. 10 del Regolamento CE 2201/2003; analogamente in entrambe le fonti, il diritto di affidamento è inteso come l'insieme dei diritti e dei doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare rileva il diritto di intervenire nella decisione relativa al suo luogo di residenza (art. 2 n. 9 del Regolamento CE 2201/2003 e art. 5 lett. a) della Convenzione dell'Aja del 1980)¹¹².

¹¹⁰ A proposito di sottrazione internazionale di minori intesa come violazione dei diritti di affidamento o di visita si segnala, tuttavia, la sentenza Cass., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *RDIPP*, 2010 p. 474 ss., dove la Corte afferma che "in materia di provvedimenti sulla responsabilità genitoriale, il trasferimento all'estero o il mancato rientro in Italia di figli minori di una coppia separata non può essere qualificato come sottrazione illecita quando l'allontanamento sia posto in essere dal genitore affidatario". In altri termini, la Corte non ritiene che si configuri un'ipotesi di sottrazione internazionale di minori quando il trasferimento o l'allontanamento di questi ultimi dal luogo di abituale residenza siano posti in essere dal genitore affidatario, con il quale i minori devono convivere.

¹¹¹ La qualificazione di responsabilità genitoriale prevista dalla Convenzione dell'Aja del 1980 viene mantenuta nella successiva Convenzione dell'Aja del 1996. Sul punto si veda: BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione del diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in *RDIPP*, 2006, p. 369 ss..

¹¹² Si evidenzia che, in tema di sottrazione internazionale di minori, non rileva solamente la Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, ma anche la Convenzione europea di Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, aperta alla firma il 20 maggio 1980 e resa esecutiva in Italia con legge 15 gennaio 1994 n. 64, in *Gazz. Uff.* del 29 gennaio 1994 n. 23 suppl. ord. (come la prima). Per un commento si vedano: JONES, *Council of Europe Convention Recognition and Enforcement of Decisions*, cit., p. 467 ss.; SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 61 ss.; CANNONE, *L'affidamento dei minori*, cit., p. 207 ss.. Sul raffronto tra la Convenzione dell'Aja del 1980 e la Convenzione europea si vedano in dottrina: NYGH, *The international abduction of children*, cit., p. 29 ss.; BRUCH, *How to Draft a Successful Family Law Convention*, cit., p. 47 ss.; SACCHETTI, *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980*, cit., 1496 ss.. In giurisprudenza: Cass., 28 marzo 2001, n. 3701 in *Fam. Dir.*, 2001 p. 171 ss, con commento di CLERICI, *Ancora sulle regole internazionali in materia di sottrazione dei minori*. Si riporta la massima: "Tali convenzioni, pur avendo la medesima finalità di tutela dell'interesse del minore dal pregiudizio derivante dai trasferimenti indebiti, hanno contenuto, funzione e condizioni di applicazione del tutto diversi, essendo presupposto della prima che, anteriormente al trasferimento del minore attraverso una frontiera internazionale, sia stata adottata, in uno degli Stati contraenti, una decisione esecutiva sull'affidamento, ovvero, successivamente al trasferimento, sia stato pronunciato un provvedimento sull'affidamento dichiarativo della illiceità del trasferimento stesso; caratteristica della seconda risultando, per converso, la totale irrilevanza di un titolo giuridico di affidamento (e, a più forte ragione, di una eventuale pronuncia di un provvedimento giurisdizionale straniero), in considerazione dello scopo esclusivo di tutela dell'affidamento quale situazione di mero fatto, da reintegrare con l'immediato ritorno del minore nel proprio Stato di residenza

Considerata la parziale coincidenza dell'ambito di applicazione delle predette fonti, si pone il problema del loro coordinamento¹¹³. Per quanto riguarda la sottrazione internazionale dei minori, il Regolamento Bruxelles II-bis completa la disciplina della Convenzione dell'Aja del 1980, sulla quale prevale, essendo tuttavia destinato ad integrarsi, insieme a quest'ultima, con le diverse procedure nazionali. Come si è visto la Convenzione influisce sul Regolamento in ordine alla qualificazione del diritto di visita e del diritto di affidamento, diritti che si definiscono analogamente, nei rispettivi atti normativi, in maniera tuttavia autonoma¹¹⁴. Tale influenza può estendersi sino ad orientare l'interpretazione generale del testo del Regolamento, infatti, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che, qualora una nozione contenuta in un atto comunitario sia ripresa in modo letterale da una convenzione internazionale, allora quest'ultima costituisce un fondamentale punto di riferimento per l'interpretazione delle norme comunitarie¹¹⁵.

Per precisione si segnala che, in materia di provvedimenti sulla responsabilità genitoriale, il trasferimento all'estero o il mancato rientro di figli minori di una coppia separata non può essere qualificato come sottrazione illecita, quando l'allontanamento dal luogo di residenza abituale dei minori sia posto in essere dal genitore affidatario, il quale ha il diritto di decidere sul luogo di residenza dei figli e col quale questi ultimi devono convivere¹¹⁶. In tal caso, quindi, non sarà applicabile la Convenzione dell'Aja del 1980.

abituale. Ne consegue che, ove sia invocata la convenzione dell'Aja, compito del giudice di merito è quello di accertare la sussistenza dei requisiti per ritenere illecito il trasferimento o il mancato rientro del minore alla stregua di quanto previsto dall'art. 3 di detta convenzione, a tenore del quale, a tale scopo, occorre che questi siano avvenuti in violazione dei diritti di custodia spettanti in base alla legislazione dello stato in cui il minore ha la residenza abituale, ed inoltre che detti diritti siano effettivamente esercitati. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito che, su ricorso presentato, ai sensi della convenzione dell'Aja, da un cittadino statunitense residente negli U.S.A. - divorziato da una statunitense residente in Italia, dalla quale aveva avuto un figlio, affidato, con provvedimento omologato da un giudice statunitense, congiuntamente ai genitori, con collocamento fisico presso la madre, che ne aveva, poi, ottenuto dal giudice italiano l'esclusivo affidamento, ed invece, con successivo provvedimento di una corte statunitense, peraltro sospeso dal giudice di appello, affidato alla custodia esclusiva del padre - aveva ordinato il ritorno del minore negli Stati Uniti, alla stregua del rilievo che, essendo venuto meno, sulla base del provvedimento del giudice dello stato di origine, il provvedimento di custodia fisica presso la madre, sarebbe divenuta illegittima la permanenza dello stesso in Italia)".

¹¹³ Sul coordinamento tra il Reg. CE 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja del 1980 si veda: TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il Regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in *RDIPP*, 2011, p. 81 ss..

¹¹⁴ TONOLO, *La sottrazione dei minori*, cit., p. 91.

¹¹⁵ Tribunale I grado, 28 febbraio 2002, p. II-875 par. 147. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 426 ss..

¹¹⁶ Il caso è considerato da Cass., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *RDIPP*, 2010, p. 474 ss..

Passando, invece, alla definizione negativa dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento, contenuta al terzo comma dell'art. 1, si legge a chiare lettere che il regolamento non si applica:

- “a) alla determinazione o all'impugnazione della filiazione;
- b) alla decisione relativa all'adozione, alle misure che la preparano o all'annullamento o alla revoca dell'adozione;
- c) ai nomi e ai cognomi dei minori;
- d) all'emancipazione;
- e) alle obbligazioni alimentari;
- f) ai *trust* e alle successioni;
- g) ai provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi da minori.”

Per tutte queste materie, infatti, esiste una disciplina internazionalprivatistica *ad hoc*.

Con specifico riferimento alle obbligazioni alimentari è opportuno precisare che esse sono disciplinate dal Regolamento CE 44/2001, nonché dal più recente Regolamento CE 4/2009. Di conseguenza, può accadere che l'autorità competente in materia di responsabilità genitoriale, da individuarsi nell'autorità dello Stato della residenza abituale del minore, *ex artt. 8 e 9 del Regolamento CE 2201/2003*, avrà generalmente giurisdizione anche in materia di obbligazioni alimentari, *ex art. 5 punto 2 del Regolamento CE 44/2001*.

Quest'ultima norma, infatti, stabilisce che la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta, in materia di obbligazioni alimentari, avanti il giudice del luogo in cui il creditore degli alimenti ha domicilio o la residenza abituale; qualora si tratti di domanda accessoria ad un'azione relativa allo stato delle persone, il giudice competente è quello che conosce quest'ultima secondo la legge nazionale (a meno che la competenza si fondi unicamente sulla cittadinanza di una delle parti). Ciò consente al giudice competente in materia di responsabilità genitoriale di decidere anche sul mantenimento, se la questione è accessoria a quella della responsabilità genitoriale.

Tuttavia è bene tenere presente che, anche qualora le due questioni siano decise in un unico procedimento, la decisione che ne deriva sarà riconosciuta ed eseguita in base a norme differenti: la parte di decisione relativa al mantenimento sarà riconosciuta ed eseguita in un altro Stato membro in base alle norme del Regolamento CE 44/2001,

mentre la parte relativa alla responsabilità genitoriale in base a quelle del Regolamento CE 2201/2003¹¹⁷.

4. *Coordinamento delle fonti e applicabilità residuale delle norme nazionali e convenzionali.*

In conclusione, è possibile affermare come l'ampliamento dell'ambito oggettivo della Convenzione dell'Aja del 1961, in forza del rinvio in ogni caso di cui all'art. 42 l. 218/1995 comporti un'estensione dell'applicazione *ratione materiae* della Convenzione tale da interessare anche il Regolamento CE 2201/2003, limitatamente agli istituti riconducibili alla responsabilità genitoriale¹¹⁸. Si è detto, infatti, che la definizione di responsabilità genitoriale individuata ai sensi del Regolamento CE 2201/2003 ed della relativa interpretazione giurisprudenziale comprende tutti gli istituti inerenti i rapporti genitori-figli e le misure di protezione dei minori. In particolare, sono riconducibili alla responsabilità genitoriale: la potestà genitoriale (intesa come l'insieme dei diritti e dei 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 del minore), la tutela, la curatela, la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o lo assistano, la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto, il diritto di visita e di affidamento, la sottrazione ed il ritorno del minore¹¹⁹, nonché le misure di protezione dei minori, anche legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei suoi beni.

E' evidente come tutti gli istituti appena elencati – eccezione fatta per la sottrazione ed il ritorno del minore¹²⁰ - possano essere considerati oggetto della Convenzione dell'Aja del 1961, in forza dell'ampliamento per analogia del suo ambito di applicazione *ratione materiae*.

¹¹⁷ QUEIROLO, *La disciplina della responsabilità genitoriale: il Regolamento CE 2201/2003*, in QUEIROLO, SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2008, pp. 288-289.

¹¹⁸ Cfr. Cap. I, par. 3.

¹¹⁹ Così: BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 997.

¹²⁰ Sottrazione e ritorno del minore sono disciplinate dalla Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori; per un commento si veda: CARELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980*, cit., p. 777 ss..

L'ampiezza della nozione di responsabilità genitoriale contenuta nel Regolamento 2201/2003 limita notevolmente l'applicabilità della disciplina ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1961 e di quella nazionale di cui alla legge 218/1995.

Tuttavia, è necessario tenere presente che il Regolamento Bruxelles II bis regola solo la giurisdizione ed il riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale, nulla disponendo sulla legge applicabile. In tale ambito, quindi, rileverà solo la Convenzione dell'Aja del 1961 per quanto riguarda le misure di protezione dei minori e l'art. 36 per quanto concerne i rapporti genitori figli, benché non sia agevole il distinguo tra i due ambiti.

Sarà invece applicabile il Regolamento 2201/2003 nel caso in cui abbia competenza giurisdizionale un giudice comunitario oppure nell'ipotesi in cui la decisione da riconoscere sia stata emessa in uno Stato membro dell'Unione europea. Viceversa, verrà richiamata, in via residuale, la disciplina convenzionale o quella nazionale.

In forza del rinvio in ogni caso *ex art.* 42, L. 218/1995, la Convenzione dell'Aja del 1961 è considerata applicabile *erga omnes*. Di conseguenza, la disciplina in essa contenuta sostituisce completamente le norme di diritto internazionale interne (beninteso, nel suo ambito di applicazione). Pertanto, è necessario valutare se la potestà dei genitori – istituto per eccellenza riconducibile alle misure di protezione dei minori, ma anche ai rapporti tra genitori e figli – sia ricompresa *in toto* nella Convenzione dell'Aja, in quanto misura di protezione *ex lege*, oppure venga considerata entro la disciplina convenzionale limitatamente ad alcuni suoi aspetti.

Nel caso in cui si consideri la potestà genitoriale come rapporto di autorità *ex lege*, ai sensi dell'art. 3 della Convenzione dell'Aja, allora gli artt. 36 e 37 avrebbero un'applicabilità ulteriormente residuale rispetto alle norme convenzionali.

Nell'ipotesi contraria, invece, le norme convenzionali disciplinerebbero gli aspetti della potestà genitoriale considerati dalla Convenzione (modifica e costituzione della potestà), mentre gli artt. 36 e 37 si applicherebbero in via residuale alle fattispecie estranee alla convenzione.

Quest'ultima soluzione, benché possa risultare più aderente alle caratteristiche della fattispecie, potrebbe dare luogo ad una disciplina disomogenea dell'istituto della potestà genitoriale: si consideri infatti che i criteri di giurisdizione e di collegamento stabiliti dalle norme convenzionali e da quelle nazionali sono in parte differenti. Infatti, la Convenzione dell'Aja del 1961 prevede la coincidenza tra *forum et ius*, in base alla

residenza abituale del minore, fatte salve le ipotesi di misure di protezione previste *ex lege* in cui rileva la cittadinanza del minore; la legge di riforma del diritto internazionale privato, invece, stabilisce la competenza giurisdizionale del giudice italiano in base alla cittadinanza o alla residenza (italiane) del figlio o di uno dei genitori (art. 37) e determina la legge applicabile richiamando la legge nazionale del figlio (art. 36). Pertanto, in tema di potestà dei genitori, non è detto che vi sia necessariamente coincidenza tra *forum et ius* sulla base della legge nazionale del figlio.

Ancora, considerata l'estensione dell'ampliamento dell'ambito oggettivo della Convenzione dell'Aja del 1961, si potrebbe ipotizzare che i rapporti genitori-figli di cui all'art. 37 l. 218/1995 possano essere assorbiti dalla disciplina convenzionale, lasciando alla norma di diritto comune un'applicazione del tutto residuale.

Per quanto riguarda, invece, l'applicabilità dell'art. 36 è bene osservare come l'operatività di tale norma venga limitata, non solo, dall'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961, ma anche dalle previsioni di cui agli artt. 23 e 42 l. 218/1995.

Secondo parte della dottrina¹²¹, infatti, l'art. 23 sulla capacità di agire limiterebbe l'applicazione materiale dell'art. 36, proprio perché la maggiore età del figlio e la sua emancipazione, inerendo la capacità d'agire, dovrebbero essere valutate secondo la legge richiamata dall'art. 23 e non da quella indicata all'art. 36. Secondo un'altra parte della dottrina¹²², invece, non sarebbe ipotizzabile una limitazione dell'applicazione materiale dell'art. 36 l. 218/95 da parte dell'art. 23, poiché il primo non risulterebbe in alcun modo limitato dalla maggiore o minore età del figlio; tutt'al più la maggiore o la minore età potrebbero incidere sull'applicabilità delle norme in materia di protezione dei minori¹²³. Ad ogni modo, questo problema è puramente teorico ed apparente, in quanto sia l'art. 23 sia l'art. 36 prevedono, come criterio di collegamento, la legge nazionale del figlio. L'unicità del criterio di collegamento è, quindi, mantenuta.

Anche la tutela, in quanto ipotesi di cessazione della potestà genitoriale, pone questioni interessanti circa il rapporto tra norme di conflitto. Se da un lato è pacifico che l'istituto della tutela rientri nella nozione di responsabilità genitoriale di cui al Regolamento CE 2201/2003 (art. 2), non è del tutto chiaro se la tutela possa essere compresa nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961.

¹²¹ CONETTI, *Art. 36*, cit., p. 143; CAMPIGLIO, *Art. 36*, cit., p. 192.

¹²² ANCeschi, *I rapporti tra genitori e figli*, in ANCeschi (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Torino, 2006, p. 253.

¹²³ Sulla nozione di minore accolta nella disciplina convenzionale cfr. Cap. I par. 2.

Secondo parte della dottrina, infatti, gli effetti della tutela sulla potestà dei genitori vengono regolati dalla legge nazionale del figlio *ex art. 36*, in quanto inerenti i rapporti genitori – figli, mentre le condizioni e le modalità di costituzione della tutela sarebbero regolate dalla Convenzione dell’Aja del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori e di potestà genitoriale¹²⁴, richiamata dall’art. 42 1. 218/1995¹²⁵.

È evidente, quindi, che, anche in questo caso - come avviene con riferimento alla valutazione della maggiore età e delle condizioni per l’emancipazione - la portata dell’art. 36 viene limitata dall’operatività di un’altra norma: l’art. 42 1. 218/1995 sulla legge applicabile alle misure di protezione dei minori. In questo caso, però, le due norme di conflitto indicano criteri di collegamento differenti: l’art. 36, richiama la legge nazionale del figlio, mentre l’art. 42 (attraverso il rinvio in ogni caso alla Convenzione dell’Aja del 1961) rinvia alla legge del luogo di residenza del minore.

¹²⁴ Si noti come la Convenzione rimandi, di principio, alla legge dello Stato di residenza del minore (art. 2), ma riconosca l’applicabilità della legge nazionale del figlio in ordine ai c.d. rapporti di autorità nonché alle misure necessarie alla protezione della sua persona e dei suoi beni.

¹²⁵ FRANCHI, *Art. 42*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario al nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 1235 ss.; TONOLO, *Art. 42*, cit, p. 169 ss.

CAPITOLO II

LA COMPETENZA GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali: l'interesse prevalente del minore. – 2. I criteri di giurisdizione accolti nel Reg. CE 2201/2003. – 2.1 Il criterio generale della residenza abituale del minore. – 2.2 I criteri di giurisdizione in materia di sottrazione internazionale di minori. – 2.3 Proroga e trasferimento della competenza. – 2.4 La litispendenza e la connessione nel Reg. CE 2201/2003. – 2.5 La competenza giurisdizionale ad emettere provvedimenti cautelari nel Reg. CE 2201/2003. – 3. Il criterio della residenza abituale nella Convenzione dell'Aja del 1961.- 3.1 La competenza giurisdizionale ad emettere provvedimenti cautelari nella Convenzione dell'Aja del 1961 – 4. La giurisdizione residua in base alla legge italiana. - 4.1 Accettazione e deroga della competenza ex art. 4 l. 218/1995. – 4.2 La litispendenza internazionale ex art. 7 l. 218/1995. – 5. Profili di criticità dei sistemi di giurisdizione in materia di potestà genitoriale, responsabilità genitoriale e protezione dei minori.

1. Considerazioni generali: l'interesse prevalente del minore.

I sistemi di giurisdizione di fonte nazionale, convenzionale e comunitaria in materia di potestà dei genitori, responsabilità genitoriale e protezione dei minori sono rivolti all'interesse del minore che costituisce, nei Paesi di matrice culturale europea, il criterio guida a cui si ispira l'intero diritto minorile, intendendosi per esso l'insieme delle norme che attuano il diritto del minore ad una particolare protezione.

L'attenzione per la cura e la protezione del minore è chiaramente giustificata dalla sua condizione di immaturità fisica e psichica, che ne ostacola la piena capacità di individuare e far valere i propri interessi e diritti¹²⁶. Infatti, avere riguardo al superiore interesse del minore significa riconoscere a quest'ultimo specifiche garanzie (sostanziali e procedurali) astrattamente idonee a realizzare i diritti del minore stesso¹²⁷.

La tutela dell'interesse preminente del minore all'interno dei rapporti familiari è un principio fondamentale del diritto internazionale. Esso infatti si riscontra all'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, secondo il quale: "In tutte le decisioni relative ai fanciulli (...) l'interesse superiore del fanciullo deve essere in

¹²⁶Sul primario interesse del minore: FOCARELLI, *La Convenzione di New York e il concetto di best interests of the child*, in *RDI*, 2010, p. 981 ss.; QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 80 ss.; FERRANDO, *Diritti ed interesse del minore tra principi e clause generali*, in *Pol. Dir.*, 1998, p. 167 ss.; ALSTON, *The best interest of a child: reconciling culture and human rights*, Oxford, 1994.

¹²⁷ Sulle tutele sostanziali e procedurali rivolte al minore in considerazione del suo interesse preminente nei rapporti familiari si veda ampiamente: RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1004 ss.

considerazione preminente. 1. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori, o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi ed amministrativi appropriati. (...)”. nonché all’art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici sancisce che: “ogni fanciullo, senza distinzione alcuna (...) ha diritto a quelle misure protettive che richiede il suo stato minorile, da parte della sua famiglia, della comunità e dello Stato.”¹²⁸. Non solo, la Carta di Nizza¹²⁹ all’art. 24 par. 2 e 3 specifica la portata dell’interesse prevalente del minore sancendo che: “2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3. Ogni bambino ha diritto ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”.

E’ evidente che secondo la lettera di tale disposizione il prevalente interesse del minore consiste nella possibilità di intrattenere relazioni personali regolari con entrambi i genitori¹³⁰, mentre il testo dell’art 3 della Convenzione di New York suggerisce un’interpretazione del principio orientata verso la tutela del benessere psico-fisico del minore. Le due interpretazioni non risultano affatto contrastanti, semmai si potrebbe affermare che, in via generale, garantire la prevalenza dell’interesse del minore all’interno dei rapporti familiari significa operare un bilanciamento dei diritti e dei valori giuridici che assicuri al minore di vivere in ambiente sereno, in modo tale da garantirgli un certo benessere psico-fisico; in materia di responsabilità genitoriale, il benessere del minore assume particolare rilevanza nell’esercizio dei diritti di visita e di affidamento da parte dei genitori (o dei titolari della responsabilità genitoriale), traducendosi in un diritto del minore a mantenere regolari rapporti personali con entrambi i genitori.

Ai fini dell’individuazione del principio di interesse prevalente del minore, oltre alle norme indicate, si segnala l’interpretazione dell’art. 8 della CEDU¹³¹ sul diritto al rispetto

¹²⁸ Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, aperto alla firma il 19 dicembre 1966 e reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977 n. 881, in *Gazz. Uff.* del 7 dicembre 1977 n. 33 suppl. ord., entrato in vigore per l’Italia il 15 dicembre 1978.

¹²⁹ Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, in *G.U.C.E.* 200/C, 304/01, alla quale l’art. 6 del Trattato sull’Unione Europea riconosce lo stesso valore giuridico dei Trattati.

¹³⁰ In questo senso cfr.: CGCE, sent. 23 dicembre 2009, C-403/09 PPU, *Deticek c. Sgueglia*, in *RDIPP*, 2010, p. 528 ss.

¹³¹ Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con l. 4 agosto 1955 n. 848, in *Gazz. Uff.* del 24 settembre 1955, n. 221. Art. 8

della vita privata e familiare ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale il principio ha lo scopo di garantire il benessere psico-fisico del minore, rappresentando al contempo un obiettivo ed un limite della frequentazione da parte del figlio di entrambi i genitori¹³². In particolare, la Corte di Strasburgo ha interpretato l'art. 8 della CEDU individuando l'interesse del minore come obiettivo e criterio limite degli obblighi dello Stato in materia di rapporti tra genitori e figli, considerandolo soprattutto nell'esercizio dei diritti di visita e di affidamento e nei casi di sottrazione internazionale di minori.

Con la sentenza *Rytchenko c. Russia*¹³³, la Corte di Strasburgo si è pronunciata sulla tutela dell'interesse preminente del minore in relazione al diritto di visita. In questo caso la Corte non ha considerato solo il diritto del minore a mantenere rapporti con entrambi i genitori, ma ha valutato positivamente la soppressione del diritto di visita in capo ad un genitore al fine di garantire il benessere psico-fisico del minore. La Corte, infatti, ha specificato che nella regolamentazione del diritto di visita, il criterio "*of the best interest of the child*" assume ruolo centrale e determinante nella dinamica delle relazioni familiari, soprattutto qualora vi siano situazioni di crisi endofamiliare. In particolare, il giudice ha disposto la sospensione degli incontri tra il genitore che ha abbandonato il figlio e quest'ultimo, dopo aver accertato che tali incontri potessero acuire nel minore la percezione negativa del genitore. In casi simili, infatti, la mancata attuazione del diritto di visita non rappresenta un'interferenza nella vita familiare di chi ne lamenta il mancato esercizio ma corrisponde all'interesse superiore del minore.

Ancora, in un caso di separazione a seguito della quale erano stati previsti incontri protetti tra il figlio minore ed il genitore transessuale¹³⁴, la Corte di Strasburgo ha ritenuto conforme all'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14 della CEDU la modifica delle

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

¹³² RUO, *Tutela dei figli*, cit., pp. 1019-1030.

¹³³ Corte europea dir. uomo, sent. 20 gennaio 2011, ric. n. 22266/04, *Rytchenko c. Russia*, consultabile all'indirizzo www.coe.int.

¹³⁴ Corte europea dir. uomo, sent. 30 novembre 2010, ric. n. 35159/09, *P.V. c. Spagna*, consultabile all'indirizzo www.coe.int. La ricorrente è un transessuale passato dal sesso maschile a quello femminile ed è il padre della figlia minore che, in separazione, era stata collocata presso la madre e affidata in via condivisa a entrambi i genitori con regolamentazione del diritto di relazione con il padre che nel frattempo aveva mutato sesso. Vengono espletate delle Consulenze Tecniche e il parere degli esperti è che la ricorrente si trovi in una situazione di instabilità emotiva che si riflette sul minore e che reca pregiudizio all'integrità fisica e allo sviluppo della sua personalità.

modalità di esercizio del diritto di visita del padre transessuale, non in ragione dell'orientamento sessuale di quest'ultimo, ma della sua instabilità emotiva derivata dal cambiamento di sesso, ritenendola contraria all'interesse preminente del minore, in quanto foriera per quest'ultimo del concreto rischio di danno per lo sviluppo armonico della sua personalità in evoluzione.

In materia di sottrazione internazionale del minore, l'interpretazione dell'interesse del minore è orientata, più che al diritto di avere rapporti personali con entrambi i genitori, alla garanzia delle migliori condizioni di sviluppo psico-fisico possibili. Dalle pronunce della Corte di Strasburgo sull'interesse prevalente del minore in materia di sottrazione internazionale si deduce che tale principio coincide con la tutela prioritaria del benessere psico-fisico del minore e quindi del suo diritto alla salute inteso, non solo come conservazione dello *status quo*, ma come tutela delle migliori condizioni di sviluppo possibili. In questo senso si esprime la Corte di Strasburgo nel caso *Raban c. Romania*¹³⁵: se è vero che, in linea di massima, le decisioni aderenti ai principi della Convenzione dell'Aja del 1980 non determinano *tout court* una violazione dell'art. 8 CEDU, a condizione che non siano arbitrarie, bisogna tuttavia tenere conto che il rimpatrio forzato del minore illegalmente sottratto può – in alcuni casi – non corrispondere al suo superiore interesse. Il caso citato riguardava due minori espatriati in Romania presso la madre, col consenso del padre, il quale aveva attivato la procedura di rimpatrio prevista dalla Convenzione dell'Aja del 1980 a seguito del mancato rientro presso di sé dei due figli. Le autorità giurisdizionali romene, infatti, avevano negato il rientro dei minori presso il padre. La Corte sostiene che ai fini del diniego del rimpatrio le autorità giurisdizionali romene abbiano valutato correttamente le circostanze del caso: la situazione economica del padre era pericolosa, i bambini risultavano ben integrati nella situazione sociale romena e ben accuditi dalla madre. Il padre ricorrente, in compenso, non aveva fatto loro visita e non aveva inviato loro il danaro per il mantenimento; né si era attivato davanti all'autorità romena affinché il suo diritto alla relazione con i figli fosse previsto ed attuato.

La Corte di Strasburgo, quindi, conclude affermando che il giudice romeno, avendo considerato tutte le circostanze del caso alla luce del superiore interesse dei minori, e avendo correttamente privilegiato il loro interesse, non ha violato l'art. 8 CEDU, pur avendo negato il provvedimento di rimpatrio dei figli e quindi ostacolando di fatto la

¹³⁵ Corte europea dir. uomo, sent. 26 ottobre 2010, ric. N. 25437/08, *Raban c. Romania*, consultabile all'indirizzo www.coe.int.

prosecuzione della vita familiare tra il padre ed i figli¹³⁶. Al contrario, violerebbe l'art. 8 della CEDU – e non corrisponderebbe all'interesse superiore del minore – il rimpatrio del minore, accompagnato dalla madre che lo abbia illegalmente sottratto al padre, se essa, unica figura di riferimento per il minore, incorresse – in caso di rimpatrio – nel concreto rischio di sanzioni penali che potrebbero comportare una pena detentiva tale da impedirle di prendersi cura del proprio bambino, e se quest'ultimo avesse vissuto nel Paese ospitante un tempo sufficiente a determinare una situazione di profondo radicamento.

Analogamente è contrario al *best interest of the child* il rimpatrio di quest'ultimo quando l'allontanamento sia avvenuto col consenso dell'altro genitore, sia giustificato da ragioni oggettive (nella specie, seri problemi finanziari della famiglia nel paese di origine) e – su questi presupposti –

il minore si sia armonicamente e serenamente stabilito nel Paese di destinazione acquisendo nello

stesso la sua residenza abituale¹³⁷.

Le interpretazioni del principio dell'interesse prevalente del minore finora esposte mostrano come, in materia di sottrazione internazionale, la CEDU funga da parametro interpretativo per l'applicazione della Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori del 25 ottobre 1980 e della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989.

Venendo al sistema di giurisdizione previsto dal Regolamento 2201/2003 si sottolinea come esso si ispiri al primario interesse del minore, che risulta evidente nel dodicesimo e tredicesimo considerando, in cui si legge: “12. E' opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale, accolte nel presente regolamento, si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza (...) 13. Nell'interesse del minore, il presente regolamento consente (...)”.

¹³⁶ Analogamente cfr. Corte europea dir. uomo, sent. 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07 *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*. Nel caso, la madre sottraeva il minore al padre in Israele. I due genitori erano divorziati: la madre aveva avuto la custodia del figlio minore, con affidamento congiunto anche al padre, dopo che quest'ultimo aveva ottenuto un divieto di espatrio fino alla maggiore età del figlio minore. A seguito del mancato pagamento del mantenimento per il figlio, la madre – nonostante il divieto di espatrio da Israele – aveva condotto il figlio in Svizzera dove si stabiliva, non potendo più far ritorno in Israele in quanto condannata alla detenzione in ragione della violazione del divieto di espatrio e della sottrazione del minore. La Corte ritiene rilevante il fatto che la madre non possa far ritorno in Israele, dato che nell'ipotesi di rimpatrio del figlio non sarebbe chiaro chi potrebbe prendersi cura di lui, e considerate anche le limitate risorse economiche del padre, esclude la violazione dell'art. 8 CEDU sebbene in presenza di un mancato rientro del minore nel paese dal quale era stato sottratto.

¹³⁷ Cfr. Corte europea dir. uomo, *Raban c. Romania*, cit.

Nel Regolamento CE 2201/2003, la clausola generale dell'interesse del minore costituisce, innanzitutto, il requisito per la proroga della competenza *ex art. 12*: le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui viene esercitata la competenza a decidere sulle domande di separazione, divorzio e annullamento, per esempio, sono competenti anche per le domande relative alla responsabilità genitoriale che si ricolleghino alle domande volte alla scissione della coppia genitoriale, in deroga al criterio generale della residenza abituale del minore (di cui all'art. 8, 1° comma, Reg.), qualora almeno uno dei coniugi eserciti la responsabilità genitoriale sul figlio, la competenza sia stata accettata dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale e la proroga sia "conforme all'interesse superiore del minore" .

Sempre in materia di giurisdizione, l'interesse del minore è, inoltre, uno dei requisiti per il trasferimento di competenza alle autorità di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare e che siano più adatte a trattare il caso, ai sensi dell'art. 15¹³⁸.

Infine, l'interesse del minore limita l'operatività della clausola dell'ordine pubblico nel quadro del riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale, secondo il disposto dell'art. 23 lett. a).

Nella Convenzione dell'Aja concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, l'interesse del minore ispira la scelta della residenza abituale del minore quale criterio di giurisdizione, ma consente altresì la deroga a tale criterio generale, qualora la sua applicazione determini in concreto un pregiudizio per il minore stesso (art.4, 1 comma).

Anche il Preambolo alla Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale del 1980 afferma espressamente che "l'interesse del minore" è "di rilevanza fondamentale in tutte le questioni relative alla sua custodia", cioè nelle questioni oggetto della Convenzione stessa.

In tale ambito, ritenendo che in astratto l'interesse del minore illecitamente sottratto sia ritornare nel Paese dove è localizzata la residenza abituale prima della sottrazione, la Convenzione disciplina una procedura agile e rapida per il ritorno del minore. In considerazione, però, del fatto che, in casi determinati, il ritorno potrebbe rivelarsi in concreto contrario all'interesse del minore coinvolto, la Convenzione utilizza la clausola

¹³⁸ Sull'interesse superiore del minore nel Regolamento CE 2201/2003, si veda BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenza e riconoscimento delle decisioni nel Regolamento Bruxelles II bis*, in CARBONE, QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, cit., pp. 262-265.

del superiore interesse del minore quale limite all'operatività delle procedure previste per il rientro del minore: le competenti autorità nazionali possono rifiutare di ordinare il rientro, se "sussiste 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 (...) Nel valutare le circostanze di cui al presente articolo, le autorità giudiziarie e amministrative devono tener conto delle informazioni fornite dall'autorità centrale o da ogni altra autorità competente dello Stato di residenza del minore, riguardo alla situazione sociale" (cfr. art. 13, co. 1 lett. *b*) Conv Aja del 1980).

Nella Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione nell'adozione internazionale del 1993¹³⁹, si richiede ripetutamente che le autorità competenti verifichino, prima di proseguire nell'*iter*, che la procedura di adozione, svoltasi in conformità con gli *standards* minimi indicati dalla Convenzione, realizzi in concreto l'interesse del minore adottato (art. 4, lett. *b*); (art. 16, par. 1, lett. *d*); (art 21, par. 1). L'interesse del minore limita, inoltre, l'operatività dell'ordine pubblico quale ostacolo al riconoscimento di un provvedimento di adozione pronunciato in un Paese contraente (art. 24).

Alla luce di quanto considerato, non vi è dubbio che l'interesse prevalente del minore sia un principio generale, che consente al giudice di valutare la peculiarità della situazione sottoposta alla sua attenzione, adottando la decisione che, nel caso specifico, realizzi il miglior interesse del minore, eventualmente anche derogando alle garanzie ritenute dal legislatore come astrattamente conformi all'interesse del minore¹⁴⁰.

Sebbene il perseguimento del primario interesse del minore appaia come un criterio ragionevole a cui ispirare la tutela del minore, si evidenziano alcuni problemi di interpretazione di tale principio, che rappresentano questioni aperte.

In primo luogo, non è chiaro quali siano gli interessi del minore da prendere in considerazione per la sua migliore protezione. Infatti, il minore è portatore di diversi interessi, che possono anche confliggere tra loro, quali ad esempio: il benessere fisico, l'equilibrio psichico, la maturità emotiva, la spiritualità, l'integrazione sociale, lo sviluppo intellettuale. Tuttavia, in materia di responsabilità genitoriale, nell'ambito del

¹³⁹ Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozioni internazionali, ratificata in Italia con legge 31 dicembre 1998 n. 476, in *Gazz. Uff.*, 12 gennaio 1999 n. 8, che modifica la legge 4 maggio 1983 n. 184 in tema di adozioni di minori stranieri, in *Gazz. Uff.*, 17 maggio 1983, n. 133 suppl. ord.

¹⁴⁰ MORO, *Manuale di diritto minorile*, Padova, 2005, pp. 31-40. L'autore esprime la sua preoccupazione circa i rischi di un'espansione indiscriminata della sfera dei diritti riconosciuti al minore.

Regolamento CE 2201/2003, esso è principalmente considerato come l'interesse del minore a mantenere contatti diretti e regolari con entrambi i genitori¹⁴¹.

Tale specificazione è probabilmente dovuta a due fattori. Il primo attiene al valore giuridico della Carta di Nizza ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea. Tale norma infatti attribuisce alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati, facendola rientrare tra le fonti primarie del diritto dell'Unione europea.

Ne consegue che nell'applicazione delle disposizioni del Regolamento CE 2201/2003 si dovrà considerare l'art. 24 della Carta come principio fondamentale dell'ordinamento; pertanto l'interesse prevalente del minore, di cui ai considerando 12 e 13 del Regolamento, dovrà essere ricondotto specificamente al diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori (a meno che gli stessi contatti siano contrari al suo interesse), come specificato all'art. 24 della Carta.

Il secondo fattore riguarda la definizione di responsabilità genitoriale contenuta nel Regolamento CE 2201/2003 secondo cui l'istituto comprende in particolare il diritto di visita e il diritto di affidamento (art. 2 n. 7). Poiché l'attribuzione di tali diritti in capo ai titolari della responsabilità implica l'allontanamento (o quantomeno il distacco) del minore da uno dei due, l'applicazione del principio dell'interesse prevalente del minore consentirebbe di contemperare l'esercizio del diritto di visita o di affidamento con l'interesse del minore a mantenere rapporti con entrambi i genitori.

Un altro problema relativo all'applicazione del c.d. *best interest of the child* riguarda il momento in cui esaminare gli interessi del minore, vale a dire, se l'interesse debba essere valutato al presente, nel momento in cui si pone il problema, oppure se esso debba essere considerato nella sua proiezione futura, in vista della vita adulta del minore¹⁴².

2. I criteri di giurisdizione accolti nel Reg. CE 2201/2003

In materia di responsabilità genitoriale, il Regolamento CE 2201/2003 ha introdotto un sistema di criteri di giurisdizione autonomi rispetto a quelli previsti per la materia matrimoniale. In particolare, le regole di competenza sono definite in funzione di due principi: l'interesse superiore del minore e il criterio di prossimità, come considerato

¹⁴¹ Cfr. CGCE, sent. 23 dicembre 2009, *Deticek c. Sgueglia*, cit., par. 54.

¹⁴² FOCARELLI, *La Convenzione di New York*, cit., p. 989; LONG, *The impact of the UNCRC on the Italian legal system*, in *Int. Journ. of Children's Rights*, 2009, p. 115 ss.

nelle Convenzioni dell'Aja del 1961 e del 1996¹⁴³. Tali principi vengono rispettati entrambi mediante il richiamo della residenza abituale del minore, che è criterio generale di giurisdizione ai sensi dell'art. 8 del Regolamento¹⁴⁴.

L'operatività del criterio di residenza abituale presenta due vantaggi sul piano pratico. In primo luogo esso è in linea con le convenzioni internazionali sulla protezione del fanciullo; in secondo luogo, risolvendosi in un elemento di fatto, e non di diritto, è valutabile dal giudice caso per caso, senza particolari problemi di qualificazione.

Ad ogni modo, qualora la residenza del minore sia di difficile o impossibile individuazione, è automaticamente competente il giudice del luogo in cui il minore si trova, ai sensi dell'art. 13 del Regolamento.

Il momento in cui viene in considerazione la residenza del minore è variabile.

Ai sensi dell'art. 8 Reg. CE 2201/2003 rileva il luogo di residenza del minore al momento della proposizione della domanda. Tuttavia, tale regola generale subisce alcune deroghe nei casi previsti dagli artt. 9, 10, 11, 12 e 15 dello stesso regolamento.

Il foro generale del luogo di residenza abituale del minore presenta un profilo di ultrattività nel caso di modifica di una decisione già emessa in materia di diritto di visita.

L'ultrattività del criterio di residenza abituale è prevista dall'art. 9 del regolamento, il quale dispone che, in caso di trasferimento lecito di residenza di un minore da uno Stato membro ad un altro, che diventa luogo della sua residenza abituale, la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro della precedente residenza permane per i tre mesi successivi al trasferimento. In altri termini, tale disposizione deroga all'art. 8 del Regolamento - che fissa quale momento di rilevanza della residenza abituale quello della proposizione della domanda - stabilendo che, per le domande di modifica di una decisione sul diritto di visita resa nello Stato di residenza abituale prima del trasferimento, restano competenti i giudici dello Stato membro che ha emesso la decisione, anche dopo il trasferimento lecito del minore in un nuovo Stato membro di residenza abituale (e dunque solo nei rapporti intracomunitari), a condizione che tali domande siano proposte entro tre mesi dal trasferimento stesso¹⁴⁵.

¹⁴³ BARUFFI, *La responsabilità genitoriale*, cit., pp. 265-268.

¹⁴⁴ Una simile disposizione è in linea con quanto previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1996, che ha innovato rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1961 eliminando la concorrenza tra il foro della residenza abituale del minore e il foro della cittadinanza. Si vedano anche: MOSCONI, *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Milano, 1965, p. 373 ss.; BONOMI, *La Convenzione dell'Aja del 1961*, cit., p. 625 ss.; LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 57.

¹⁴⁵ Secondo la proposta della Commissione la disposizione sarebbe opportuna in quanto sarebbe il giudice che conosce meglio il minore a modificare la decisione precedente: cfr. COM/2002/0222/def., in *G.U.C.E.*

L'art. 9, inoltre, indica altre due condizioni per la realizzazione dell'ultrattività del criterio di residenza abituale del minore: che la decisione da modificare sia stata emessa nel precedente Stato di residenza abituale del minore e che in esso conservi la sua residenza abituale il titolare del diritto di visita.

Infine, il par. 2 dell'art 9 individua un foro esclusivo rispetto a quello dell'art. 8: la competenza dello Stato del foro generale sussiste solo qualora il titolare del diritto di visita partecipi al procedimento dinanzi ai giudici dello Stato della nuova residenza abituale e non ne contesti l'incompetenza. Si tratta dell'unico caso in cui, in deroga all'art. 17 del regolamento, l'incompetenza non può essere rilevata d'ufficio, ma solo su eccezione di parte, salvo che il titolare del diritto di visita sia contumace. Di conseguenza, l'art. 9 non dovrebbe applicarsi quando il titolare del diritto di visita abbia espressamente accettato la competenza del foro della nuova residenza abituale, anche in mancanza delle condizioni di cui all'art. 12 del regolamento per la proroga¹⁴⁶.

In alcuni casi, di particolare delicatezza, il criterio generale del luogo di residenza abituale può essere superato o escluso, a preferenza di altri criteri che collegano in modo più diretto la fattispecie ad un altro foro¹⁴⁷.

E' il caso, ad esempio, della proroga di competenza *ex art.* 12.

In tale ipotesi, pur in assenza di un legame con la causa matrimoniale, il criterio della residenza abituale può essere superato da una contraria o diversa manifestazione di volontà delle parti in lite. Tuttavia, la determinazione della giurisdizione ad opera delle parti non è del tutto discrezionale. Affinchè si possa superare il criterio generale di giurisdizione (al di là dei casi di cui agli artt. 10, 11 e 12 del Regolamento) è necessario che il minore abbia un legame sostanziale con lo Stato scelto (ad esempio perché uno dei genitori vi risiede abitualmente o perché egli stesso ha la cittadinanza di quello Stato) e la proroga di competenza corrisponda al suo interesse superiore.

Il criterio della residenza abituale del minore potrà, inoltre, essere escluso nel caso in cui sia impossibile localizzare la residenza stessa. In tal caso rileva la volontà delle parti. Se nemmeno attraverso tale indicazione si riesce ad individuare il foro competente, allora

C del 27 agosto 2002, n. 203 E, p. 155 ss. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 991 ss. L'autore ritiene che questa sia la *ratio*, di tipo pubblicistico, della disposizione, va escluso che al titolare del diritto di visita sia consentito proporre la domanda di modifica anche di fronte al giudice dello Stato della nuova residenza abituale, come invece si potrebbe ammettere se la disposizione mirasse alla protezione del titolare medesimo (ed in tal senso sembrerebbe in effetti militare il par. 2 dell'art. 9, che attribuisce solo a questi la facoltà di contestare la competenza).

¹⁴⁶ BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 996.

¹⁴⁷ BARUFFI, *La responsabilità genitoriale*, cit., pp. 262-263.

sono chiamati a decidere i giudici dello Stato membro in cui il minore vive secondo quanto disposto dall'art.13¹⁴⁸.

Laddove ancora non sussista la competenza di alcun giudice ai sensi degli artt. 8 – 13, è previsto che ciascuno Stato membro possa affermare o declinare la propria giurisdizione alla luce del proprio diritto nazionale. Con tale norma di chiusura - l'art 14 rubricato "competenza residua" - il sistema mira a garantire la più ampia copertura giurisdizionale a tutela del minore.

Infine, occorre precisare che tutti i criteri indicati (residenza, volontà e localizzazione del minore) possono essere superati, in via di eccezione, da una valutazione del giudice competente che ritenga un differente foro adatto a trattare l'intero caso o una sua parte specifica. Infatti l'art. 15 del Reg. CE 2201/2003 consente, in via eccezionale, il trasferimento di competenza giurisdizionale da uno Stato membro ad un altro qualora l'autorità giurisdizionale di quest'ultimo sia "la più adatta a trattare il caso" o un suo aspetto specifico, oppure ancora, quando il trasferimento di competenza risponda all'interesse superiore del minore.

2.1 Il criterio generale della residenza abituale del minore.

Nel Regolamento CE 2201/2003, il criterio generale della residenza abituale è ispirato al principio dell'interesse prevalente del minore. Rispettare la prevalenza degli interessi del minore significa che ogni provvedimento giurisdizionale che riguarda il minore in stato di difficoltà deve rispondere a canoni di immediatezza e di effettività; da qui l'esigenza di attribuire la competenza giurisdizionale in base a criteri di prossimità e, quindi, al giudice del luogo in cui il minore ha la sua residenza abituale, essendo quest'ultimo il più vicino alle esigenze del minore¹⁴⁹.

Da questo punto di vista, il criterio della residenza abituale non ha solo una funzione materiale, volta alla tutela del minore in senso stretto, ma rappresenta altresì un collegamento di prossimità del giudice con la fattispecie sottoposta alla sua attenzione¹⁵⁰. Pertanto il criterio in oggetto ha la funzione specifica di esprimere un certo grado di

¹⁴⁸ BARUFFI, *La responsabilità genitoriale*, cit., pp. 264

¹⁴⁹ Sulla prossimità del criterio della residenza abituale del minore nel Reg. CE 2201/2003 si veda il 12° Considerando Reg. CE 2201/2003. Per quanto concerne la Convenzione dell'Aja del 1961, si veda: MOSCONI, *La tutela dei minori*, cit., pp.215-216.

¹⁵⁰ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II: la nozione di residenza abituale del minore (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2012, p. 25.

radicamento e di integrazione del minore su un determinato territorio o comunque con la comunità sociale che vi è stanziata. In questo senso si rivela anche l'abitudine della residenza, caratteristica che determina un legame sostanziale tra il minore ed il territorio in cui vive¹⁵¹.

La principale caratteristica del criterio della residenza abituale è l'esser un criterio di fatto e non di diritto. Ciò può comportare un notevole vantaggio per quanto attiene la sua determinazione, non essendo necessarie a tal fine interpretazioni di diritto. La conseguenza è che la determinazione della portata del criterio non è contestabile in sede di legittimità (ove chiaramente sia stata sorretta da un'adeguata motivazione)¹⁵².

Tuttavia, l'essere un criterio di fatto può comportare anche svantaggi dal punto di vista della sua precisa individuazione. Negli atti dell'Unione europea non si riscontra una definizione della sua portata, ad esempio, attraverso indici utili a localizzare la residenza del minore e a valutarne l'abitudine¹⁵³. Ne consegue che la localizzazione della residenza abituale non possa essere individuata in modo generale ed astratto, ma debba essere valutata caso per caso¹⁵⁴.

Di conseguenza, è opportuno ricostruire una nozione autonoma del criterio alla luce delle disposizioni regolamentari¹⁵⁵.

La nozione di residenza abituale del minore sia stata oggetto di pronunce della Corte del Lussemburgo già a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, naturalmente con

¹⁵¹ LAMONT, *Habitual Residence and Bruxelles II-bis: developing concepts for European Private International law*, in *Journal of Eur. Priv. Int. Family Law*, 2007, p. 261 ss.; ROGERSON, *Habitual Residence: the new Domicile?*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 2000, p. 49 ss.; RICHEZ, PONS, *Habitual Residence considered as European Harmonization factor in family law*, in BOELE WOELKI (a cura di), *Common Core and better law in European family law*, Antwerpen, 2005, p. 201 ss..

¹⁵² HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., p. 26; VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., pp. 221-222: dove l'autore confronta il funzionamento del criterio del domicilio con quello della residenza abituale, al fine di dimostrare la bontà della scelta convenzionale. L'accertamento della residenza può essere condotto con riferimento diretto all'interessato, diversamente in molti ordinamenti un simile approccio non è possibile poiché il domicilio del minore deriva da quello del genitore o del tutore.

¹⁵³ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., p. 26; GALLANT, *L'impact et l'application du Règlement Bruxelles II-bis en France*, in BOELE WOELKI, GONZALES BEILFUSS (a cura di), *Bruxelles II-bis: its impact and application in the Member States*, Antwerpen-Oxford, 2007, p. 111 ss..

¹⁵⁴ LAMONT, *Habitual Residence*, cit., pp. 265-266.

¹⁵⁵ Secondo una costante giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, l'applicazione uniforme del diritto comunitario ed il principio di uguaglianza esigono che una disposizione di diritto comunitario, che non contenga alcun richiamo espresso al diritto interno degli Stati membri, deve essere interpretata tenendo conto del contesto in cui è inserita la disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa di cui si tratta: CGCE, 18 gennaio 1984, C-327/82, *Ekro*, in *Raccolta*, 1984, p. 107, punto 11; CGCE, 6 marzo 2008, C-98/07, *Nordania Finans e BG Factoring*, in *Raccolta*, 2008, p. I-1281, punto 17; CGCE, 2 aprile 2009, C-523/07, in *RDIPP*, 2009, p. 750 ss

riferimento a materie diverse dal diritto di famiglia¹⁵⁶. In seguito, è con le sentenze *A*¹⁵⁷ e *Mercredi*¹⁵⁸, che la Corte individua per la prima volta i criteri di localizzazione della residenza abituale con particolare riferimento al Regolamento CE 2201/2003, senza trasporre meccanicamente la nozione individuata dalla giurisprudenza precedente, bensì stabilendola sulla base delle circostanze di fatto che caratterizzano il diritto comunitario della famiglia¹⁵⁹.

Entrambe le sentenze formulano un'interpretazione autonoma del criterio della residenza abituale del minore, vale a dire, un'interpretazione operata alla luce del contesto della disposizione (art. 8 e ss. del Regolamento CE 2201/2003) e dallo scopo perseguito dalla normativa che lo richiama, con la conseguenza che tale esegesi non possa riguardare le nozioni di diritto interno dei singoli Stati membri¹⁶⁰.

La sentenza *A* ha il merito di individuare alcuni parametri utili alla localizzazione della residenza abituale del minore, senza tuttavia fornirne una precisa qualificazione. Il caso riguardava tre minori svedesi che si erano recati con la madre ed il patrigno in Finlandia per una vacanza di alcuni mesi, al termine della quale erano rimasti in Finlandia, abitando in roulotte e spostandosi di campeggio in campeggio. Alla fine dell'estate, nonostante l'avvio dell'anno scolastico, i bambini non venivano iscritti a scuola, ma i genitori facevano richiesta ai servizi sociali di un alloggio. Poco dopo, le autorità finlandesi dichiaravano lo stato di abbandono dei minori, affidandoli ad un istituto di accoglienza. La madre, quindi, impugnava il provvedimento finlandese, eccependo, tra l'altro, la carenza di giurisdizione, assumendo che i bambini fossero abitualmente residenti in Svezia. La Corte è stata, quindi, chiamata a chiarire se il soggiorno di alcuni mesi in

¹⁵⁶ Cfr. CGCE, 25 febbraio 1999, C-90/97, *Swadding*, in *Racc.*, 1999, p. I-1075 ss. il caso era in materia di previdenza sociale, in particolare la norma oggetto d'interpretazione ripartiva i costi previdenziali tra lo stato di residenza e quello in cui si era svolta l'attività lavorativa. CGCE, 11 novembre 2004, C-372/02, *Adanez-Vega*, in *Racc.*, 2004, p. I-10761 ss. sempre attinente la previdenza sociale. CGCE, 15 settembre 1994, C-452/93 *P Magdalena Fernandez*, in *Racc.*, 1994, p. I-4295 ss. in materia di pubblico impiego, ove la localizzazione della residenza rilevava ai fini dell'indennità di dislocazione. CGCE, 17 luglio 2008, C-66/08 *Kozłowski*, in *Racc.*, 2008, p. I-6041 sul mandato di arresto europeo. HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., pp. 28-30.

¹⁵⁷ Per un commento sulla CGUE, sent. *A*, cit., si vedano: STORME, *Compétence internationale en matière d'autorité parentale – Résidence habituelle de l'enfant*, in *Rev. droit des étrangers*, 2009, p. 650 ss.; IDOT, *Mesures urgentes de protection de l'enfance et application du règlement*, in *Europe*, 2009, n. 265, p. 44 ss.; HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., p. 27 ss.

¹⁵⁸ CGUE, 22 dicembre 2010, C-497/10, *Mercredi*, inedita in raccolta. Per un commento: HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., pp.32-34; IDOT, *Compétence en cas de déplacement d'enfant et résidence habituelle*, in *Europe*, 2011, Mars, p. 26 ss.; HENRICH, nota a EuGC 22.12.2010, in *FamRZ*, 2011, p. 620 ss..

¹⁵⁹ CGUE, sent. *A*, cit., par. 37; CGUE, sent. *Mercredi*, cit., par. 47.

¹⁶⁰ CGUE, sent. *A*, par. 36; CGUE, sent. *Mercredi*, par. 46.

Finlandia potesse essere considerato idoneo a fondare la competenza dell'autorità finlandese, sulla base del criterio di giurisdizione della residenza abituale del minore.

In primo luogo la Corte del Lussemburgo ribadisce che la residenza abituale del minore non equivale alla mera presenza fisica¹⁶¹. La dimostrazione di tale presupposto si fonda sul fatto che il Reg. CE 2201/2003 all'art. 13 introduce uno specifico criterio di giurisdizione, il c.d. *forum necessitatis*, che attribuisce la competenza al giudice del luogo in cui il minore si trova nelle ipotesi in cui non sia possibile individuare la residenza abituale del minore in alcuno degli Stati membri. La natura residuale del *forum necessitatis*, costituito dalla mera presenza fisica del minore implica, quindi, che il criterio della residenza abituale sia integrato da ulteriori elementi rispetto alla presenza fisica su un determinato territorio¹⁶². In particolare, la residenza abituale del minore deve essere individuata nel luogo che “denota una certa integrazione del minore in ambiente sociale e familiare” e, a tal fine, devono considerarsi fattori volti a dimostrare che la presenza del minore in un determinato territorio non sia né temporanea né occasionale, ma che esprima una certa e durevole integrazione in quell'ambiente sociale e familiare¹⁶³.

E' chiaro, quindi, come la Corte non qualifichi il criterio in oggetto mediante una definizione rigida (simile a quella *ex art. 43 cod. civ.*), ma individui una serie di parametri, applicabili alle diverse fattispecie, utili a localizzare la residenza del minore in un determinato luogo. L'elencazione di indici, che corrispondono ad elementi di fatto, dimostra come la residenza abituale può ben essere considerata come il criterio di collegamento più stretto tra il minore ed il foro della sua residenza abituale. Il principio di prossimità, infatti, richiede una certa flessibilità nella valutazione del giudice, flessibilità che può certamente riscontrarsi nell'applicazione di parametri che danno rilievo ad elementi di fatto, che andranno considerati in modo diverso a seconda del caso concreto, piuttosto che nella rigida ed astratta definizione del criterio¹⁶⁴.

I parametri individuati dalla Corte del Lussemburgo nella sentenza A sono¹⁶⁵:

- la durata¹⁶⁶, la regolarità, le condizioni e le ragioni del soggiorno;

¹⁶¹ CGCE, sent. A, cit., par. 33. La stessa affermazione si riscontra nella sent. *Mercredi*, cit., par. 47.

¹⁶² HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., p. 29 dove l'autrice critica la giurisprudenza italiana che fa coincidere la residenza abituale con la dimora *ex art. 43 cod. civ.* alla luce delle considerazioni svolte sul *forum necessitatis* di cui all'art. 13 del Reg. CE 2201/2003.

¹⁶³ CGCE, sent. A, cit., par. 44. La stessa affermazione si riscontra nella sent. *Mercredi*, cit., par. 47.

¹⁶⁴ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., p. 30.

¹⁶⁵ Si veda ampiamente: HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., pp. 30-32.

- la cittadinanza del minore¹⁶⁷;
- il luogo e le condizioni della frequenza scolastica¹⁶⁸;
- le conoscenze linguistiche¹⁶⁹;
- le relazioni familiari e sociali del minore¹⁷⁰;
- l'intenzione del genitore di radicarsi in un determinato luogo¹⁷¹;

In seguito, i parametri individuati con la sentenza A si sono, tuttavia, rivelati insufficienti a determinare la residenza abituale di un neonato, nel caso *Mercredi* del 2010¹⁷². La vicenda interessa una coppia di fatto, costituita da una donna francese e un uomo inglese, che convive in Inghilterra per qualche anno. La donna resta incinta, ma il legame di coppia si è deteriorato a tal punto che una settimana dopo la nascita della figlia, il padre lascia la residenza comune. Dopo qualche mese, la madre senza avvertire il padre, parte dall'Inghilterra per tornare nel suo paese d'origine: l'isola di Riunione (TOM). Il padre si rivolge al giudice inglese per ottenere il rientro della piccola. Nel frattempo, però, la madre aveva già ottenuto dal giudice francese l'affidamento esclusivo della figlia e la fissazione della sua residenza abituale in Francia. La Corte di Giustizia del Lussemburgo è stata, quindi, chiamata a pronunciarsi sulla determinazione della residenza abituale di un neonato.

E' chiaro come gli indici considerati nella sentenza A non siano del tutto applicabili al caso di specie, a partire dalla durata del soggiorno del minore (inevitabilmente

¹⁶⁶ Sulla rilevanza del fattore tempo si veda: HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II: la nozione di residenza abituale del minore (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2012, pp. 162-164: il carattere dell'abitualità suggerisce un'idea di durata temporale piuttosto rilevante, tuttavia l'autrice mette in evidenza come l'art. 9 del Reg. CE 2201/2003 sul ricollocamento del minore lasci intendere che il minore possa acquisire una nuova residenza in solo tre mesi. Ma non solo, la *Guida pratica all'applicazione del Regolamento Bruxelles II*, cit., sub art. 8, afferma che non si possa escludere che un minore possa acquisire la sua residenza abituale in un solo giorno. Questa affermazione non va però interpretata alla lettera, altrimenti il carattere dell'abitualità verrebbe meno, essa, invece, significa che l'acquisizione di una nuova residenza dovrebbe coincidere con la perdita delle precedenti, in modo tale da evitare la contemporanea e confliggente esistenza di due titoli di giurisdizione.

¹⁶⁷ La residenza del minore nello Stato di cittadinanza mostra una realtà empirica evidente, non ha quindi, necessità di una particolare dimostrazione, poiché il legame del minore con quello Stato è già in parte dimostrato dall'esserne cittadino. Diversamente, la discordanza tra Stato di cittadinanza e Stato di residenza mostra che vi sia stato un trasferimento di residenza da uno Stato all'altro, di conseguenza, l'accertamento della nuova residenza può richiedere un esame più accurato.

¹⁶⁸ Indice che rivela il grado delle relazioni sociali del minore in un determinato ambiente, nonché la stabilità di una vita trascorsa in un determinato territorio.

¹⁶⁹ Esse rappresentano lo strumento mediante il quale il minore prende parte alla vita di relazioni extrafamiliari ed è, quindi, prova della sua integrazione fuori dal contesto familiare.

¹⁷⁰ A tal proposito è opportuno specificare che per relazioni familiari non si intendano solo quelle con i genitori, ma altresì quelle con nonni, zii, cugini, in quanto indice di un attaccamento affettivo a un determinato ambiente sociale.

¹⁷¹ A condizione che essa si manifesti in circostanze esterne ed oggettive, quali ad esempio, l'affitto o l'acquisto di un alloggio, lo svolgimento di un'attività lavorativa.

¹⁷² HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., p. 32-34.

brevissima, data l'età) sino al livello della sua integrazione sociale e familiare, o meglio solo familiare, considerate le relazioni di un neonato. Pertanto il giudice europeo ha dato rilevanza ad altri parametri, quali ad esempio l'intenzione dei genitori di stabilirsi con il minore in un determinato luogo¹⁷³, senza considerare che nel caso di specie la residenza della neonata era stata determinata solo in base alla volontà della madre. Si legge, infatti, che: “per il trasferimento della residenza abituale nello Stato membro ospitante conta soprattutto la volontà dell'interessato di fissarvi, con intenzione di conferirgli carattere stabile, il centro permanente od abituale dei propri interessi. La durata di un soggiorno non può, quindi, fungere da indizio nell'ambito della valutazione della stabilità della residenza, dovendo tale valutazione essere effettuata alla luce di tutte le circostanze di fatto che caratterizzano la fattispecie”¹⁷⁴.

Una differenza tra le due pronunce si riscontra con riferimento all'integrazione del minore in un determinato ambiente sociale. Considerando la responsabilità genitoriale nei confronti di un neonato, nella sentenza *Mercredi*, l'integrazione di quest'ultimo nell'ambiente sociale e familiare si confonde nell'analisi della situazione sociale della madre (genitore che ne aveva l'affidamento). Infatti, non vi è dubbio che un neonato condivide necessariamente l'ambiente sociale e familiare con la persona da cui dipende, e che il neonato cui fa riferimento la sentenza è effettivamente accudito dalla madre. Ne consegue che, per determinare il livello di integrazione sociale e familiare di un neonato si debba fare riferimento alle ragioni che hanno causato il trasferimento della madre, con la figlia, verso un altro Stato, alle conoscenze linguistiche, alle origini della madre, nonché ai rapporti che la madre e la neonata intrattengono con lo Stato in cui si sono trasferite¹⁷⁵.

Le conclusioni sulla residenza abituale del neonato paiono condivisibili e, forse, anche applicabili ai casi di minore in età prescolare, per i quali sia difficile valutare il livello di integrazione in un determinato territorio. Tuttavia la sentenza *Mercredi* risente molto della specificità della fattispecie concreta¹⁷⁶, di conseguenza è opportuno localizzare la residenza abituale del minore mediante i parametri indicati nella sentenza A, i quali, in ragione della loro flessibilità possono meglio garantire il rispetto del principio di prossimità tra il minore ed il foro.

¹⁷³ CGUE, *Mercredi*, cit., par. 44.

¹⁷⁴ CGUE, *Mercredi*, cit., par. 51.

¹⁷⁵ CGUE, *Mercredi*, cit., par. 56 - 57.

¹⁷⁶ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., p. 34.

2.2 I criteri di giurisdizione in materia di sottrazione internazionale di minori.

La responsabilità genitoriale rileva anche nei casi di sottrazione internazionale dei minori. Tale circostanza si fonda sul fatto che l'art. 2 n. 7 del Regolamento CE 2201/2003 individua tra i caratteri fondamentali dell'istituto il diritto di visita e quello di affidamento. Posto che il diritto di visita consiste, in particolare, nel diritto di condurre il minore in un luogo diverso da quello dell'abituale residenza, per un limitato periodo di tempo (art. 2 n. 10) e che il diritto di affidamento consiste nel diritto-dovere di prendersi cura del minore, stabilendo tra l'altro il luogo della sua residenza (art. 2 n. 9), allora è chiaro come il trasferimento illecito o il mancato rientro del minore rappresentino abusi-violazioni dei predetti diritti, di conseguenza, la sottrazione internazionale di un minore rappresenta un aspetto problematico della responsabilità genitoriale, in quanto violazione dei diritti di visita e / o di affidamento.

All'art 10, il Regolamento CE 2201/2003 introduce fori specifici per i casi di sottrazione internazionale - o meglio intracomunitaria - mantenendo come criterio principale la residenza abituale del minore precedente al trasferimento illecito. La norma, quindi, si pone in linea di continuità con il sistema di giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale.

In particolare l'art. 10 prevede che, qualora il trasferimento o il mancato rientro siano illeciti e si configuri un caso di sottrazione intracomunitaria di minori, la competenza giurisdizionale spetta al giudice della residenza abituale del minore immediatamente prima della sottrazione. Tale competenza non viene meno per il solo fatto che il minore abbia acquisito una nuova residenza in un altro Stato membro, infatti, l'acquisizione di una nuova residenza in un altro Stato membro è criterio idoneo a fondare la giurisdizione del giudice di quest'ultimo Stato solo se ricorra, in aggiunta, uno dei seguenti requisiti:

- il titolare del diritto di affidamento abbia accettato il trasferimento o il mancato rientro del minore;
- il titolare del diritto di affidamento non ha presentato la domanda di ritorno entro un anno da quando ha avuto conoscenza (o avrebbe dovuto avere conoscenza) del luogo in cui si trovava il minore. La domanda deve essere avanzata alle autorità competenti dello Stato membro nel quale il minore è stato trasferito o dal quale non ha fatto rientro;

- oppure, la domanda di ritorno è stata ritirata e non ne è stata presentata un'altra entro l'anno successivo; oppure ancora, il procedimento avviato ex art. 11 co. 7, dinanzi all'autorità competente in base alla residenza abituale è stato definito in base a tale norma;
- oppure, infine, l'autorità competente, immediatamente prima della sottrazione del minore, ha emanato una decisione sull'affidamento che non prevede il ritorno del minore.

Al di là di questi casi, la competenza viene attribuita in base al criterio della nuova residenza del minore, ciò significa che sarà competente il giudice del luogo in cui il minore ha stabilito una nuova residenza successivamente alla sottrazione.

Il sistema di giurisdizione così individuato permette di evitare che, con mezzi illeciti, possa essere artificiosamente attribuita la competenza ad un nuovo giudice in merito all'affidamento e al diritto di visita del minore stesso¹⁷⁷.

Può accadere, inoltre, che il titolare del diritto di affidamento richieda il ritorno del minore in base alla convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori¹⁷⁸. In questo caso si pone un problema di coordinamento tra la disciplina regolamentare e quella convenzionale, che può essere risolto sulla base del 17° considerando¹⁷⁹ del Regolamento nonché degli artt. 60 par. 1 lett. e) e 62 par. 2 secondo il quale le convenzioni internazionali richiamate all'art. 60, in particolare la Convenzione dell'Aja del 1980, continuano ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne sono parti

¹⁷⁷ BARUFFI, artt. 8 – 20 Regolamento CE 2201/2003, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2011, p. 2467.

¹⁷⁸ Sulla convenzione dell'Aja del 1980 si veda: CARELLA, *La convenzione dell'Aja del 1980*, cit., p. 777 e ss.; PEREZ-VERA, *Rapport explicatif*, in *Conférence de la Haye, Actes et Documents de la Quatorzième session*, La Haye, 1982, p. 426 ss.; DYER, *International Child Abduction by Parents*, in *Recueil des Cours*, tome 168, 1980, p. 237 ss.; ANTON, *The Hague Convention on International Child Abduction*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 1981, p. 537 ss.; REYMOND, *Convention de La Haye et Convention de Strasbourg, Aspects comparatifs des conventions concernant l'enlèvement d'un enfant par un de ses parents*, in *Revue dr. Suisse*, 1981 p. 329 ss.; POCAR, *Strumenti della protezione dei minori nelle Convenzioni internazionali, atti della tavola rotonda sul tema: "La protezione dei minori nelle Convenzioni internazionali"*, Roma, 1982, p. 19 ss..

¹⁷⁹ 17° Considerando: "In caso di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore, si dovrebbe ottenere immediatamente il ritorno e, a tal fine, dovrebbe continuare ad essere applicata la Convenzione dell'Aja del 1980, quale integrata dalle disposizioni del presente regolamento, in particolare l'art. 11. I giudici dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito o trattenuto illecitamente dovrebbero avere la possibilità di opporsi al suo rientro in casi precisi, debitamente motivati. Tuttavia una simile decisione per essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo mancato rientro o trasferimento illecito. Se la decisione implica il rientro del minore, esso dovrebbe avvenire senza che sia necessario ricorrere a procedimenti per il riconoscimento e l'esecuzione della decisione nello Stato membro in cui il minore è trattenuto."

contraenti¹⁸⁰. Le norme appena richiamate fanno applicazione dei principi generali, secondo i quali le disposizioni regolamentari, direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri, godono di una posizione di primato e, pertanto, prevalgono su quelle convenzionali, che continuano a produrre effetti nelle materie non considerate dalle prime, con riferimento al loro specifico ambito di applicazione¹⁸¹.

Infatti, oltre alla competenza giurisdizionale in materia di sottrazione internazionale di minori, il Regolamento CE 2201/2003 prevede anche una specifica disciplina relativa alle decisioni sul ritorno del minore (art. 11). In particolare, il Regolamento consente alle autorità dello Stato competente, secondo i criteri di giurisdizione in esso previsti, di disporre il rientro del minore nell'ipotesi in cui le autorità dello Stato in cui il minore è trattenuto abbiano emanato un provvedimento che respinge la domanda di rientro. In riferimento a queste ultime l'art 11 par. 3 prevede che l'autorità competente, alla quale è stata avanzata la domanda di rientro del minore, procede all'esame della domanda seguendo le procedure più agevoli previste dalla propria legislazione nazionale ed emette il provvedimento entro sei settimane dal deposito della domanda, salvo circostanze eccezionali.

Inoltre, al fine di evitare che una decisione di diniego del rientro del minore, adottata nello Stato di trasferimento, renda inefficaci le misure sull'affidamento adottate nello Stato competente in base ai criteri del Regolamento, quest'ultimo ha previsto una serie di disposizioni speciali (art. 11 par. 6-8). In particolare, sul coordinamento tra la disciplina regolamentare e quella convenzionale, rileva l'art. 11 par. 8 che prevede la prevalenza della decisione sul ritorno del minore, emessa da un giudice competente ai sensi del Regolamento, sulla decisione contraria, adottata ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980 nello Stato in cui il minore è stato illecitamente trasferito o trattenuto.

Un'applicazione di tale regola è oggetto della sentenza *Rinau*¹⁸²: la Corte del Lussemburgo ha affermato che, anche se è già stata emessa una decisione che non prevede il ritorno del minore nello Stato della precedente residenza abituale, il provvedimento di rientro adottato in quest'ultimo Stato deve comunque essere

¹⁸⁰ Sul coordinamento tra il Reg. CE 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja del 1980 si veda ampiamente: TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo*, cit., p. 87 e ss.; BARATTA, *Il Regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in *Giust. Civ.* 2002., p. 178; in giurisprudenza cfr. Cass., 20 marzo 1998 n. 2954, in *RDIPP*, p. 74 ss.

¹⁸¹ TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo*, cit., pp. 82-83.

¹⁸² CGCE, 11 luglio 2008, C-195/08 PPU, *Rinau*, in *RDIPP*, 2009, par. 63, p. 1134 ss..

riconosciuto ed eseguito negli altri Stati membri purchè certificato ex art. 42 par. 2 del Regolamento.

Da questo punto di vista, il Regolamento CE 2201/2003 si differenzia molto dalla Convenzione dell'Aja del 1980 e dalla Convenzione dell'Aja del 1996. Infatti, mentre queste ultime prevedono che il trasferimento di giurisdizione possa avvenire in favore dello Stato in cui il minore è trattenuto se è stata emessa una decisione di non ritorno e ricorrono determinate circostanze, il Regolamento CE 2201/2003 consente alle autorità dello Stato in cui il minore è trattenuto solamente di adottare un provvedimento provvisorio contro il rientro del minore, al quale dovrebbe far seguito una decisione sull'affidamento resa dai giudici dello Stato di precedente residenza del minore¹⁸³.

Per quanto concerne la decisione sull'affidamento l'art. 10 del Regolamento CE 2201/2003 lascia aperta una questione: non chiarisce quale autorità debba risolvere il merito della controversia, vale a dire, decidere dell'esercizio del diritto di affidamento del minore, dato che quest'ultimo aspetto sarà risolto solo successivamente a quello sul ritorno del minore, per evidenti ragioni di urgenza.

Generalmente, il fatto che l'autorità giurisdizionale abbia conoscenza del trasferimento illecito o del mancato rientro di un minore significa che non potrà risolvere nel merito la questione relativa ai diritti di affidamento, almeno finché non si decida negativamente il procedimento di restituzione, oppure sia trascorso un termine ragionevole per proporre la domanda introduttiva dello stesso¹⁸⁴. La *ratio* della separazione tra la competenza del giudice sul trasferimento illecito o sul mancato rientro del minore e quella relativa all'esercizio del diritto di affidamento potrebbe essere quella di dissuadere l'esercizio dell'autotutela da parte di uno dei genitori: dalla comprensione di entrambe le questioni e dal loro trattamento differenziato può dipendere il buon funzionamento della Convenzione dell'Aja, nonché del Regolamento 2201/2003¹⁸⁵.

Nei casi di sottrazione internazionale di minori che coinvolgono Stati terzi trova applicazione la Convenzione dell'Aja del 1980, le cui norme di attuazione sono contenute nell'art. 7 della l. 15 gennaio 1994 n. 64¹⁸⁶.

¹⁸³ TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo*, cit., p. 89.

¹⁸⁴ ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione Europea*, cit., p. 298.

¹⁸⁵ ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione Europea*, cit., p. 299, dove l'Autore distingue tra diverse situazioni riguardo la divisione della competenza tra la decisione sul ritorno del minore e quella sui diritti di affidamento.

¹⁸⁶ Per un commento si veda: SALZANO, *Note sull'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980 in Italia e all'estero*, in *dir. fam.*, 2009, p. 2004 ss.

In perfetta coerenza con le finalità di protezione espresse dalla Convenzione, il procedimento utile per ottenere il provvedimento di rientro del minore è costantemente caratterizzato dall'estrema urgenza di provvedere nell'interesse del minore.

Ad eccezione del caso in cui l'interessato si rivolga direttamente al Tribunale per i minorenni, ai sensi del comma 6 della l. 64/1994, in combinato disposto con l'art 29 della Convenzione, il procedimento si compone di due fasi. La prima è prettamente amministrativa: si svolge presso l'Autorità centrale, che, ricevuta la domanda di rimpatrio (o di ristabilimento dell'esercizio effettivo del diritto di visita), svolge – anche con l'ausilio delle forze di polizia - le indagini necessarie per la localizzazione del minore nel territorio dello Stato e per la sua collocazione in un luogo sicuro¹⁸⁷.

Una volta rintracciato il minore, l'Autorità centrale deve trasmettere senza indugio gli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni *del* luogo in cui si trova il minore¹⁸⁸.

Esaurita la fase amministrativa, si apre quella giurisdizionale; il compito di avviare il procedimento giudiziale è demandato dalla legge al Pubblico ministero, che, non diversamente da quanto ordinariamente previsto nella materia civile, ha potere di impulso processuale, e che, nel caso di specie, è investito della legittimazione straordinaria a dedurre in giudizio un rapporto sostanziale di pertinenza altrui¹⁸⁹. Il procedimento, da collocarsi nel più ampio contesto dei procedimenti speciali in materia di famiglia e di stato delle persone, è soggetto, per quanto non previsto dalla norma in commento, alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio.

La individuazione del rito camerale per la trattazione dei casi di sottrazione internazionale di minori è il frutto di una scelta sostanzialmente obbligata, considerando gli impegni internazionali assunti con la ratifica della Convenzione¹⁹⁰. Il procedimento si caratterizza anche per l'istruttoria sommaria, che, se del caso, prevede l'audizione del minore¹⁹¹.

¹⁸⁷ Sui rapporti tra l'art. 403 c.c. e le norme convenzionali, con particolare riferimento all'art. 16, si veda Cass., 10 agosto 2007 n. 17648, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8,

¹⁸⁸ Sulla locuzione "luogo in cui si trova il minore" cfr. Cass., 18 gennaio 1997 n. 507, in *RDIPP*, 1997, p. 851 ss.: la Corte di Cassazione ha statuito che la competenza territoriale a disporre il ripristino dell'affidamento dopo il ritrovamento del minore appartiene inderogabilmente al Tribunale per i minorenni del luogo nel quale viene reperito il minore stesso, anche se egli vi si trova per circostanza meramente occasionale e transitoria. Un eventuale successivo mutamento della situazione di fatto relativa al luogo di soggiorno del minore non ha alcun rilievo ai fini dello spostamento della competenza, da ritenersi del tutto analoga a quella di cui all'art. 8, comma 1, della l. n. 184 del 1983. Parimenti irrilevante è l'ubicazione della dimora, del domicilio o della residenza del sottrattore con il quale il minore vive, se diversa dal luogo del suo rinvenimento

¹⁸⁹ Cass., 28 gennaio 1999 n. 746, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 184;

¹⁹⁰ L'art. 2 della Convenzione sancisce il dovere degli Stati contraenti di perseguire gli obiettivi della Convenzione avvalendosi "delle procedure d'urgenza a loro disposizione". L'art. 11, primo paragrafo,

Il decreto adottato al termine dell'istruttoria ha contenuto decisivo, carattere definitivo ed è immediatamente esecutivo; con esso il giudice può prescrivere le misure di protezione del minore che appaiano necessarie in relazione alle circostanze, essendo competente anche ai sensi della Convenzione de L'Aja del 5 ottobre 1961. Ne consegue che potrà essere attribuito l'affidamento temporaneo e urgente al genitore richiedente, oppure potrà essere disposta la sospensione dei contatti tra il minore ed il genitore autore della sottrazione, oppure, ancora, ordinata la collocazione provvisoria del minore in luogo protetto

Il comma 4 dell'art. 7 prevede quale esclusivo rimedio di impugnazione il ricorso per Cassazione, la cui proposizione non sospende l'esecuzione del decreto. La mancata previsione del doppio grado di giurisdizione di merito è in linea con l'obbligo, previsto dall'art. 2 della Convenzione, di adottare una procedura veloce per la realizzazione degli obiettivi della Convenzione medesima¹⁹².

L'esecuzione del decreto con il quale si ordina il rimpatrio del minore è curata dal Procuratore della Repubblica che - come disposto dal comma 5 dell'art. 7 - ha la facoltà di impiegare anche i Servizi minorili dell'Amministrazione giudiziaria e deve tenere informata l'Autorità centrale circa gli sviluppi delle operazioni di rientro.

ribadisce tale obbligo, con riferimento all'Autorità centrale. PEREZ-VERA, *Rapport explicatif*, cit., p. 423 spiega come vi sia un duplice aspetto di questo dovere: l'uso delle procedure più veloci conosciute nell'ordinamento interno e il trattamento prioritario, per quanto possibile, delle domande. Sul carattere di urgenza del procedimento davanti al Tribunale per i minorenni: Cass., 18 marzo 2004 n. 5465, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 6 ss..

¹⁹¹ SALZANO, *Note sulla Convenzione dell'Aja del 1980*, cit., pp. 2010-2012. In generale, sull'audizione del minore nei procedimenti familiari si vedano:

¹⁹² Ancorché il decreto sia collocabile nel novero dei provvedimenti resi in camera di consiglio, la sua immediata esecutività - dettata dalla necessità di decidere in via d'urgenza - e la possibilità di ricorrere per cassazione escludono che il provvedimento possa essere revocato o modificato ai sensi dell'art. 742 del codice di procedura civile. Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2001 n. 231, in *RDIPP*, 2001, p. 824: Non è fondata, in riferimento agli artt. 2, 3, 11 e 31 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 7 l. 15 gennaio 1994 n. 64 nella parte in cui non consentono al giudice che ha emesso l'ordine, previsto dall'art. 12 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, di ritorno immediato del minore illecitamente trasferito o trattenuto, di revocare, anche, eventualmente di ufficio, il suddetto provvedimento qualora, successivamente, risulti la sussistenza della opposizione del minore al ritorno che, ai sensi dell'art. 13, comma 2, della Convenzione, avrebbe potuto giustificare il rifiuto di emissione dell'ordine stesso.

2.3 Proroga e trasferimento della competenza

In alcuni casi, di particolare delicatezza, il criterio generale del luogo di residenza abituale può essere superato o escluso, a preferenza di altri criteri che collegano in modo più diretto la fattispecie ad un altro foro¹⁹³.

Sono i casi della proroga di competenza *ex art. 12* e del trasferimento della competenza *ex art. 15* Regolamento CE 2201/2003.

Ai sensi dell'art. 12 del Regolamento, pur in assenza di un legame con la causa matrimoniale, il criterio della residenza abituale può essere superato da una contraria o diversa manifestazione di volontà delle parti in lite. Tuttavia, la determinazione della giurisdizione ad opera delle parti non è del tutto discrezionale. Affinchè si possa superare il criterio generale di giurisdizione (al di là dei casi di cui agli artt. 10, 11 e 12 del Regolamento) è necessario che il minore abbia un legame sostanziale con lo Stato scelto (ad esempio perché uno dei genitori vi risiede abitualmente o perché egli stesso ha la cittadinanza di quello Stato) e la proroga di competenza corrisponda al suo interesse superiore.

L'art. 15 del Regolamento, invece, consente di superare tutti i criteri *ex artt. 8-14* (residenza, volontà e localizzazione del minore) mediante una valutazione del giudice competente che ritenga un differente foro adatto a trattare l'intero caso o una sua parte specifica. Infatti l'art. 15 del Reg. CE 2201/2003 prevede, in via eccezionale, il trasferimento di competenza giurisdizionale da uno Stato membro ad un altro qualora l'autorità giurisdizionale di quest'ultimo sia "la più adatta a trattare il caso" o un suo aspetto specifico, oppure ancora, quando il trasferimento di competenza risponda all'interesse superiore del minore.

La proroga di giurisdizione prevista dall'art. 12 del Regolamento CE 2201/2003 consente di estendere la giurisdizione del giudice competente a decidere su una domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimoni, alle domande sulla responsabilità genitoriale che ad esse si ricollegano¹⁹⁴.

¹⁹³ BARUFFI, *La responsabilità genitoriale*, cit., pp. 262-263.

¹⁹⁴ La disposizione dell'art. 12 Reg. 2201/2003 è parzialmente modellata sull'art. 10 della Convenzione dell'Aja del 1961, che attribuisce la competenza in materia di responsabilità dei genitori al giudice avanti il quale venga proposta una domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio. PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, cit., p. 719 ss.

Il primo comma della norma indica quali sono i requisiti affinché una domanda sulla responsabilità genitoriale possa essere considerata collegata ad una domanda in materia matrimoniale.

Il secondo comma dell'art. 12 prevede un'ulteriore ipotesi di proroga, stabilendo che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti in materia di responsabilità genitoriale nei procedimenti matrimoniali, quando il minore abbia un legame sostanziale con quello Stato membro oppure quando la competenza di quest'ultimo sia stata espressamente od univocamente accettata dalle parti.

La condizione per porre in essere la proroga di giurisdizione è l'esistenza di un elemento significativo di connessione tra la controversia in materia di responsabilità genitoriale e quella matrimoniale: esso è costituito dall'esercizio della responsabilità genitoriale da parte di uno dei coniugi, fatti salvi gli interessi del minore coinvolto e delle parti (coniugi o comunque titolari della responsabilità genitoriale), i quali devono esprimere il consenso alla proroga, quantomeno in modo certo, se non esplicito¹⁹⁵.

La lettera dell'articolo in esame fa riferimento alle "domande"; di conseguenza è ipotizzabile che la questione inerente la responsabilità genitoriale debba essere trattata all'interno della causa matrimoniale. Tuttavia, si consideri che l'art. 12 si applica, generalmente, anche nel caso in cui i due procedimenti siano separati e si svolgano eventualmente dinanzi ad uffici giudiziari diversi (ad esempio, in Italia il tribunale per i minorenni per il procedimento in materia di responsabilità genitoriale ed il tribunale ordinario per al separazione)¹⁹⁶.

Tale conclusione discende dall'art. 12, par. 2, che regolando la cessazione della competenza in materia di responsabilità dei genitori, prevede che la competenza possa perdurare anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza sulla domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, se è ancora pendente il procedimento in materia di responsabilità genitoriale, che pertanto può essere anche autonomo. L'art. 12 par. 2 dispone che la competenza fondata sul primo comma (quella che sorge con la proposizione della domanda in materia matrimoniale) cessa quando la causa matrimoniale giunge al termine, in virtù del passaggio in giudicato della sentenza, oppure, se a tale data è ancora pendente il procedimento in materia di responsabilità

¹⁹⁵ BARUFFI, *La responsabilità genitoriale*, cit., pp. 265-266.

¹⁹⁶ BARATTA, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 463; BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 997.

genitoriale, quando quest'ultimo giunge al termine col passaggio in giudicato della decisione o per qualche altro motivo.

Si pensi all'ipotesi in cui quest'ultimo procedimento si concluda (ad esempio, per estinzione) prima della causa matrimoniale: in tal caso, un'eventuale nuova domanda potrebbe essere riproposta nel medesimo Stato membro finchè la causa matrimoniale non sia a sua volta terminata¹⁹⁷.

Proprio il fatto che il procedimento in materia di responsabilità dei genitori possa svolgersi anche separatamente da quello in materia matrimoniale dovrebbe indurre ad accogliere un'interpretazione estensiva del collegamento tra esso e la causa matrimoniale, in modo tale da consentire la trattazione unitaria di un numero maggiore di casi. Ciò appare a maggior ragione opportuno, se si considera il fatto che, molto spesso, le questioni sulla responsabilità genitoriale sono strettamente legate a quelle matrimoniali.

A tal proposito è bene tenere presente come la domanda sulla responsabilità genitoriale possa considerarsi sufficientemente connessa con la causa matrimoniale ogniqualvolta si intenda modificare l'assetto delle relazioni familiari riguardanti il minore in conseguenza della domanda di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio o, comunque, in relazione a circostanze rilevanti anche per quest'ultima.

Da questo punto di vista, nell'ambito di applicazione dell'art. 12 potrebbero rientrare anche le domande connesse per identità del fatto costitutivo, quali, ad esempio, un procedimento di decadenza dalla potestà genitoriale *ex art. 330 cod. civ.*, promosso in seguito ad una condanna penale del genitore, che costituisca anche il motivo della domanda di divorzio.

Pare invece scontato che l'art. 12 consideri le domande sulla responsabilità genitoriale collegate alla causa matrimoniale per pregiudizialità o per dipendenza, quali, ad esempio, le domande sull'affidamento del minore o sul diritto di visita avanzate in sede di domanda di separazione o divorzio¹⁹⁸.

Un criterio utile ad accertare la connessione tra una causa matrimoniale e una domanda in materia di responsabilità dei genitori, è l'esercizio effettivo della responsabilità genitoriale da parte di un genitore sul minore.

¹⁹⁷ Problemi si pongono per determinare la data di cessazione della competenza per quei provvedimenti in materia di minori che la giurisprudenza considera inadeguati al passaggio in giudicato perché sempre revocabili o modificabili; probabilmente, deve ritenersi che in questo caso la competenza *ex art. 12* cessi alla scadenza del termine per la proposizione del reclamo avverso tali provvedimenti (ovvero con l'emissione della decisione all'esito del reclamo stesso). BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 997.

¹⁹⁸ BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., nota 66, p. 1005.

Determinare l'effettività dell'esercizio della responsabilità genitoriale può condurre ad un accertamento incerto od aleatorio, per questo motivo è opportuno considerare effettivo, quantomeno, l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore titolare del diritto di affidamento o del diritto di visita, essendo questi ultimi gli aspetti prevalenti dell'istituto¹⁹⁹.

Anche dal punto di vista empirico e sociale, non vi è dubbio che il genitore affidatario del figlio minore eserciti su quest'ultimo l'insieme di poteri e doveri attinenti alla responsabilità genitoriale; parimenti si può dire del genitore titolare del diritto di visita. In altri termini, tra le controversie deve sussistere un legame sostanziale.

Affinchè la proroga di competenza possa ritenersi perfezionata si devono riscontrare due elementi: le parti devono manifestare la loro volontà di attribuire la competenza giurisdizionale in materia di responsabilità genitoriale al giudice già competente a decidere sulla controversia matrimoniale pendente tra le stesse; la competenza giurisdizionale del foro matrimoniale deve essere accettata dai coniugi o dai titolari della responsabilità genitoriale (qualora si tratti di soggetti diversi). A proposito di questo secondo elemento è opportuno valutare se l'accettazione debba consistere in un vero e proprio accordo sulla competenza giurisdizionale - secondo un modello affine all'art. 23 del regolamento n. 44/2001²⁰⁰ - precedente all'instaurazione del procedimento in materia di responsabilità dei genitori (o della causa matrimoniale, se le domande relative al minore sono ivi proposte).

La lettera della disposizione sembrerebbe lasciare intendere che la competenza non possa essere accettata espressamente o tacitamente nel corso del procedimento, poiché essa deve essere stata accettata "alla data in cui le autorità giurisdizionali sono state adite".

La *ratio* di una simile disposizione è quella di limitare il margine di discrezionalità del giudice nel valutare l'esistenza o meno dell'accettazione della competenza ad opera delle parti²⁰¹.

Infine, si rileva come l'art. 12 non imponga alcun requisito di forma per la proroga di giurisdizione (a differenza del citato art. 23 del regolamento n. 44/2001), limitandosi a

¹⁹⁹ A tal proposito si evidenzia come parte della dottrina, con riferimento alla proroga *ex art. 12*, consideri la responsabilità genitoriale in modo molto meno ampio, rispetto alla qualificazione autonoma dell'istituto, limitandola soltanto il diritto di affidamento e, al più, il diritto di visita. Così BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., note 66-68, p. 1005.

²⁰⁰ Sugli accordi sulla competenza giurisdizionale: QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale*, Padova, 2000; CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino, 1995, pp. 140-142.

²⁰¹ BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., nota 77. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2004, p. 177; BARUFFI, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 268.

stabilire che l'accettazione deve avvenire "espressamente o in qualsiasi altro modo univoco". Ne consegue che l'accordo sulla competenza potrebbe essere concluso anche in forma orale o potrebbero addirittura essere sufficienti fatti concludenti (ad esempio, con la proposizione di più azioni da parte dei soggetti interessati in un unico Stato membro). Una simile libertà di forme, pur essendo giustificata in materia familiare, in quanto non si può esigere la stessa diligenza richiesta in altri ambiti, quali ad esempio in quello del commercio internazionale, può creare difficoltà al giudice nell'accertamento della sua competenza²⁰².

Laddove non sussista la competenza di alcuna autorità di uno Stato membro ai sensi degli artt. 8-13 Reg. CE 2201/2003, ciascuno Stato membro può affermare o declinare la giurisdizione alla luce del proprio diritto nazionale, come disposto dall'art. 14 dello stesso regolamento, il cui scopo evidente è quello di evitare vuoti di giurisdizione.

Venendo al trasferimento di competenza *ex art. 15* del Regolamento CE 2201/2003, si sottolinea come esso sia riconducibile ad una *traslatio iudicii* ispirata all'istituto, tipico dei sistemi di *common law*, del *forum non conveniens*, in quanto attribuisce al giudice il potere discrezionale di dichiarare la propria carenza di giurisdizione in favore del foro che abbia un legame significativo con la controversia²⁰³.

In particolare, la dottrina del *forum non conveniens*²⁰⁴ comporta una sospensione del giudizio introdotto in Inghilterra, concessa sulla base dell'eccezione di parte, quando il

²⁰² BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 998.

²⁰³ BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2009, tome 341, pp. 449-455.

²⁰⁴ La dottrina del *forum non conveniens* è originaria della giurisprudenza scozzese, solo a partire dagli anni Settanta è stata recepita da quella inglese. Sulla giurisprudenza scozzese si veda: ANTON, *Private International Law – A Treatise from the standpoint of Scots law*, Edimburgh, 1967, p. 148 ss.. Sulla giurisprudenza inglese si vedano: ROBERTSON, *Forum non conveniens in America and England: "A rather fantastic fiction"*, in *Law Quarterly Review*, 1987, p. 398 ss.; FAWCETT, *A new approach to jurisdiction over companies in private international law*, in *Int. and Comparative Law*, 1988, p. 645 ss.; BEAUMONT, *Great Britain national report*, in FAWCETT (a cura di), *Declining Jurisdiction in private international law*, Oxford, 1995, p. 207 ss.; PRAKASH, *Forum non conveniens and Lis Alis Pendens*, in FAWCETT, NORTH (a cura di), *Current Legal Issues in International private law*, Singapore, 1997, p. 27 ss.; DICEY, MORRIS, *Conflict of Laws*, London, 2000, p. 389 ss.; MUCHLINSKY, *Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 1 ss.. Per un primo esempio di applicazione della dottrina del *forum non conveniens* in Gran Bretagna si veda: Court of Appeal, *St. Pierre vs. South American Stores Ltd.*, in *King's Bench Division, Law Reports*, 1936, Vol. I, p. 382 ss.; attualmente la dottrina più consolidata trova la propria fonte nelle seguenti sentenze: House of Lords, caso *The Atlantic Stars*, in *Appeal cases, Law Reports*, 1974, p. 436 ss.; House of Lords, caso *Macshannon vs. Rockware Glass Ltd*, in *Appeal cases, Law Reports*, 1978, p. 795 ss.; House of Lords, caso *Spiliada Maritime Corporation v. Consulex Ltd*, in *Appeal cases, Law Reports*, 1987, p. 460 ss., dove le corti inglesi hanno espresso il principio per cui è possibile una sospensione del giudizio radicato in Inghilterra, sulla base dell'eccezione del *forum non conveniens*, quando la corte riceva prova sufficiente dell'esistenza di un foro alternativo, che sia investito di competenza giurisdizionale in relazione al caso di specie e sia disposto ad esercitarla. Al fine della sospensione il foro alternativo dovrà risultare più appropriato a conoscere e decidere la causa, vale a dire essendo il foro in cui

giudice adito riceva prova sufficiente dell'esistenza di un foro alternativo, che sia investito di competenza giurisdizionale (in relazione al caso di specie e in base ai criteri di giurisdizione previsti dalla *lex fori*) e che sia disposto ad esercitarla. Al fine della sospensione, il foro alternativo dovrà risultare più adatto alla trattazione della causa, in base ad una valutazione discrezionale del giudice adito, che individua come foro più competente quello in cui la controversia sia suscettibile di essere decisa nella maniera più idonea a tutelare gli interessi delle parti e a rispettare i principi del giusto processo. Il procedimento di valutazione del *forum non conveniens* implica, quindi, un *test* in due fasi: il convenuto che chiede una sospensione del giudizio dinanzi al giudice inglese deve provare che vi è un foro più appropriato, disposto a esercitare la giurisdizione; dall'altro lato l'attore può comunque dimostrare che esigenze di *substantial justice*, inerenti anche alle peculiarità della specifica fattispecie, precludano le possibilità di sospensione²⁰⁵.

E' quindi evidente che vi è una certa differenza tra il trasferimento di competenza previsto dall'art. 15 del Reg. CE 2201/2003 e la dottrina del *forum non conveniens*, che prevede una partecipazione più attiva delle parti nella determinazione della competenza. Tuttavia il trasferimento di competenza e l'eccezione di *forum non conveniens* hanno caratteri comuni, primo fra tutti la valutazione discrezionale del giudice adito per primo in ordine all'opportunità di esercitare la propria giurisdizione o trasferire la competenza ad un altro giudice, ritenuto dal primo come più adatto a conoscere e decidere la controversia²⁰⁶.

La dottrina del *forum non conveniens* non trova applicazione nel sistema di diritto internazionale privato italiano e, più in generale, non è considerata dai sistemi di conflitto dei Paesi di *civil law*²⁰⁷. Inoltre, problemi particolari si delineano nell'ambito del diritto di famiglia, come rilevato dall'*Institut de Droit International*, nella Risoluzione adottata alla Sessione di Bruges del 2003²⁰⁸, che si è espresso in senso favorevole al *forum non conveniens*, fatto salvo, appunto, il diritto di famiglia e quanto stabilito dalle leggi e

la controversia è suscettibile di essere decisa nella maniera più idonea per gli interessi delle parti ed ai fini della giustizia. Tra le pronunce più recenti si segnala: House of Lords, caso *Lubbe and Others v. Cape Plc*, in *Weekly Law Reports*, 2000, p. 1545 ss..

²⁰⁵ Così secondo la formulazione più significativa della giurisprudenza della *House of Lords* nel caso *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*, cit., p. 460 ss. Sulla stessa linea si pone l'opinione di Lord Kinneer nel caso *Sim v. Robinow*, in *Session Cases- Rettie*, vol. 19, p. 665 ss.

²⁰⁶ LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, vol. I, Milano, 2002, p. 145 ss.; MARONGIU BONAIUTI, *Forum non conveniens e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RDI*, 2001, p. 420 ss.; LOMBARDINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. Il Reg. CE 2201/2003*, in *Studium Iuris*, 2005, p. 561;

²⁰⁷ BUCHER, *La dimension sociale*, cit., pp. 452-453.

²⁰⁸ Risoluzione, in *RDIPP*, 2004, p. 1181.

convenzioni internazionali. Tale eccezione non corrisponde tuttavia alla norma del Regolamento CE 2201/2003 ora in esame, relativamente alla quale si riscontra un esempio di applicazione della dottrina del *forum non conveniens*.

L'art. 15 del Reg. CE 2201/2003 stabilisce il procedimento di trasferimento dalle competenza.

Al par. 3, si precisa che, affinché possa avere luogo il trasferimento, il minore debba avere un "legame particolare" con lo Stato *ad quem*. Lo Stato con il quale il minore ha un legame particolare è rappresentato dallo Stato in cui il minore ha acquisito la residenza abituale successivamente all'instaurazione del giudizio che lo riguarda, che si è spogliato del caso (*lett. a*); lo Stato corrispondente alla precedente residenza abituale (*lett. b*); lo Stato di cittadinanza del minore (*lett. c*) o di residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale (*lett. d*); o, ancora, lo Stato sul cui territorio sono situati beni del minore oggetto di amministrazione, conservazione o alienazione, vertendo la causa su misure di protezione dei beni del minore (*lett. e*).

La definizione di "legame particolare", quindi, pare essere sufficientemente circostanziata, al fine di evitare rinunce di giurisdizione infondate ed agevolare l'individuazione del foro con il collegamento più significativo con il caso.

Quando ricorrono tali condizioni, il giudice adito interrompe l'esame del caso fissando alle parti un termine per proporre domanda al giudice *ad quem*, chiedendo direttamente a quest'ultimo di assumere il procedimento che, invece, rimane radicato presso il primo giudice sia nel caso in cui la domanda non sia proposta dalle parti nel termine fissato, sia nel caso in cui il giudice *ad quem* (adito dalle parti o richiesto dal giudice *a quo*) declini la competenza²⁰⁹.

Poiché l'art. 15 non contiene indicazioni specifiche in ordine agli strumenti processuali da utilizzare per il suo funzionamento, nell'ordinamento italiano, potrebbero applicarsi, *mutatis mutandis*, gli artt. 297 e 298 cod. proc. civ. in tema di sospensione del processo.

Il trasferimento di competenza può avvenire su domanda di una parte, oppure su iniziativa del giudice *a quo* o del giudice *ad quem*, ma, anche in questi ultimi due casi è necessaria l'accettazione di almeno una delle parti²¹⁰. Ciò varrebbe a fugare i dubbi

²⁰⁹BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 1016.

²¹⁰BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 1015.

sollevati in dottrina sulla legittimità costituzionale della norma, alla luce del principio del giudice naturale, precostituito per legge²¹¹.

Il Regolamento non chiarisce il modo in cui il giudice *ad quem* può venire a conoscenza della pendenza del procedimento in un altro Stato membro; pertanto è possibile ipotizzare che sia presupposta un'iniziativa di parte nello Stato membro *ad quem*.

Le autorità successivamente adite dispongono di un termine di sei settimane (dal momento in cui sono state investite) per accettare la competenza, verificando se ciò corrisponda all'interesse del minore.

In caso positivo, si radica la competenza di queste ultime con relativa declaratoria del *forum conveniens*, senza possibilità di ulteriori trasferimenti della controversia ad un terzo giudice, come stabilito dal 13° Considerando.

In caso negativo, ai sensi del par. 5 dell'art. 15, continuerà ad essere competente l'autorità precedentemente adita: entrambe le autorità giurisdizionali, infatti, devono essere convinte che il trasferimento soddisfi l'interesse superiore del minore²¹².

L'articolato meccanismo del trasferimento di competenza è oggetto di critiche attinenti la sua difficile applicabilità, soprattutto al di fuori dei sistemi di *common law*, ove è poco conosciuta la dottrina del *forum non conveniens*.

In primo luogo si consideri che il giudice *ad quem*, pur essendo privo di giurisdizione sulla base dei criteri fissati dallo stesso Regolamento CE 2201/2003, può essere ritenuto il più adatto a conoscere e decidere la causa. Esso è, quindi, gravato da un compito di particolare delicatezza: valutare se la sua competenza corrisponda all'interesse del minore. Tale valutazione richiede la conoscenza delle norme sostanziali dei diversi Paesi interessati e la ponderazione degli effetti che la legge sostanziale del Paese del trasferimento di competenza potrebbe determinare nel caso di specie²¹³. La complessità della valutazione è evidente.

Sempre in tema di analogie tra l'art. 12 e l'art. 15 del Reg. CE 2201/2003, si evidenzia come sia nel caso di proroga di giurisdizione che nel caso di trasferimento di competenza, l'eventuale declinatoria di competenza è giustificata dall'interesse superiore del minore,

²¹¹BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 1019; CLERICI, *Le prospettive europee del diritto di famiglia: diritto internazionale privato o diritto privato?*, in *Riv. AIAF*, 2005, p. 51.

²¹²*Guida Pratica all'applicazione del nuovo regolamento Bruxelles II Bis (Regolamento CE 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento, e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento CE 1347/2001)*, versione aggiornata al 1 giugno 2005, reperibile sul sito Internet www.ec.europa.eu/civiljustice, p. 21, parte III, punto 1.

²¹³CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 268.

che è principio fondamentale dell'ordinamento europeo, e non esclude che nello spazio giudiziario europeo vi sia comunque un altro giudice dotato di giurisdizione nella medesima controversia.

Ciò è dimostrato dal fatto che il trasferimento *ex art. 15* può avvenire solo una volta che il giudice *ad quem* abbia accettato la competenza, mentre in caso contrario essa permane in capo al giudice originariamente adito.

Analogamente, in mancanza del foro dell'art. 12, si può comunque utilizzare il foro generale della residenza abituale del minore o quelli previsti dalla legge nazionale, in forza dell'art. 14.

Infine, non appare configurarsi alcun contrasto tra gli articoli 12 e 15 ed il principio del giudice naturale precostituito per legge, poichè essi attribuiscono competenza ad un giudice diverso da quello che lo sarebbe generalmente in base alle disposizioni del regolamento, sulla base di considerazioni collegate all'interesse superiore del minore.

Peraltro, secondo entrambe le norme, la competenza appartiene al giudice di uno Stato membro che presenta un collegamento significativo con la controversia, collegamento previsto dalle stesse norme. Ciò sembra sufficiente a garantire il rispetto dell'art. 25 co. 1 della Costituzione e dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²¹⁴.

Certamente il trasferimento di competenza presuppone una stretta collaborazione tra le autorità giurisdizionali degli Stati membri coinvolti, ai sensi dell'art. 15 par. 6. Il contatto tra le autorità deve essere diretto, se non sussistono problemi linguistici o se questi ultimi possono essere facilmente superati con l'intervento di interpreti, e l'attività deve essere limitata agli atti e ai fatti più importanti, senza appesantire inutilmente il procedimento. In ogni caso, la collaborazione può essere agevolata dall'intervento delle Autorità centrali²¹⁵.

Analizzati la proroga ed il trasferimento di competenza ai sensi del Regolamento CE 2210/2003, pare opportuno sviluppare un confronto con la disciplina contenuta nelle Convenzioni dell'Aja del 1961 e del 1996.

²¹⁴ BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 1020, dove l'autore sottolinea come i criteri di giurisdizione previsti dal Reg. CE 2201/2003 siano dettati, proprio in virtù dell'interesse superiore del minore o comunque in considerazione della delicatezza della materia matrimoniale e dei rapporti genitori-figli, onde evitare vuoti di giurisdizione. Si legge: "è palese lo scostamento dal modello del regolamento n. 44/2001, nel quale (come nella Convenzione di Bruxelles, che lo ha preceduto) il sistema ruota intorno ai principi della certezza del diritto e della prevedibilità del titolo di giurisdizione. Nel Reg. CE n. 2201/2003 tali principi appaiono ridimensionati dalla necessità di dar spazio a valori ed esigenze ulteriori, come dimostra l'ampia gamma di titoli attributivi di giurisdizione in materia matrimoniale, anche se il tentativo di operare un delicato bilanciamento di questi ultimi ha dato esiti talora non completamente persuasivi."

²¹⁵ Guida pratica, cit., p. 21, parte III, punto 3.

In primo luogo si precisa che i meccanismi di trasferimento della competenza previsti agli artt. 12 e 15 del Regolamento CE 2201/2003 non trovano corrispondenze nella Convenzione dell'Aja del 1961, ma si rinvencono norme analoghe nella Convenzione dell'Aja del 1996, alle quali è probabilmente ispirata la disciplina comunitaria.

Una delle novità maggiormente rilevanti della Convenzione dell'Aja del 1996 consiste, infatti, nella previsione degli istituti del *forum non conveniens* e del *forum conveniens*²¹⁶, rispettivamente agli artt. 8 e 9²¹⁷.

L'art. 8 par. 1 consente alle autorità dello Stato (contraente) di residenza abituale del minore (o a quelle di semplice presenza di quest'ultimo *ex art. 6*) di declinare la propria competenza in favore di quella delle autorità di un altro Stato contraente, nei casi in cui il trasferimento di competenza risponda all'interesse superiore del minore. L'autorità dello Stato originariamente adito declina la propria competenza rinviando la questione all'autorità di un altro Stato, mediante domanda diretta a quest'ultima o invitando le parti a proporre istanza avanti alla stessa. Gli Stati ai quali può essere trasferita la competenza sono indicati all'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1996, in considerazione di un collegamento significativo tra la fattispecie oggetto di trasferimento e il giudice *ad quem*: i giudici ai quali può essere trasferita la competenza ai sensi dell'art. 8 sono quelli dello Stato di cittadinanza del minore, dello Stato in cui si trovano i suoi beni, dello Stato in cui si svolge o si è svolto un processo di separazione personale dei coniugi, divorzio o annullamento del matrimonio, e ogni altro Stato con quale il minore presenti un collegamento significativo. Le autorità richieste hanno la facoltà (non l'obbligo) di accettare la competenza, dopo avere anch'esse valutato se il trasferimento corrisponda o meno all'interesse prevalente del minore²¹⁸.

²¹⁶ FAWCETT, *General Report*, in FAWCETT (a cura di), *Declining jurisdiction in private international law*, cit., pp. 6 e 10 afferma che il *forum non conveniens* "can be defined as a general discretionary power for a court to decline jurisdiction on the basis that the appropriate forum for trial is abroad or that local forum is inappropriate"; mentre il *forum conveniens* "can be defined as a court taking jurisdiction on the ground that the local forum in the appropriate forum (or an inappropriate forum) for trial or that the local forum abroad is inappropriate".

²¹⁷ PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., pp. 715-718 dove l'autore definisce i meccanismi come "di rimessione" e "di rivendicazione", assimilandoli solo in parte agli istituti del *forum conveniens* e del *forum non conveniens*. Questi ultimi, infatti, hanno lo scopo di coordinare tra loro dei processi che potrebbero svolgersi dinanzi ad autorità di Stati diversi, quando le autorità in questione siano provviste di giurisdizione, ai sensi del loro diritto interno ed in concorso tra loro. Diversamente i meccanismi previsti dagli artt. 8 e 9 della Convenzione dell'Aja del 1996 hanno lo scopo di fondare in modo derivato la competenza giurisdizionale delle autorità di uno Stato che ne sarebbero altrimenti sprovviste; per modo derivato si intende mediante remissione di competenza o richiesta.

²¹⁸ LAGARDE, *Rapport explicatif*, in *Documents Préliminaires*, No 7, 1996, p. 62: al fine di evitare vuoti di giurisdizione, nel caso in cui l'autorità richiesta non risponda alla domanda di trasferimento in un tempo

L'art. 9 della Convenzione dell'Aja del 1996 regola, invece, l'ipotesi inversa, vale a dire quella in cui sia l'autorità *ad quem* a richiedere all'autorità adita preventivamente (quella della residenza abituale del minore o della mera presenza del minore) di esercitare in sua vece la competenza, sempre in ragione del prevalente interesse del minore. L'esercizio della richiesta competenza è subordinato, *ex art. 9 par. 3*, all'accettazione da parte dell'autorità originariamente competente.

Benchè il Regolamento CE 2201/2003 non preveda l'ipotesi di *forum conveniens* al pari dell'art. 9 della Convenzione dell'Aja del 1996, è bene evidenziare come in entrambe le fonti sia sempre l'interesse superiore del minore a determinare deroghe all'applicazione del criterio generale di giurisdizione.

La ratifica da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja del 1996 potrebbe contribuire all'introduzione nel nostro ordinamento della dottrina del *forum non conveniens* (e del *forum conveniens*)²¹⁹, tuttavia è bene considerare alcune critiche a tale introduzione, prima fra tutte quella circa la compatibilità della dottrina del *forum non conveniens* con il diritto alla tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 24 della Costituzione e dall'art 6 della CEDU²²⁰.

Tra le questioni problematiche sottese a tale aspetto rientra la possibilità di valutare se la *dottrina del forum non conveniens* possa essere considerata come implicazione del diritto alla tutela giurisdizionale oppure se quest'ultima sia incompatibile con lo stesso. A tal fine è opportuno considerare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla definizione di diritto alla tutela giurisdizionale²²¹. La Corte di Strasburgo, ha sottolineato come la CEDU miri a garantire diritti che non siano meramente teorici od illusori, bensì pratici ed effettivi. La necessaria concretezza dei diritti garantiti è destinata

ragionevole, sembra opportuno che l'autorità inizialmente adita mantenga la competenza e la eserciti pienamente.

²¹⁹ CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma*, cit., p. 645. Sebbene l'art. 8 della Convenzione rechi una norma analoga a quella dell'art. 15 del Regolamento CE 2201/2003, si potrebbe dubitare della concreta operatività del trasferimento di competenza dal giudice italiano a quello di uno Stato non contraente in base al principio del *forum conveniens*. La Convenzione dell'Aja del 1996 prevede il trasferimento di competenza tra Stati contraenti la Convenzione, ma in un'ottica di possibile ratifica di quest'ultima ed in considerazione del "rinvio in ogni caso" sancito dall'art. 42 della l. 218/1995 potrebbe configurarsi l'ipotesi di trasferimento della competenza ad uno Stato non contraente, in questo caso, la portata dell'art. 8 della Convenzione risulterebbe limitata: esso potrebbe valere solo nella misura in cui al giudice italiano è attribuita la facoltà di invitare le parti a rivolgersi ad un giudice di uno Stato terzo ritenuto più adatto a decidere sulla sorte del minore, come, ad esempio, il giudice della precedente, ma non troppo risalente, residenza abituale del minore, o quello della sua cittadinanza. In assenza di regole comuni, gli esiti di un tale trasferimento sembrerebbero incerti.

²²⁰ MARONGIU BONAIUTI, *Forum non conveniens*, cit., p. 437 ss..

²²¹ CORTE EUROPEA DIR. UOMO, sent. 9 ottobre 1979, *Airey vs. Ireland*, in *Publications, série A*, n. 32.

ad assumere particolare rilevanza con riferimento al diritto di accesso alla giustizia, diritto che occupa un posto preminente nella società democratica²²².

Confrontando l'orientamento giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di accesso alla giustizia, con l'applicazione della dottrina del *forum non conveniens*, si può affermare come la finalità di garantire che una determinata controversia sia trattata dal foro che appare più appropriato a conoscerla, corrisponda all'esigenza di una efficiente amministrazione della giustizia²²³.

Da questo punto di vista, quindi, la dottrina del *forum non conveniens* non sembra contrastare o limitare il diritto all'accesso alla giustizia, piuttosto essa può essere considerata come un'implicazione dello stesso.

Le critiche tradizionalmente rivolte alla dottrina del *forum non conveniens* da parte dei giuristi vicini ai sistemi di *civil law* attengono prevalentemente all'incertezza cui essa dà luogo nella determinazione del foro competente²²⁴. In particolare le critiche hanno riguardato la compatibilità della valutazione discrezionale del giudice con i criteri di giurisdizione, tendenzialmente rigidi, previsti dai sistemi di diritto internazionale privato. In altri termini, si considera la discrezionalità del giudice di rinunciare alla propria giurisdizione in favore di un giudice più adatto a decidere la medesima controversia, come un meccanismo che mina la certezza di essere sottoposti alla giurisdizione del giudice naturale, precostituito.

A tal proposito è opportuno valutare se l'art. 6 par. 1 della CEDU sancisca espressamente la giurisdizione del giudice naturale. Avvalorando la lettera della norma si riscontra il riferimento al giudice precostituito per legge. Si legge, infatti: "Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge (...)". Tuttavia il riferimento al giudice precostituito dovrà essere interpretato alla stregua delle analoghe disposizioni contenute nelle costituzioni europee, tra cui l'art. 25 co. 1 della Costituzione Italiana. Per giudice naturale, quindi, si dovrà intendere l'autorità giurisdizionale precostituita per legge, vale a dire in base alle norme interne relative al sistema giudiziario e, quindi, anche in base alle norme di diritto internazionale processuale. Rispetto a tali norme, l'eventuale sospensione

²²² CORTE EUROPEA DIR. UOMO, *Airey vs. Ireland*, cit., par. 24

²²³ MARONGIU BONAIUTI, *Forum non conveniens*, cit., pp. 433-437.

²²⁴ GAUDEMET-TALLON, *Le "forum non conveniens": une menace pour la Convention de Bruxelles?* in *Rev. crit.*, 1991, p. 491 ss.; QUEIROLO, *Forum non conveniens e Convenzione di Bruxelles: un rapporto possibile?*, in *RDIPP*, 1996, p. 763 ss.; BEERNAERT, COIBION, *La doctrine du forum non conveniens – réconciliation avec le texte de la Convention de Bruxelles*, in *Journal des Tribunaux*, 2000, p. 409 ss..

del giudizio a seguito dell'eccezione del *forum non conveniens* (o per altri motivi) non è suscettibile di determinare alcuna modificazione o deroga illegittima al sistema di giurisdizione, essendo proprio quest'ultimo a considerare istituti riconducibili alla dottrina del *forum non conveniens*.

In altri termini, la sospensione del giudizio a seguito della valutazione del *forum non conveniens* non sempre è idonea a modificare il sistema di attribuzione della giurisdizione. Non vi è, quindi, un automatico contrasto tra la dottrina del *forum non conveniens* ed il principio di giurisdizione del giudice naturale, precostituito per legge.

Alla luce di quanto considerato, è possibile affermare che l'applicazione del *forum non conveniens* all'interno del sistema Bruxelles non comporta di per sé la violazione del principio del giusto processo, così come previsto dall'art. 6 CEDU²²⁵.

Come accennato, la proroga di giurisdizione non è prevista dalla Convenzione dell'Aja del 1961, che, più in generale, non considera la volontà delle parti come criterio idoneo a fondare la giurisdizione; diversamente la Convenzione dell'Aja del 1996, all'art. 10, prevede un meccanismo simile alla proroga di giurisdizione: estende la competenza del giudice investito di una causa di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio, a conoscere e decidere sulle misure di protezione della persona e dei beni del minore, nonché sulla responsabilità genitoriale. Analogamente a quanto previsto dall'art. 12 del Regolamento CE 2201/2003, l'estensione della giurisdizione è soggetta ad alcuni limiti. Essa è ammessa nel caso in cui almeno uno dei genitori abbia la residenza abituale, all'inizio della procedura, nello Stato del divorzio e può avere luogo per assumere misure di protezione nei confronti di un fanciullo che risieda abitualmente in uno Stato contraente, se i genitori - o comunque i titolari della responsabilità genitoriale - abbiano acconsentito alla proroga e quest'ultima corrisponda all'interesse preminente del minore²²⁶.

Considerando la futura ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996 ed ipotizzando il rinvio "in ogni caso" ad essa, in forza dell'art. 42 l. 218/1995, è possibile figurare l'estensione della giurisdizione del giudice competente in materia matrimoniale alle fattispecie relative alla responsabilità genitoriale che riguardano minori della coppia che non risiedono abitualmente in Italia, né in uno Stato membro dell'Unione europea, né in uno Stato contraente della Convenzione,. Inoltre, la lettera dell'art. 10 della Convenzione dell'Aja del 1996 consentirebbe di superare le perplessità che suscita l'esercizio della

²²⁵ MARONGIU BONAIUTI, *Forum non conveniens*, cit., p. 439.

²²⁶ PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., pp. 720-721.

giurisdizione italiana sulla base del criterio del luogo di celebrazione del matrimonio, ai sensi dell'art. 32 l. 218/1995, criterio ritenuto non particolarmente significativo. L'applicazione dell'art. 10, infatti, ridurrebbe il rischio che sia il giudice del luogo di celebrazione del matrimonio a decidere sulle questioni relative alla responsabilità genitoriale, poichè la norma prevede – a differenza del Regolamento – che almeno uno dei due genitori risieda abitualmente, all'inizio della controversia matrimoniale, nello Stato in cui il processo si svolge, fermi restando gli ulteriori requisiti (previsti anche dalla disciplina comunitaria) quali l'accettazione dell'estensione della giurisdizione da parte dell'altro titolare della responsabilità genitoriale e la verifica della congruità dell'estensione con l'interesse superiore del minore²²⁷.

Come già evidenziato in tema di *forum non conveniens*, la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996 potrebbe comportare un vantaggio in termini di uniformità della disciplina della responsabilità genitoriale, con conseguente uniformità di tutela per i minori coinvolti, a prescindere dalla loro residenza abituale all'interno del sistema Bruxelles o in Stati terzi contraenti, ciò in considerazione delle numerose analogie tra la disciplina della responsabilità genitoriale prevista dal Regolamento CE 2201/2003 e quella della Convenzione del 1996. Inoltre, ipotizzando un rinvio “in ogni caso” alla Convenzione dell'Aja del 1996, ad opera dell'art. 42 l. 218/1995 (eventualmente riformato), si potrebbe ottenere un'eguale tutela anche per i minori residenti in Stati non contraenti la Convenzione.

2.4 La litispendenza e la connessione nel Regolamento CE 2201/2003

In materia di responsabilità genitoriale, il Regolamento CE 2201/2003 prevede una serie di meccanismi di coordinamento dell'esercizio della competenza al fine di evitare giudicati doppi ed eventualmente contrastanti.

Tra questi si evidenzia la previsione dell'art. 17, secondo cui il giudice di uno Stato membro davanti al quale sia radicata una controversia in materia di responsabilità genitoriale, per la quale ricorra la giurisdizione di un altro foro del sistema Bruxelles, deve dichiarare d'ufficio la propria incompetenza, anche nell'ipotesi in cui il convenuto si

²²⁷ CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma?*, cit., p. 645.

sia regolarmente costituito e non abbia eccepito la carenza di giurisdizione del tribunale adito²²⁸.

Un altro meccanismo di coordinamento della competenza è rappresentato dalla litispendenza e dalla connessione. Questi ultimi, sulla base del principio *qui prior est tempore potior est iure*, hanno lo scopo di evitare l'instaurazione di procedimenti paralleli in Stati membri differenti e, di conseguenza, attenuare il rischio di giudicati contrastanti²²⁹.

In materia di responsabilità genitoriale, la struttura della litispendenza prevede - come negli altri casi di litispendenza comunitaria - l'identità di titolo e di oggetto, ma, anziché richiedere anche l'identità di parti, stabilisce che i procedimenti pendenti si debbano riferire allo stesso minore.

Pertanto, i requisiti formali che determinano la litispendenza comunitaria in materia di responsabilità genitoriale sono: identità di *petitum*, di *causa petendi* e di minore, a prescindere dall'identità delle parti in lite.

La norma di riferimento è l'art. 19 par. 2 e 3 del Reg. CE 2201/2003, la quale stabilisce che qualora, avanti a giudici di diversi Stati membri, siano state proposte domande in merito alla responsabilità genitoriale sullo stesso minore, aventi il medesimo oggetto ed il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita deve sospendere d'ufficio il procedimento, finché non sia stata accertata la competenza del giudice adito preventivamente. Una volta accertata la competenza dell'autorità preventivamente adita, la seconda dichiara la propria incompetenza a favore della prima. In questo caso, la parte che ha proposto la domanda avanti il giudice successivamente adito può promuovere l'azione avanti il primo²³⁰. Nel caso in cui il giudice adito preventivamente non si ritenga competente, allora il giudizio proseguirà avanti il secondo giudice. In quest'ultimo caso,

²²⁸ QUEIROLO, SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 301. Si rileva una differenza sostanziale con il Reg. CE 44/2001, in materia civile e commerciale, dove, ai sensi degli artt. 25 e 26 il giudice verifica d'ufficio la propria competenza solamente nel caso in cui ricorrano competenze esclusive o il convenuto sia rimasto contumace. Tale differenza è giustificata dal fatto che l'equiparazione tra comparizione incontestata del convenuto e accettazione tacita della giurisdizione non può essere compiuta nell'ambito di applicazione del Reg. CE 2201/2003, poiché, in generale, esso non attribuisce effetti alla volontà delle parti nella determinazione della giurisdizione. La volontà delle parti può essere criterio di giurisdizione solo qualora sia corredata da una serie di elementi che dimostrano un legame sostanziale tra il foro e la lite.

²²⁹ BORRAS, *Relazione esplicativa alla Convenzione, stabilita sulla base dell'art. K.3 del Trattato dell'UE sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni matrimoniali*, in *G.U.C.E. C*, n. 221/27 del 16 luglio 1998, sub art. 11 Reg. CE 1347/2001. L'art. 11 del Reg. CE 1347/2001 è del tutto analogo all'art. 19 del successivo Reg. CE 2201/2003. La questione della litispendenza è analizzata, seppur con riferimento al Reg. CE 1347/2000 da GRUBER, *Die neue "europäische Rechtsaengigkeit" bei Scheidungsverfahren*, in *FamRZ*, 2000, p. 1129 ss..

²³⁰ BORRAS, *Relazione*, cit., sub art. 11.

nell'ordinamento italiano potrebbe essere applicato l'istituto processuale della riassunzione²³¹.

Fondamentale è, quindi, individuare quale giudizio possa considerarsi instaurato preventivamente ai fini della litispendenza.

L'art. 16 precisa che il momento in cui i giudici degli Stati membri devono considerarsi aditi vada identificato con: il deposito dell'atto introduttivo del giudizio presso l'ufficio giudiziario dell'autorità competente, purché successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le iniziative necessarie per la notificazione o la comunicazione dell'atto stesso al convenuto; oppure con la ricezione dell'atto da parte dell'autorità deputata alla sua notifica o comunicazione, qualora l'atto debba essere comunicato prima del deposito, sempre che l'attore non abbia omissso di prendere tutte le necessarie iniziative al riguardo.

L'opzione tra un momento e l'altro dipende dall'ordinamento processuale del foro.

Per quanto riguarda i requisiti formali, si sottolinea come l'identità della controversia vada individuata attraverso un'interpretazione sostanziale – non formale – delle nozioni di medesimo titolo e medesimo oggetto. L'interpretazione sostanziale è condotta in funzione delle caratteristiche concrete della lite, in modo tale da ricondurre l'identità oggettiva di due controversie all'identità del rapporto alla base delle domande, anche qualora queste ultime siano formulate in funzione di richieste di diverso contenuto o rivolte a far valere un'azione *in rem* ed un'azione *in personam*²³².

Diversamente, si avrà connessione - e non litispendenza – quando le cause riguardano lo stesso minore, ma hanno oggetto e titolo differenti. La norma applicabile è comunque l'art. 19 commi 2 e 3 del Reg. CE 2201/2003.

Qualora successivamente ad una domanda relativa alla separazione personale dei coniugi, divorzio o annullamento del matrimonio, venga depositata una domanda sulla responsabilità genitoriale, la competenza a conoscere e decidere quest'ultima verrebbe attribuita al giudice della causa matrimoniale, in base alla proroga per attrazione, ai sensi dell'art. 12 Reg. CE 2201/2003. Non si avrebbe, quindi connessione in senso stretto. Infatti, le domande hanno oggetto e titolo differenti, ma non necessariamente si riferiscono entrambe in modo puntuale alla persona o ai beni del minore.

²³¹ BARATTA, *Il Regolamento comunitario*, cit., p. 180.

²³² QUEIROLO, SCHIANO DI PEPE, *Lezioni*, cit., pp. 302-303; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto, Parte Generale*, cit., pp. 99-100.

Se, invece, le domande sottoposte all'attenzione dei giudici si riferiscono entrambe allo stesso minore o agli stessi minori, avendo lo scopo di tutelare il minore o regolare i rapporti genitori-figli, allora si potrebbe dar luogo alla connessione.

In entrambi casi, l'effetto sulla giurisdizione è il medesimo: la competenza sulla domanda principale o su quella connessa o ricollegata si radica comunque in capo al giudice adito per primo, ben inteso, qualora ricorrano i titoli di giurisdizione previsti dal regolamento.

La *ratio* di tale disciplina desumibile dal combinato disposto degli artt. 12 e 19 è consentire, in entrambi i casi, la trattazione congiunta delle cause attinenti lo stesso rapporto matrimoniale.

In particolare, di fronte ad un'ipotesi di connessione, una volta in cui il giudice adito per primo abbia accertato la propria competenza, il giudice successivamente adito dichiara la propria incompetenza a favore del primo, il quale acquisisce competenza su entrambe le cause connesse, analogamente a quanto avviene in caso di litispendenza²³³.

2.5 La competenza giurisdizionale ad emettere provvedimenti cautelari nel Reg. CE 2201/2003.

Anche con riferimento ai provvedimenti cautelari, adottabili per una migliore tutela del minore, occorre differenziare il regime applicabile ai casi intracomunitari da quelli concernenti le fattispecie esterne al c. d. sistema Bruxelles.

Vengono, quindi, in rilievo l'art. 20 del Regolamento CE 2201/2003 e gli artt. 8 e 9 della Convenzione dell'Aja del 1961, nei confronti della quale opera il rinvio "in ogni caso" contenuto all'art. 42 della legge di riforma del diritto internazionale privato italiano.

L'art. 20 del Reg. CE 2201/2003 dispone che, in casi di urgenza e in deroga ai criteri di giurisdizione previsti dal regolamento, possano adottare provvedimenti provvisori e/o cautelari le autorità del luogo in cui sono presenti le persone o i beni oggetto della tutela. Le autorità competenti ai sensi dell'art. 20 possono adottare le misure provvisorie e cautelari previste della loro legge interna.

²³³ BARATTA, *Il Regolamento comunitario*, cit., p. 181.

La coincidenza tra *forum* e *ius* nel procedimento cautelare è sicuramente una soluzione ragionevole, soprattutto, considerate le esigenze di celerità e di adeguatezza del provvedimento cautelare. Inoltre, il legame territoriale con la persona o con il bene oggetto della tutela può, senza dubbio, agevolare l'esecuzione del provvedimento, che con tutta probabilità necessiterà di essere eseguito proprio su quel medesimo territorio.

La norma non fornisce una definizione di provvedimenti cautelari, pertanto è opportuno che vengano qualificati in modo autonomo, alla luce dell'ordinamento europeo e senza avere alcun riguardo agli ordinamenti nazionali. A tal proposito è utile considerare l'orientamento consolidato della Corte di giustizia sull'art. 24 della Convenzione di Bruxelles (oggi art. 31 del regolamento n. 44/2001), secondo il quale i provvedimenti cautelari presentano i caratteri della provvisorietà e della strumentalità rispetto al giudizio di merito²³⁴.

I due requisiti affinché un giudice non competente per il merito possa adottare misure urgenti nelle materie disciplinate dal regolamento sono: l'urgenza, la presenza nello Stato del giudice competente *ex art. 20* delle persone e/o dei beni oggetto della tutela in via provvisoria o cautelare. Tale scelta è ispirata all'art. 11 della Convenzione dell'Aja del 1996 e costituisce espressione dell'indirizzo giurisprudenziale che tende ad attribuire particolare rilevanza al legame esecutivo-territoriale nell'ambito dei procedimenti cautelari²³⁵.

Ai soli fini del foro dell'urgenza, la presenza del minore costituisce pertanto titolo di giurisdizione anche in difetto delle ulteriori condizioni previste dall'art. 13.

²³⁴ CGCE, 17 novembre 1998, C-391/95, *Van Uden Maritime BV*, in *Raccolta*, 1998, p. I-7091; CGCE, 27 aprile 1999, C-99/96, *Mietz*, in *Raccolta*, 1999, p. I-2277.

²³⁵ CGCE, 21 maggio 1980, C-125/79, *Denlauler*, in *Raccolta*, 1980, p. 1570; CGCE, 17 novembre 1998, C-391/95, *Van Uden Maritime BV*, cit., p. 7095; CGCE, 27 aprile 1999, C-99/96, *Mietz*, cit., p. 2278.

Anche il secondo comma dell'art. 20 è modellato sull'art. 11 della Convenzione dell'Aja del 1996, disponendo che i provvedimenti provvisori e cautelari cessano di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente in virtù del presente regolamento a conoscere del merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati²³⁶. Con questa precisazione viene evidenziata la prevalenza, in termini di giurisdizione, del giudice competente per il merito sul foro cautelare esorbitante. Viene, infatti, introdotta una causa di inefficacia del provvedimento d'urgenza ulteriore rispetto a quelle previste dal diritto processuale nazionale, che nell'ordinamento italiano sono indicate all'art. 669 *novies* cod. proc. civ. Non è chiaro, tuttavia, se il procedimento previsto di dichiarazione di inefficacia previsto da quest'ultima norma debba ritenersi applicabile anche nell'ipotesi considerata dall'art. 20 co. 2, oppure se esso costituisca un aggravamento procedurale non consentito²³⁷.

I "provvedimenti appropriati" adottati dal giudice competente per il merito in base al regolamento, che prevalgono sui provvedimenti cautelari emessi nel foro esorbitante, dovrebbero comprendere non solo la decisione di merito ma anche eventuali provvedimenti cautelari adottati dal giudice competente. Da ciò consegue l'inapplicabilità, nel sistema del regolamento n. 2201/2003, del principio secondo cui un provvedimento cautelare emesso dal giudice competente per il merito non è riconoscibile in un altro Stato membro in cui il giudice, adito *ex art.* 24 della Convenzione di Bruxelles, abbia invece adottato un provvedimento di rigetto²³⁸.

Pertanto, i provvedimenti cautelari adottati dal giudice di merito e non dal giudice del foro individuato *ex art.* 20 possono essere riconosciuti negli altri Stati membri, secondo la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione prevista nello stesso regolamento.

Alla luce di quanto considerato, i provvedimenti cautelari adottati dal giudice di merito e non dal giudice del foro individuato *ex art.* 20 parrebbero poter essere riconosciuti negli altri Stati membri, secondo la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione prevista nello stesso regolamento²³⁹.

²³⁶ BORRAS, *Relazione esplicativa*, cit., par. 59.

²³⁷ BIAGIONI, *Il Regolamento*, cit., p. 1020.

²³⁸ CGCE, 6 giugno 2002, C-80/00, *Italian Leather*, in *Raccolta*, 2002, p. I-4995: nella decisione la Corte aveva utilizzato una formulazione talmente ampia da lasciar intendere che l'adozione di un provvedimento di rigetto sulla domanda cautelare nello Stato richiesto potesse precludere anche il riconoscimento di una sentenza di merito

²³⁹ CGCE, 21 maggio 1980, C-125/79, *Denilauler*, cit., p. 1553: si tratta di una conseguenza non esplicitamente prevista, ma nemmeno esclusa dal regolamento è che è teoricamente ammissibile, purchè nel corso del procedimento cautelare siano stati rispettati i diritti di difesa. Tale condizione non è facilmente realizzabile nei procedimenti cautelari, i cui provvedimenti sono spesso emessi *inaudita altera parte*, ne

Nonostante la lettera dell'art. 20 non sembri escludere il riconoscimento dei provvedimenti cautelari ai sensi del Regolamento, la giurisprudenza è orientata in senso contrario a partire dalla sentenza *Purrucker*²⁴⁰, in materia di responsabilità genitoriale, in cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea - chiamata a chiarire se un provvedimento provvisorio (di affidamento), emesso ai sensi dell'art. 20 del Regolamento CE 2201/2003, esecutivo nello Stato membro in cui è stato disposto, possa essere riconosciuto ed eseguito in un altro Stato membro alla stregua di una decisione di carattere definitivo, emessa giudice competente ai sensi del Regolamento – ha escluso l'applicabilità degli artt. 21 e seguenti del Regolamento al riconoscimento e all'esecuzione di provvedimenti cautelari.

Il caso riguardava l'affidamento di due gemelli, un maschio e una femmina, che, dopo la nascita prematura in Spagna, erano stati sottoposti a lunghe cure mediche. Nel frattempo i genitori, conviventi, avevano concordato avanti un notaio di attribuire al padre il diritto di visita e alla madre il diritto di rientrare in Germania, suo paese d'origine, con i gemelli. terminate le cure mediche prima della gemella, il maschietto veniva condotto dalla madre in Germania, lasciando il padre in Spagna con la figlia femmina in ospedale. Il padre, quindi, chiedeva al giudice spagnolo competente²⁴¹ ex art. 20 del Regolamento CE 2201/2003 un provvedimento urgente ed immediato che gli riconoscesse la custodia di entrambi i figli e, per l'effetto, ingiungesse il ritorno del gemello maschio in Spagna, nonché il pagamento a carico della ex convivente di una somma di danaro a titolo di mantenimento dei figli. Il tribunale spagnolo accoglieva le domande ed il padre procedeva all'esecuzione del provvedimento in Germania, dove si trovava il figlio maschio con la madre. L'autorità giurisdizionale tedesca dava esecuzione al provvedimento cautelare spagnolo, ma la madre si opponeva assumendo che le disposizioni di cui agli artt. 21 e ss del Regolamento CE 2201/2003 non erano applicabili ai provvedimenti resi ai sensi dell'art. 20, poiché essi non potevano qualificarsi come decisioni relative alla responsabilità genitoriale di cui all'artt. 2 n. 4 dello stesso

conseguono la loro riconoscibilità sia notevolmente limitata. In questi termini: BARATTA, *Il Regolamento*, cit., p. 183.

²⁴⁰ CGUE, 15 luglio 2010, C-256/09, *Purrucker*, in *RDIPP*, 2011, p. 224 ss. Per un commento si veda: FERACI, *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, in *RDIPP*, 2011, p. 109 ss..

²⁴¹ Sulla competenza giurisdizionale del giudice spagnolo: FERACI, *Riconoscimento ed esecuzione*, cit., pp. 114-115

Regolamento²⁴².

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha escluso l'applicabilità del sistema di riconoscimento ed esecuzione previsto dal Regolamento Bruxelles II *bis* ai provvedimenti cautelari o provvisori emessi ai sensi dell'art. 20 dello stesso, per due ordini di motivi. Il primo attiene la sistematica del Regolamento. Secondo la Corte, la collocazione dell'art. 20 tra le disposizioni comuni (Sez. III, Capo II) e non tra le norme sulla competenza, comprese nella Sez. II del Capo II, mostra come l'art. 20 non attribuisca competenza di merito ai sensi del Regolamento, ma si limiti ad indicare che, in casi di urgenza, le disposizioni del regolamento non ostano a che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro adottino provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla loro legge interna, anche se, a norma del Regolamento, è competente a conoscere il merito della questione il giudice di un altro Stato membro²⁴³. Inoltre, le espressioni “non ostano” e “non osta” che si leggono rispettivamente all'art. 20° e al 16° considerando²⁴⁴ del Regolamento CE 2201/2003, dimostrano come i provvedimenti cautelari non rientrino nel novero delle decisioni adottate secondo le regola di competenza previste dallo stesso Regolamento e che beneficino, pertanto, del sistema di riconoscimento ed esecuzione da esso predisposto²⁴⁵.

Il secondo riguarda la territorialità dei provvedimenti provvisori o cautelari. La Corte del Lussemburgo ha individuato un'esplicita volontà del legislatore comunitario tesa a limitare gli effetti territoriali dei provvedimenti assunti *ex art. 20*, sulla base dei lavori preparatori al Regolamento CE 2201/2003²⁴⁶.

²⁴² Con riferimento allo stesso caso la Corte di Giustizia si è pronunciata anche sulla questione di litispendenza tra il procedimento spagnolo da cui proviene il provvedimento cautelare ed il procedimento di merito teso all'ottenimento della custodia definitiva dei figli, radicato dalla madre in Germania: CGUE, 9 novembre 2010, C-296/10, *Purrucker*, disponibile sul sito www.curia.eu

²⁴³ CGUE, *Purrucker*, cit., par. 60, 61, 62.

²⁴⁴) Il presente regolamento non osta a che i giudici di uno Stato membro adottino, in casi di urgenza, provvedimenti provvisori o cautelari relativi alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati.

²⁴⁵ CGUE, *Purrucker*, cit., par. 87.

²⁴⁶ Inoltre sia la motivazione della proposta della Commissione del 1999, che ha poi dato luogo al Regolamento CE 1347/2000, abrogato e sostituito dal Regolamento CE 2201/2003, sia la Relazione Borrás sull'art. 12, cit. par. 58 e 59, dispongono che la norma contenuta in questo articolo si limita a stabilire effetti territoriali nello Stato in cui sono emessi i provvedimenti, assumendo che i redattori della Convenzione del 1998 intendevano stabilire un legame tra le materie su cui potevano vertere i provvedimenti cautelari e l'effetto territoriale di tali provvedimenti. In materia di responsabilità genitoriale sarebbero quindi idonei a produrre effetti esclusivamente nello Stato del giudice cautelare adito: “l'art. 12 della convenzione (del 28 maggio 1998 concernente la competenza, il riconoscimento, e l'esecuzione delle cause matrimoniali) si ispira all'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968, ma va oltre quanto da esso disposto (...) i provvedimenti provvisori e cautelari, anche se sono adottati in procedimenti inclusi nell'ambito della Convenzione e sono applicabili soltanto in casi di urgenza, si riferiscono sia alle persone che ai beni delle persone e si estendono, quindi, a materie non contemplate dalla Convenzione ove si tratti di azioni previste dalle norme nazionali. Le differenze rispetto alla Convenzione di Bruxelles del 1968 sono

Tenuto conto che i provvedimenti *ex art. 20* possono riferirsi sia a persone sia a beni delle persone presenti nello Stato il cui diritto nazionale consente la loro adozione, è possibile che essi riguardino questioni (specialmente di carattere patrimoniale) che esulano dall'ambito di applicazione del Regolamento come, ad esempio, quelle relative alle obbligazioni alimentari a carico di uno dei coniugi. Il riconoscimento, secondo le procedure del Bruxelles II *bis*, di un provvedimento emesso ai sensi dell'art. 20 che esula dal suo ambito di applicazione materiale, potrebbe determinare un rischio di elusione delle regole di competenza previste dallo stesso, nonché un pericolo di *forum shopping*, soprattutto quando il riconoscimento è da effettuarsi nell'ordinamento che sarebbe competente a conoscere il merito della questione in applicazione dei criteri di giurisdizione del Regolamento. Ciò contrasterebbe con gli obiettivi generali del Regolamento, tra i quali, il criterio di prossimità²⁴⁷, che garantisce che le decisioni che riguardano il minore siano adottate da un giudice geograficamente più vicino alla sua residenza abituale, giudice che si presume essere il più idoneo a conoscere la situazione del minore e a decidere quali misure adottare in favore dello stesso²⁴⁸.

La soluzione a cui è giunta la Corte del Lussemburgo è criticabile almeno secondo due profili riguardanti la circolazione dei provvedimenti giudiziari nel territorio dell'Unione europea²⁴⁹.

Escludere l'applicazione delle norme sul riconoscimento previste dal Regolamento CE 2201/2003 in relazione ai provvedimenti cautelari pregiudica la circolazione delle decisioni nell'ambito del sistema Bruxelles, consentendo, almeno in linea teorica, di giungere a conclusioni diverse circa il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze straniere, con la possibile conseguenza di una disparità di trattamento tra i cittadini comunitari.

Inoltre, limitando l'esecuzione di provvedimenti cautelari o aggravandone la procedura, si potrebbe limitare altresì il grado di tutela del minore: il sistema di riconoscimento del Regolamento, invece, tende alla tutela dell'interesse prevalente del minore, garantendo

notevoli, dato che in tale Convenzione i provvedimenti di cui all'art. 24 lett. a) si limitano alle materie che rientrano nella sfera della Convenzione; le misure di cui alla lettera b) producono, invece, effetti extraterritoriali. I provvedimenti da adottare sono assai ampi, in quanto possono riguardare sia le persone presenti sia i beni situati nello Stato in cui essi vengono adottati, nel caso in cui è veramente necessario nelle cause matrimoniali. La Convenzione non contiene alcun riferimento sul tipo di provvedimenti e nemmeno sui loro collegamenti con la materia matrimoniale. I provvedimenti possono pertanto incidere anche su materie che esulano dal campo di applicazione della convenzione.”

²⁴⁷ Cfr. 12° Considerando Reg. CE 2201/2003.

²⁴⁸ CGUE, *Purrucker*, cit., par. 91.

²⁴⁹ FERACI, *Riconoscimento ed esecuzione*, cit., pp. 125-128

che le decisioni siano adottate e messe in atto velocemente, al riparo dai ritardi processuali dovuti alla natura transfrontaliera della situazione.

Infine, si evidenzia che il Regolamento CE 2201/2003 si basa sul principio di reciproca fiducia tra gli ordinamenti giudiziari degli Stati membri, prevedendo la norma per la quale le decisioni emesse in uno Stato membro sono riconosciute negli altri, senza che sia necessario ricorrere ad alcuna specifica procedura, e limitando i motivi di non riconoscimento ai soli casi previsti agli artt. 22 e 23. Il principio di reciproca fiducia assume un ruolo centrale nell'evitare ritardi ed inutili lungaggini nella trattazione delle cause transfrontaliere, e ciò è particolarmente evidente con riferimento ai provvedimenti cautelari, che per natura necessitano di un'esecuzione snella. Tale necessità non sembra essere considerata dalla Corte di Lussemburgo nel caso *Purrucker*.

Da ultimo si evidenzia come la Corte del Lussemburgo abbia deciso di non applicare la procedura di riconoscimento, prevista dal Regolamento CE 2201/2003, ai provvedimenti provvisori e cautelari da riconoscere ed eseguire all'interno degli ordinamenti degli Stati membri (compreso lo Stato competente nel merito) al fine di evitare il rischio di elusione delle norme di competenza previste dal Regolamento, nonché il rischio di *forum shopping*: tali circostanze si porrebbero infatti in contrasto con gli obiettivi previsti dal Regolamento e, quindi, col principio dell'interesse prevalente del minore²⁵⁰. Ciò tuttavia non esclude che i provvedimenti in oggetto possano essere riconosciuti all'interno degli Stati membri a seconda della disciplina prevista dalle norme nazionali ed internazionali²⁵¹, con la conseguenza che saranno possibili soluzioni differenti in base al sistema processuale nazionale²⁵².

3. *Il criterio della residenza abituale nella Convenzione dell'Aja del 1961.*

In forza del rinvio "in ogni caso" alla Convenzione dell'Aja del 1961, contenuto all'art. 42 della legge di riforma, i criteri di giurisdizione in materia di protezione dei minori sono quelli previsti dalla disciplina convenzionale.

²⁵⁰ CGUE, *Purrucker*, cit., par. 91.

²⁵¹ CGUE, *Purrucker*, cit., par. 92.

²⁵² TONOLO, *La sottrazione dei minori*, cit., pp. 97-98. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano si tenga presente l'art. 669 *novies* cod. proc. Civ., ai sensi del quale il provvedimento cautelare perde efficacia se è pronunciata una sentenza straniera, anche non passata in giudicato, che dichiara inesistente il diritto per il quale il provvedimento era stato emesso.

La giurisdizione italiana in materia di protezione dei minori si fonda sui criteri previsti, in via esclusiva dalla Convenzione dell'Aja del 1961, agli artt. 1, 4, 5, 6, 8 e 9, derogando ai criteri generali di cui agli artt. 3 e 9 l. 218/1995 ed abbandonando definitivamente i criteri di nazionalità, residenza e domicilio del genitore²⁵³.

Ai sensi dell'art. 1 della Convenzione, la competenza giurisdizionale in materia di protezione della persona e dei beni del minore è attribuita al giudice del luogo di residenza abituale del minore, indipendentemente dalla nazionalità di quest'ultimo.

Il momento determinante ai fini della giurisdizione è quello dell'emanazione del provvedimento e non della proposizione della domanda: non si riconosce, quindi, la *perpetuatio fori* e la sopravvenuta mancanza di giurisdizione rende nulla tutta la procedura posta in essere sino a quel momento, con effetto retroattivo²⁵⁴.

Oltre al criterio generale della residenza abituale del minore, in via eccezionale ed alternativa, sussiste altresì il criterio della nazionalità del minore. Pertanto è possibile attribuire al giudice italiano la giurisdizione nei confronti dei minori cittadini italiani, residenti abitualmente all'estero.

L'art. 4 della Convenzione, infatti, prevede la competenza delle autorità dello Stato di cui il minore è cittadino, nell'ipotesi in cui sia l'interesse superiore del minore a richiedere tale intervento, purchè si informino preventivamente le autorità dello Stato di residenza del minore.

Il primo requisito necessario a fondare la giurisdizione in forza della nazionalità del minore è il principio dell'interesse superiore di quest'ultimo. L'esigenza di rispettare l'interesse superiore del minore comporta di per sé un giudizio di mancata protezione del minore da parte dello Stato di residenza. In altri termini, lo Stato di cittadinanza può e deve intervenire per sopperire alla mancanza di tutela del minore da parte dello Stato di residenza.

Benchè la norma indichi solo la possibilità di intervento da parte dello Stato nazionale, pare che tale discrezionalità di intervento sia in contrasto con l'esigenza primaria di tutela del minore, il cui interesse al provvedimento dello Stato nazionale è tale da giustificare un'eccezione al sistema generale di giurisdizione²⁵⁵.

²⁵³ MOSCONI, *La tutela dei minori*, cit., p. 374; BONOMI, *La Convenzione*, cit., p. 615.

²⁵⁴ FRANCHI, *La protezione dei minori e diritto internazionale privato*, Milano, 1997, p. 22.

²⁵⁵ FRANCHI, *La protezione dei minori*, cit., pp. 27-28 dove l'autrice ritiene che la scelta del verbo "potere" abbia il mero scopo di sottolineare l'eccezionalità dell'intervento dello Stato nazionale rispetto a quello di residenza abituale e non rappresenti un'effettiva discrezionalità. Infatti, se la scelta di intervento fosse effettivamente discrezionale, si potrebbe configurare l'ipotesi di un minore il cui interesse esige l'intervento di uno Stato e la totale mancanza di intervento di entrambi gli Stati, magari per ragioni di

La seconda condizione necessaria a fondare la giurisdizione dello Stato di cittadinanza del minore è la previa informazione allo Stato di residenza, circa l'esigenza di intervento del primo. Tale condizione è finalizzata alla collaborazione tra gli Stati²⁵⁶. Lo scopo ulteriore è evitare provvedimenti che potrebbero risultare tra loro contrastanti, nonché evitare che lo Stato nazionale intervenga con misure discordanti con quelle eventualmente già adottate o in via di adozione dallo Stato di residenza²⁵⁷. L'utilità della previa informazione è dimostrata anche dal disposto dell'art. 6 par. 1 della Convenzione dell'Aja del 1961, secondo cui le misure *ex art. 4* possono essere applicate direttamente dallo stato di residenza abituale del minore, certamente previo accordo tra gli Stati coinvolti.

L'applicazione dell'art. 4 par. 4 della Convenzione dell'Aja del 1961 può essere difficoltosa in riferimento ai rapporti con gli Stati terzi. Infatti, tale disposizione prevede la sostituzione delle misure adottate dallo Stato nazionale alle eventuali misure assunte dallo stato di residenza.

A tal proposito si possono ipotizzare due casi: o lo Stato di residenza non ha adottato alcuna misura di protezione e, quindi, è riconosciuta la giurisdizione suppletiva dello Stato nazionale; oppure lo Stato di residenza ha emesso dei provvedimenti a tutela del minore. In questo secondo caso sarà improbabile - salvo previo accordo tra gli Stati coinvolti - immaginare che la misura adottata dallo Stato nazionale costituisca l'unica misura da applicarsi. Ciò appare a maggior ragione improbabile in considerazione dell'obbligo di assistenza al minore previsto dalla Convenzione di New York del 1989²⁵⁸. La difficoltà applicativa dell'art. 4 par. 4 può essere superata con l'adozione dei provvedimenti di protezione nell'ambito delle misure diplomatiche e consolari²⁵⁹.

Infine è opportuno considerare la giurisdizione in merito alle misure di protezione dei beni del minore.

L'art. 6 della Convenzione regola i rapporti tra Stato nazionale e Stato di residenza abituale del minore sotto il profilo dell'applicazione delle misure assunte da uno dei due Stati nel territorio dell'altro. Tale norma non prevede un criterio di giurisdizione, ma

politica interna. È evidente come ciò non possa essere coerente con il sistema di protezione internazionale dei minori.

²⁵⁶ Come prospetta dagli artt. 10 e 11 della Convenzione dell'Aja del 1961.

²⁵⁷ LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., 541; POCAR, *La protezione dei minori*, cit., p. 18; BUCHER, *La LDIP*, cit., p. 273.

²⁵⁸ FRANCHI, *Protezione dei minori*, cit., pp. 28-29; LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., p. 542, dove l'autore ritiene di poter considerare l'art. 4 par. 4 come norma non posta, qualora la misura non possa essere riconosciuta.

²⁵⁹ L'art. 5 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari riconosce al console una competenza generale per la tutela dei cittadini ed, in particolare, dei minori.

soltanto modalità collaborative in ordine a misure già assunte. Dalla lettera della norma si evince la possibilità che lo Stato di residenza del minore adotti i provvedimenti necessari alla tutela dei beni in possesso di quest'ultimo e che possa, previo accordo, delegare l'esecuzione dei predetti provvedimenti allo Stato del luogo in cui sono situati i beni.

A tale conclusione si giunge considerando che l'art. 6 stabilisce un rapporto di collaborazione ai fini dell'esecuzione delle misure adottate in conformità dei criteri di giurisdizione *ex artt.* 1 e 4 nonché relativi ai rapporti di autorità. Ciò fa quindi escludere che sussista una competenza giurisdizionale sulla protezione dei beni del minore in capo alle autorità del luogo in cui essi si trovano; in altri termini, la Convenzione non considera il *locus rei sitae* come criterio di giurisdizione²⁶⁰. Per contro, tale criterio è previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1996 all'art 55 par. 1 lett. a). Il vantaggio dell'introduzione di questo titolo di giurisdizione è evidente: si consente alle autorità dello Stato in cui sono situati i beni del minore di assumere delle misure di protezione con efficacia generale e definitiva (non solo urgenti), senza dover attendere che, nel caso in cui il minore risieda in uno Stato contraente, la messa in opera dei meccanismi di c.d. trasmissione e di c.d. rivendicazione previsti dagli artt. 8 e 9 della Convenzione²⁶¹.

Per quanto riguarda l'interpretazione del criterio della residenza abituale del minore, è possibile svolgere considerazioni analoghe a quelle esposte con riferimento al Regolamento CE 2201/2003²⁶².

Anche entro la Convenzione dell'Aja del 1961, il criterio della residenza abituale risponde all'esigenza di rispettare il principio dell'interesse prevalente del minore, garantendo che ogni provvedimento giurisdizionale riguardante il minore in stato di difficoltà sia il più possibile immediato ed effettivo. I canoni di immediatezza ed effettività sono rispettati attribuendo la competenza giurisdizionale in base a criteri di prossimità, vale a dire, al giudice del luogo in cui il minore ha la sua residenza abituale, essendo quest'ultimo il più vicino alle esigenze del minore.

Da questo punto di vista, il criterio della residenza abituale non ha solo una funzione materiale, volta alla tutela del minore in senso stretto, ma rappresenta altresì un collegamento di prossimità del giudice con la fattispecie sottoposta alla sua attenzione. Pertanto il criterio in oggetto ha la funzione specifica di esprimere un certo grado di

²⁶⁰ FRANCHI, *Protezione dei minori*, cit., pp. 28

²⁶¹ Sul criterio del *locus rei sitae* nella Convenzione dell'Aja del 1996 si veda: PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., pp. 728-731. Sugli artt. 8 e 9 della stessa: PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., pp. 715-718.

²⁶² Cfr. Cap. II par. 2.1.

radicamento e di integrazione del minore su un determinato territorio o comunque con la comunità sociale che vi è stanziata. In questo senso si rivela anche l'abitudine della residenza, caratteristica che determina un legame sostanziale tra il minore ed il territorio in cui vive.

Infine, si sottolinea, ancora una volta, che il criterio della residenza abituale è un criterio di fatto e non di diritto, con la conseguenza (vantaggiosa) che, ai fini della sua interpretazione, non siano necessari accertamenti di diritto, quanto piuttosto valutazioni di indici empirici. Gli indici utili a localizzare la residenza del minore e a valutare il suo carattere di abitudine sono individuati dalla giurisprudenza.

Generalmente, ai fini dell'individuazione della residenza abituale, si fa riferimento alla presenza fisica del minore in un determinato territorio, unitamente ad altri fattori idonei a dimostrare che tale presenza non sia in alcun modo temporanea od occasionale e che la residenza del minore denoti una certa integrazione in un ambiente sociale e familiare. Il riferimento è a fattori quali la durata e la regolarità della permanenza, le condizioni e le ragioni del soggiorno in uno Stato membro, il luogo di frequenza scolastica, le conoscenze linguistiche nonché le relazioni familiari, affettive e sociali del minore nello Stato di residenza²⁶³.

In assenza di indicazioni interpretative certe, si è sviluppata una tendenza c.d. legefiorista. La prassi giurisprudenziale negli Stati membri dell'Unione europea evidenzia come la residenza abituale del minore venga spesso fatta coincidere, anche forzatamente, con il foro. In altri termini, nella maggior parte dei casi, l'analisi svolta dal giudice sul luogo di residenza del minore si risolve nella sua affermazione da parte dello stesso²⁶⁴.

Per quanto riguarda la giurisprudenza italiana sul criterio della residenza abituale del minore, si riscontrano due differenti orientamenti: l'uno considera la c.d. residenza affettiva, l'altro ricollega la residenza abituale alla dimora abituale²⁶⁵.

²⁶³ LAMONT, *Habitual Residence and Bruxelles II-bis*, cit., p. 261 ss.; ROGERSON, *Habitual Residence*, cit., p. 49 ss.; RICHEZ, PONS, *Habitual Residence*, cit., p. 201 ss.; MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *RDIPP*, 2010, pp. 703-711. Sono i criteri sopra elencati ad essere considerati dalla Corte di Lussemburgo: CGCE, 2 aprile 2009, C-523/07, A, in *RDIPP*, 2009, punti 30-44, pp. 751-753.

²⁶⁴ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., p. 27 l'autrice riscontra come sia necessaria una prova molto meno rigorosa quando si assume la residenza abituale all'interno del foro: se il minore ha un minimo contatto con il foro, un esame accurato ed una motivazione sul punto vengono omessi, mentre il giudice tende a svolgere un esame più accurato quando si assume che il minore sia residente in ordinamento diverso dal foro.

²⁶⁵ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II (prima parte)*, cit., pp. 25-27.

Il primo indirizzo individua la residenza abituale del minore nel luogo in cui questi si trova e vi permane stabilmente, riconoscendo tale luogo come centro dei legami affettivi, siano essi di carattere parentale o dovuti alle relazioni sociali ivi intrattenute²⁶⁶.

Nella valutazione di tali parametri, bisogna tuttavia tenere presente che la natura e la intensità dei legami stretti dal minore può variare a seconda dell'età di quest'ultimo. L'età, infatti, può essere un fattore condizionante la vita quotidiana e di relazione del minore, comportando anche un'integrazione più o meno intensa nella realtà locale. A tal proposito la Corte di Cassazione specifica che il grado di integrazione possa essere valutato in base "alla frequentazione scolastica, all'avvenuta programmazione e realizzazione del trasferimento in termini tali da rivelarne la definitività, nonché all'effettivo inserimento nel contesto sociale"²⁶⁷.

Il secondo filone fa coincidere la residenza abituale del minore con la sua abituale dimora al momento della proposizione della domanda, in forza del disposto dell'art. 43 cod. civ.. Si tratta di un indirizzo di pensiero minoritario che non considera le peculiarità della materia del diritto minorile: difficilmente, infatti, il minore avrà interessi stabili autonomi rispetto a quelli dei genitori o, comunque, dei titolari della responsabilità genitoriale²⁶⁸.

Si sottolinea inoltre, come la Suprema Corte, pronunciandosi su un caso di sottrazione internazionale di minori, abbia ritenuto del tutto irrilevanti ai fini dell'accertamento della residenza abituale le presunte radici culturali del minore, la profondità e significatività del legame affettivo esistente con l'adulto autore della sottrazione, nonché l'esistenza di progetti di vita di un genitore o di entrambi i genitori, fondati sul potere di decidere il luogo di residenza del figlio²⁶⁹. Tali circostanze, secondo l'argomentazione

²⁶⁶ Cfr. Cass., 16 febbraio 2008, n. 3798, in *Fam. dir.*, 2008, p. 885 ss. con nota di LIUZZI, secondo il quale la nozione di residenza abituale del minore (il caso di specie riguardava l'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980) va individuata in base al luogo in cui il minore, in virtù di una stabile e durevole permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, ma anche derivanti dallo svolgersi della sua vita di relazione. Cass., 15 marzo 2010, n. 6197; Cass., 11 gennaio 2006, n. 397; Cass., 10 ottobre 2003, n. 15145, in *Giust. Civ.* 2004, p. 2070; Cass., 19 dicembre 2003, n. 19544, in *Famiglia*, 2004, con nota di LIUZZI, p. 914; Cass., 16 luglio 2004, n. 13167, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, p. 7 ss.; Cass., 2 febbraio 2005, n. 2093, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, p. 5; Cass., 21 luglio 2006, n. 16831, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, p. 90. HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II. Parte prima*, cit., p. 26 specifica come tale orientamento individui una nozione "autonoma" di residenza abituale, in quanto essa viene elaborata sostanzialmente in base al sistema normativo nel quale deve essere applicato il criterio di giurisdizione.

²⁶⁷ Cass., 19 dicembre 2003, n. 19544, in *Famiglia*, 2004, con nota di LIUZZI, p. 914.

²⁶⁸ Cfr. Cass., 13 giugno 2008, n. 16112; Cass., 31 gennaio 2006, n. 2171, in *D&G*, 2006, p. 20 ss. con nota di ZINCONE, *Basta con i minori in cerca di un giudice. Affidamenti, la mappa della competenza*. Cass., 23 gennaio 2003, n. 1058, in *Fam. Dir.*, 2003, p. 273 ss..

²⁶⁹ Cass., 10 ottobre 2003, n. 15145, in *Giust. Civ.* 2004, p. 2070.

della Corte di Cassazione, sono semplici indici di un certo legame del minore con quel luogo, ma non costituiscono criteri in base ai quali è possibile localizzare la residenza abituale del minore.

Con sentenza n. 16092 del 2006²⁷⁰, la Corte di Cassazione, ha respinto il ricorso avverso una decisione del Tribunale per i Minorenni che aveva dato esclusivo rilievo, ai fini dell'accertamento della residenza abituale, al carattere di stabilità del trasferimento del minore.

Il caso riguardava una madre, cittadina polacca, che, dopo essersi separata consensualmente dal coniuge ed aver concordato l'affidamento a sé della figlia, si era trasferita con quest'ultima nella sua città di origine in Polonia, con il preciso intento di stabilirvi la propria residenza. Ella, infatti aveva ivi intrapreso un'attività lavorativa ed aveva costituito un nuovo legame affettivo con un cittadino polacco, dal quale aveva avuto una seconda figlia. Successivamente l'ex marito, nonché padre della figlia maggiore della donna, prelevava la minore e la conduceva in Italia per trascorrere le feste natalizie, rifiutandosi di farla rientrare in Polonia al termine del periodo concordato. Nel frattempo il padre chiedeva ed otteneva dal Tribunale l'affidamento della figlia, a modifica delle condizioni di separazione. La madre, quindi, denunciava l'illecita sottrazione della minore e chiedeva il suo rientro immediato in Polonia: il Tribunale per i Minorenni accoglieva l'istanza, rilevando che la madre era il titolare del diritto di affidamento, e quindi, ai sensi dell'art. 5 della Convenzione dell'Aja, anche del diritto di decidere riguardo al luogo di residenza della minore. La madre aveva infatti fissato la sua residenza in altro Stato nell'esercizio di una sua legittima facoltà; l'abitualità della residenza della bambina, richiesta dalla Convenzione, derivava, tra l'altro, dalla stabilità della residenza della madre in quello Stato, accompagnata dalla serietà dell'intento dalla medesima perseguito.

La Corte di Cassazione ha ritenuto corretta tale decisione, non ravvisando violazioni di legge nell'aver valorizzato, in assenza di riferimenti temporali che valgano a dare contenuto e certezza al carattere di stabilità della residenza abituale, l'intenzione di definitività che aveva ispirato la decisione del genitore affidatario, cui erano seguiti coerenti comportamenti volti a riorganizzare la vita propria e della minore nel luogo prescelto.

²⁷⁰ Cass., 14 luglio 2006, n. 16092, in *Dir e giust.*, 2006, p. 32, con nota di ZINCONE, *Primo, il minore deve tornare a casa sua*, p. 38 ss.

Da questo punto di vista, il proposito del genitore di trasferirsi con il minore in altro Stato, accompagnato da specifiche iniziative, come l'acquisto o la locazione di un alloggio in detto Stato o anche la richiesta di un'abitazione popolare, può valere a dimostrare il trasferimento della residenza abituale, mentre il soggiorno del minore per un periodo molto limitato e senza fissa dimora in un Paese induce ad escludere che si sia qui radicata la sua residenza abituale.

3.1 La competenza giurisdizionale ad emettere provvedimenti cautelari nella Convenzione dell'Aja del 1961.

In tema di provvedimenti cautelari, gli artt. 8 e 9 della Convenzione dell'Aja del 1961 distinguono tra misure provvisorie e d'urgenza²⁷¹.

L'art. 8 permette al giudice dello Stato di residenza abituale del minore, di adottare misure temporanee, che modificano quelle eventualmente assunte dallo Stato nazionale del minore (ai sensi degli artt. 3, 4 e 5 co. 3 della Convenzione), qualora quest'ultimo sia minacciato da un serio pericolo alla persona o ai suoi beni. Tali misure hanno carattere temporaneo, limitato al periodo della durata della minaccia.

L'art. 9 fonda la giurisdizione del giudice del luogo in cui il minore o i suoi beni sono presenti, nei casi in cui sia necessario adottare provvedimenti d'urgenza. Tali misure cesseranno, salvi i loro effetti definitivi, non appena le autorità competenti ai sensi dei criteri di giurisdizione convenzionali avranno adottato, a loro volta, le misure più idonee a tutelare il minore.

La differenza dell'ambito di applicazione delle due norme non è chiara, infatti in dottrina si alternano ipotesi differenti, a seconda del criterio discrezionale di volta in volta considerato.

Secondo una prima distinzione, la differenza tra le due norme sembra fondarsi sul tipo di provvedimento da adottare: l'art. 8 considererebbe solo le misure destinate a durare fintanto che persiste il grave pericolo evocato dalla norma, mentre l'art. 9 potrebbe riferirsi a misure temporanee, che comunque saranno destinate a cessare nel momento in cui interviene l'autorità giurisdizionale competente ai sensi dei criteri generali previsti dalla Convenzione²⁷².

²⁷¹ La distinzione tra provvedimenti provvisori e d'urgenza è accolta in molti ordinamenti occidentali, cfr. PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., p. 725, nota 61.

²⁷² Così VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 234

Seguendo tale distinzione è possibile affermare che il giudice italiano potrebbe adottare *ex art. 9* – quindi a favore di un minore straniero non abitualmente residente in Italia - i provvedimenti di cui agli artt. 333 e 361 cod. civ. Ai sensi dell'art. 8 il giudice italiano potrebbe, d'altra parte, pronunciare le misure relative alla decadenza dalla potestà genitoriale, all'affidamento del minore ad una famiglia o ad un istituto, oppure, ancora, istituire la tutela. Simili provvedimenti potrebbero essere adottati in favore di un minore abitualmente residente in Italia, che sia minacciato da un grave pericolo alla sua persona o ai suoi beni²⁷³.

Sembra essere più convincente (poiché più evidente) la distinzione relativa alla portata limitativa: l'art. 8 incide sui rapporti e sulle misure assunte secondo la legge nazionale del minore, residente abitualmente nel territorio, che si trovi in stato di grave pericolo; mentre l'art. 9 attribuisce giurisdizione allo Stato in cui si trovano i minori in condizioni di urgenza, urgenza che non è necessariamente costituita da un pericolo grave come quello considerato dall'art. 8²⁷⁴.

Il riferimento al grave pericolo, contenuto all'art. 8, ricorda l'accertamento di una situazione di grave ed oggettivo pregiudizio necessaria per l'adozione dei provvedimenti sulla decadenza dalla potestà genitoriale (art. 330 cod. civ.) o dalla potestà di affidamento. Diversamente, la temporaneità del provvedimento - insita nella formulazione dell'art. 8 laddove si legge: "fintantochè il minore è minacciato" – porta a pensare alla privazione temporanea della potestà genitoriale, alle misure *ex art. 317 bis*, ai provvedimenti di allontanamento *ex art. 333 cod. civ.*²⁷⁵ ed ai provvedimenti cautelari *ex art. 700 cod. proc. civ.*²⁷⁶.

Le misure urgenti spiegano i propri effetti indipendentemente dalla legge applicabile alle misure ed ai rapporti in corso. In particolare sono ritenuti provvedimenti urgenti *ex art. 9* tutti quelli che incidono sull'esercizio della potestà genitoriale, quali ad esempio, l'eliminazione del diritto di visita²⁷⁷ e la nomina di un tutore per il minore orfano.

Alla luce di quanto esposto, è possibile affermare che le misure *ex art. 8* potranno certamente essere misure temporanee, sebbene non urgenti, tenuto conto che esse dovranno decadere una volta cessato il serio pericolo per il minore. La situazione di

²⁷³ BONOMI, *La Convenzione dell'Aja*, cit. p. 646.

²⁷⁴ FRANCHI, *La protezione dei minori*, cit., p. 42.

²⁷⁵ Cfr. App. Roma, 10 maggio 1993, in FRANCHI, *La protezione dei minori*, cit., Sezione casi, n. 9.

²⁷⁶ Cfr. App. Roma, 19 luglio 1994, in FRANCHI, *La protezione dei minori*, cit., Sezione casi, n. 7.

²⁷⁷ Cfr. BayObLG, 8 dicembre 1976, in *FamRZ*, 1976, p. 163.

pericolo, quindi, funge solo da limite di legittimità del perdurare delle misure *ex art. 8* nel tempo, senza individuare il carattere di necessaria provvisorietà del provvedimento²⁷⁸.

In conclusione si evidenzia che la portata dell'art. 9 è più ampia rispetto a quella dell'art. 8. Ciò è giustificato dalla *ratio legis* della norma: in presenza di una situazione di urgenza, le autorità dello Stato in cui il minore si trova, devono poter intervenire nel modo che ritengono più efficace per proteggere il minore, senza essere condizionate dal carattere durevole o temporaneo delle misure previste dal diritto interno.

Ciò considerato, la distinzione tra le due norme dovrebbe essere rilevata in base alle condizioni poste a fondamento dell'intervento protettivo²⁷⁹.

L'art. 9 presuppone che il minore si trovi in un Paese diverso da quello in cui risiede abitualmente e che, durante tale periodo, sorga la necessità di un intervento immediato da parte dell'autorità giurisdizionale. In altri termini occorre che le condizioni del minore siano tali da non consentire l'attesa del suo rientro nel Paese di residenza abituale, né la preventiva consultazione delle autorità di quel Paese o delle autorità nazionali²⁸⁰.

Tuttavia sembra difficile che l'art. 9 non si applichi ai minori residenti abitualmente sul territorio, che versino in condizioni di urgenza, ma non di grave e serio pericolo. Il sistema differenziato poteva avere ragione d'essere nei rapporti tra Stati contraenti la Convenzione dell'Aja del 1961 e Stati terzi, ma, nel momento in cui la disposizione assume carattere di norma comune, la distinzione risulta forzata. Pertanto, deve ritenersi che il giudice competente *ex art. 9* possa adottare le misure provvisorie ed urgenti sia in relazione a minori residenti abitualmente sul territorio, sia a quelli solo presenti²⁸¹.

In presenza di simili condizioni, i giudici del luogo in cui il minore si trova devono poter adottare anche una misura tendenzialmente duratura nel tempo, quale ad esempio, la nomina di un tutore o di un curatore.

L'art. 8, invece, presuppone un legame stabile e duraturo tra il minore e lo Stato a cui si attribuisce competenza giurisdizionale in materia cautelare. Nell'ipotesi indicata dall'art. 8, infatti, non esistono prospettive di ritorno immediato del minore in un altro Paese. Ciò dovrebbe consentire all'autorità del luogo di residenza di adottare ogni misura necessaria

²⁷⁸ MOSCONI, *La protezione dei minori*, cit., p. 335.

²⁷⁹ PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., p. 719 ss. La Convenzione dell'Aja del 1996 non ha abbandonato il concorso tra giurisdizioni di Stati diversi, in caso di urgenza o di misure strettamente legate al territorio e soprattutto per misure assunte dallo Stato nazionale, anche se con il controllo dello Stato di residenza. Si sono inoltre previste un'autonoma competenza del giudice del divorzio (art. 10) ed una possibile riserva per la competenza dello Stato di situazione dei beni (art. 55 co. 1).

²⁸⁰ BONOMI, *La Convenzione dell'Aja*, cit., p. 647.

²⁸¹ FRANCHI, *Protezione dei minori*, cit., pp. 43-44.

a proteggere il minore senza preoccuparsi degli istituti protettivi posti alla base della legge nazionale. Pertanto, potrebbero considerarsi provvedimenti riconducibili all'art. 8 la pronuncia di decadenza dalla potestà genitoriale o dalla tutela, nonché l'affidamento ad una famiglia o ad un istituto²⁸².

In conclusione, è possibile affermare che, secondo la disciplina convenzionale, i provvedimenti che dispongono misure urgenti (art. 8) non sono necessariamente riconoscibili all'interno degli ordinamenti degli Stati contraenti, i quali non hanno l'obbligo di riconoscerli sebbene siano stati emessi ai sensi della Convenzione stessa; sulle misure provvisorie la disciplina convenzionale lascia la questione aperta. Inoltre, conformemente al campo di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961, le misure urgenti possono essere emesse dalle autorità dello Stato contraente in cui il minore si trovi o in cui siano situati i suoi beni, ma solo nei confronti di un minore che abbia la sua abituale residenza in uno Stato contraente²⁸³.

Sul punto si segnalano rilevanti differenze nella Convenzione dell'Aja del 1996.

In primo luogo, gli artt. 11 e 12 prevedono esplicitamente che le misure urgenti o provvisorie, assunte ai sensi degli stessi, debbano essere riconosciute, al pari di tutte le altre, da parte di tutti gli Stati contraenti, ma soprattutto, dallo Stato nel quale si trova il minore o i suoi beni, anche quando quest'ultimo sia abitualmente residente in uno Stato non contraente²⁸⁴.

La Convenzione del 1996 recepisce, invece, la non agevole distinzione tra misure urgenti e misure provvisorie²⁸⁵, limitando però al massimo l'assunzione di misure provvisorie *ex art. 12*: al par. 1 si fa, infatti, esplicito riferimento alle misure provvisorie che abbiano un'efficacia territoriale ristretta allo Stato in causa e non siano incompatibili con delle misure a efficacia generale già emesse in precedenza. La distinzione tra misure urgenti e provvisorie è particolarmente evidente in tema di efficacia delle stesse. Nel caso in cui le misure (urgenti e provvisorie) riguardino un minore residente in uno Stato contraente, sia l'art. 11 sia l'art. 12 al par. 2 prevedono che esse cessino di avere efficacia nel momento in cui le autorità competenti ai sensi degli artt. 5 e 10 della Convenzione (criteri di

²⁸² BONOMI, *La Convenzione dell'Aja*, cit., pp. 647-648.

²⁸³ PICONE, *Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1995, p. 7 ss..

²⁸⁴ PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., p. 720: in tema di misure provvisorie ed urgenti si nota come, nella nuova convenzione, la determinazione dell'ambito della giurisdizione vada effettuato a partire e con riguardo alle singole disposizioni.

²⁸⁵ Tale distinzione è presente in molti ordinamenti, malgrado non poche incertezze, si veda: PICONE, *Misure provvisorie*, cit., pp. 12 e 39 ss.

giurisdizione generali) abbiano assunto le misure idonee a tutelare il minore. Invece, le misure che riguardano un minore residente in uno Stato non contraente cessano di avere efficacia una volta riconosciuti i provvedimenti definitivi emessi in un altro Stato, con una differenza: l'art. 11 par. 3 prevede che le misure urgenti cessino di avere effetto in ogni Stato contraente, mentre l'art. 12 par. 3, statuisce che le misure provvisorie cessino di avere efficacia nello Stato contraente che le ha assunte. Tale differenza di formulazione è dovuta al fatto che, mentre le misure urgenti sono suscettibili di essere riconosciute in tutti gli Stati contraenti, quelle provvisorie, avendo un'efficacia territoriale ristretta allo Stato che le ha adottate, non sollevano, praticamente, problemi di riconoscimento in altri Stati contraenti²⁸⁶.

4. *La giurisdizione residua in base alla legge italiana.*

I criteri di giurisdizione previsti in materia di rapporti genitori – figli, potestà genitoriale e protezione dei minori dalla legge di riforma del diritto internazionale privato italiano hanno carattere residuale rispetto a quelli indicati nel Regolamento CE 2201/2003; essi, quindi, troveranno applicazione limitatamente alle questioni che non rientrano tra le materie previste dal Regolamento CE 2201/2003 o per le quali non sussiste la competenza di alcun giudice comunitario.

Nella legge 218/1995 non si riscontra un approccio unitario alla materia della responsabilità genitoriale, infatti, in ambito di giurisdizione, rilevano due disposizioni distinte, riferite ai due ambiti: l'art. 37 sulla giurisdizione in materia di filiazione (che considera anche i rapporti genitori-figli) e l'art. 42 sulla giurisdizione e legge applicabile alle misure di protezione del minore. Nella legge di riforma, infatti, gli ambiti dei rapporti genitori-figli e delle misure di protezione dei minori rimangono separati²⁸⁷,

²⁸⁶ PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., p. 726; CLERICI, *E' ora di riformare la riforma?*, cit., p. 646.

²⁸⁷ Sulla tradizionale separazione dell'ambito dei rapporti genitori-figli, da quello delle misure di protezione dei minori: CAPOTORTI, *La capacité*, cit., p. 229. Sulla qualificazione della responsabilità genitoriale secondo la *lex fori*, CARELLA, *Art. 36*, cit., p. 1196 ss.; CONETTI, *Art. 36*, cit., p. 143; FRANCHI, *Art. 42*, cit., p. 1235 ss..

benché entrambi riconducibili alla nozione di responsabilità genitoriale, così come delineata nel Regolamento CE 2201/2003²⁸⁸.

L'art. 37 l. 218/95 integra i criteri generali di giurisdizione per i procedimenti contenziosi e di volontaria giurisdizione, senza derogarvi ed indicandone di alternativi.

La norma, infatti, prevede che in materia di filiazione e di rapporti personali fra genitori e figli, sussista la giurisdizione italiana, oltre che nei casi previsti dagli artt. 3²⁸⁹ e 9²⁹⁰ l. 218/95, anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o residente in Italia²⁹¹.

La lettera della norma, facendo riferimento alla cittadinanza ed alla residenza *tout court*, fa ragionevolmente ritenere che tali criteri rilevino indipendentemente dalla posizione processuale del soggetto a cui si riferiscono, sia esso attore o convenuto.

A tal proposito si ricorda come la residenza in Italia del convenuto sia il criterio generale di giurisdizione ai sensi degli artt. 3 e 9 l. 218/95 e considerazioni analoghe possono essere svolte sulla residenza in Italia dell'attore²⁹²; infatti, in virtù del rinvio alle norme sulla competenza per territorio contenuto agli artt. 3 e 9 della legge di riforma, può applicarsi l'art. 18 comma 2 cod. proc. civ., ai sensi del quale se il convenuto non ha residenza, né domicilio, né dimore in Italia o se la dimora è sconosciuta, allora è competente il giudice del luogo in cui risiede l'attore.

Per quanto riguarda il criterio della cittadinanza, l'art. 9 prevede che, nei casi di volontaria giurisdizione, quando il provvedimento richiesto riguardi un cittadino italiano, la competenza sia dei giudici italiani. Pertanto, è da ritenersi che le novità introdotte con l'art. 37 della legge di riforma si riducano alla sola introduzione della

²⁸⁸ Il riferimento è alla qualificazione autonoma di responsabilità genitoriale. LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003*, cit., p. 1144 ss.; QUEIROLO, *La disciplina della responsabilità genitoriale*, cit., p. 288 ss..

²⁸⁹ L'art. 3 della l. 218/1995 prevede come criterio generale di giurisdizione il domicilio del convenuto. Per un commento sull'art 3 si vedano: LUZZATTO, *Art. 3*, cit., p. 26 ss; CONETTI, *Art. 3*, cit., p. 12 ss.; BARIATTI, *Art. 3*, cit., p. 890 ss.

²⁹⁰ L'art. 9 della l. 218/1995, con riferimento alla giurisdizione volontaria, prevede come criteri di giurisdizione la cittadinanza o la residenza della persona a cui è destinato il provvedimento di volontaria giurisdizione, oppure quando il provvedimento farà applicazione della legge italiana, in modo tale da avere la corrispondenza tra *forum* e *ius*. Per un commento sull'art. 9 si vedano: LUZZATTO, *Art. 9*, cit., p. 49 ss; CONETTI, *Art. 9*, cit., p. 27 ss.; HONORATI, *Art. 9*, cit., p. 971 ss.

²⁹¹ CONETTI, *Art. 37*, cit., p. 144.

²⁹² L'operatività del criterio di residenza dell'attore a seguito del rinvio alle norme sulla competenza per territorio è criticata da LUZZATTO, *Art. 3*, cit., p. 935; STARACE, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana*, cit., pp. 1234-1236, dove l'autore prospetta persino un dubbio di costituzionalità della disciplina.

cittadinanza italiana dell'attore, come criterio di giurisdizione, nonché, limitatamente al giudizio contenzioso, di quella del convenuto²⁹³.

L'art. 37 estende ampiamente la giurisdizione italiana in materia di filiazione e di rapporti genitori figli poiché considera come criteri di giurisdizione: la residenza del convenuto, la residenza dell'attore, la cittadinanza del convenuto e la cittadinanza dell'attore.

Una simile estensione di giurisdizione può comportare anche svantaggi²⁹⁴. Si pensi al caso in cui

venga radicata una controversia avanti il giudice italiano, essendo o l'attore o il convenuto cittadini italiani, benchè domiciliati, residenti o dimoranti all'estero. In caso simile, si creerebbero le premesse per conflitti positivi di giurisdizione con altri ordinamenti e si pregiudicherebbe l'effettività delle sentenze emesse, le quali verrebbero difficilmente riconosciute o eseguite nello Stato di residenza del convenuto²⁹⁵.

La rilevanza della cittadinanza come criterio di giurisdizione in materia di rapporti genitori-figli, ma più in generale in materia di rapporti familiari (rapporti fra coniugi, filiazione e adozione), porta a confutare l'affermazione secondo cui, con la riforma del diritto internazionale privato, si sia lasciato meno spazio al criterio della cittadinanza, in favore di quello del domicilio del convenuto²⁹⁶, dimostrando, invece, l'influenza del principio manciniano di nazionalità nelle soluzioni codificate nella legge di riforma e nelle loro interpretazioni²⁹⁷.

Tuttavia, è bene evidenziare come il criterio della cittadinanza non debba essere più interpretato nel senso manciniano, vale a dire come espressione di un ideale di nazionalità, frutto dell'allora nascente Stato unitario²⁹⁸, né come "nazionalità di

²⁹³ CARELLA, *Art. 37*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, in *NLCC*, 1996, pp. 1200-1201.

²⁹⁴ BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 470.

²⁹⁵ CARELLA, *Art. 37*, cit., p.1201.

²⁹⁶ Si veda ampiamente STARACE, voce "Giurisdizione", *X) limiti della giurisdizione – dir. int. priv.*, in *Enc. del dir.*, Milano, p. 445 ss., dove l'autore evidenzia come la riforma del diritto internazionale privato del 1995 abbia lasciato meno spazio al criterio della cittadinanza - ampiamente previsto dalle disposizioni preliminari al codice civile in vigore prima della riforma - in favore di quello del domicilio del convenuto, criterio ispirato al sistema di giurisdizione della Convenzione di Bruxelles del 1968.

²⁹⁷ TONOLO, *L'Italia e il resto del mondo nel pensiero di Pasquale Stanislao Mancini*, in *Cuadernos de De Derecho Transnacional*, 2011, p. 178 ss..

²⁹⁸ MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Prelazione al corso di diritto internazionale e marittimo dell'Università di Torino, 22 gennaio 1891, a cura di JAYME, Torino, 2000, p. 23 ss. Secondo Mancini, il principio di nazionalità assume rilevanza in forza dell'ideale di nazionalità che esprime una connessione tra l'individuo ed il suo paese d'origine, sulla base di fattori culturali, di legami sentimentali, nonché sulla base della coscienza della nazionalità. In tal senso possono considerarsi elementi costitutivi della identità nazionale: la religione, la razza, i costumi, la storia e le leggi.

gruppo”²⁹⁹, come era nelle disposizioni preliminari ad Codice civile del 1942, bensì come caratteristica del singolo individuo che lo lega ad un determinato Stato e che rileva all’interno di determinati rapporti, quali ad esempio, i rapporti fra coniugi, tra genitori e figli, di filiazione, di adozione etc..

Un ulteriore cambiamento nell’interpretazione del criterio di cittadinanza si riscontra in considerazione dell’affiancamento alla cittadinanza italiana della cittadinanza europea. Infatti, l’applicazione delle prerogative che la cittadinanza europea comporta ha avuto come conseguenza una revisione del funzionamento delle norme di diritto internazionale privato e processuale, soprattutto quando queste ultime tendono a privilegiare la cittadinanza del foro rispetto a quella europea, con inevitabili discriminazioni³⁰⁰. Un’ipotesi di discriminazione potrebbe configurarsi a seguito dell’aprioristica prevalenza di una determinata cittadinanza tra quelle richiamate, ne è esempio l’art. 19 co. 2 l. 218/1995, che prevede come criterio interpretativo la cittadinanza italiana, qualora questa sia una delle cittadinanze dell’individuo. In tali casi si potrebbe disapplicare il criterio foriero di possibili discriminazioni, applicando in alternativa il criterio della cittadinanza più effettiva³⁰¹, metodo suggerito dalla giurisprudenza straniera teso ad indicare un’unica cittadinanza³⁰².

Alla luce delle esposte interpretazioni sul principio manciniano di nazionalità è possibile affermare come attualmente vi sia un’inversione di tendenza del c.d. “declino” della cittadinanza come criterio di collegamento, riscontrabile a partire dalle Convenzioni dell’Aja del secondo dopoguerra³⁰³, che hanno considerato con maggiore frequenza il criterio della residenza abituale, soprattutto in materia di *status* e di rapporti di famiglia.

²⁹⁹ MIGLIAZZA, *Problemi generali di una nuova codificazione del diritto internazionale privato*, in *Atti Convegno di studi di Roma, 1 e 2 giugno 1984*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 1986, p. 360.

³⁰⁰ TONOLO, *L’Italia e il resto del mondo*, cit., pp. 184-185, dove l’autrice critica l’impossibilità di derogare all’art. 19 co. 2 l. 218/1995 facendo rilevare che l’automatica prevalenza della cittadinanza italiana sulle cittadinanze richiamate possa comportare una violazione del principio di non discriminazione. Pertanto, si pone il problema della disapplicazione dell’art. 19 co. 2 e della ricerca di un’alternativa, che potrebbe essere rappresentata o dal potere discrezionale dell’autorità giurisdizionale o amministrativa competente a fare riferimento al superiore interesse del minore o all’applicazione della cittadinanza più effettiva. In tal senso, quindi, il richiamo al principio manciniano di nazionalità non si traduce in un’aprioristica applicazione della cittadinanza italiana, che prevale sulle altre cittadinanze richiamate, ma va inteso che individuazione del vincolo culturale, linguistico, sociale dell’individuo con un determinato Paese.

³⁰¹ Sulla cittadinanza c.d. effettiva cfr. *infra* Cap. III, par. 7.

³⁰² TONOLO, *L’Italia e il resto del mondo*, cit., p. 185

³⁰³ Si vedano, ad esempio, la Convenzione dell’Aja del 15 giugno 1955 sulla vendita internazionale di merci, la Convenzione dell’Aja del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, la Convenzione dell’Aja del 15 aprile 1958 sul riconoscimento delle obbligazioni alimentari, la Convenzione dell’Aja del 5 ottobre 1961 sulle misure di protezione dei minori.

Inoltre, a seguito della comunitarizzazione del diritto internazionale privato, si riscontra una nuova considerazione del criterio di giurisdizione della cittadinanza, la cui interpretazione secondo la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si pone in linea con i principi manciniani: in caso di duplice cittadinanza di un coniuge, anche nell'ipotesi in cui una di esse non sia effettiva, sussiste la giurisdizione di entrambi i fori con conseguente scelta della parte relativamente a quale dei due attribuire la competenza³⁰⁴. Pertanto, può essere ipotizzabile che, con la piena operatività della scelta di legge applicabile alla separazione ed al divorzio, ai sensi dell'art. 5 lett. c) Reg. CE 1251/2010³⁰⁵, la stessa scelta si possa indirizzare verso ogni ordinamento richiamato in base al collegamento della cittadinanza di ciascun coniuge³⁰⁶.

Tornando all'interpretazione dell'art. 37 l. 218/1995 è opportuno svolgere un'ultima considerazione circa il suo ambito di applicazione materiale.

La rubrica dell'art. 37, giurisdizione in materia di filiazione, suggerisce che la norma si riferisca ai solo rapporti di filiazione. Tuttavia, nel testo, è espressamente indicata l'applicazione anche ai rapporti personali tra genitori e figli. Limitare l'ambito di applicazione dell'art. 37 ai soli rapporti di filiazione e ai rapporti personali tra genitori e figli, pare incongruo, soprattutto in ragione della posizione sistematica dell'art. 37 (titolo III, capo IV), che segue le norme di conflitto sui rapporti di famiglia. Pertanto i criteri di giurisdizione indicati all'art. 37 sono da riferirsi all'intera materia dei rapporti familiari, e quindi a tutte le fattispecie considerate dagli artt. 33 – 36 della legge di riforma³⁰⁷ e specificamente dall'art. 36 sui rapporti genitori-figli.

³⁰⁴ Cfr. CGCE, 16 luglio 2009, C-169/09, *Hadadi*, in *RDIPP*, 2010, p. 176 ss.

³⁰⁵ Regolamento CE 1259/2010 del 20 dicembre 2010, in *GUUE*, del 29 dicembre 2010, L 338, p. 1 ss. relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione. Con l'entrata in vigore del regolamento, prevista per il 21 giugno 2012, i giudici nazionali di Austria, Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna e Ungheria sono tenuti a determinare la legge applicabile in materia di divorzio e separazione personale sulla base delle norme di conflitto indicate dal suddetto regolamento, indipendentemente dal fatto che queste ultime richiamino la legge di uno Stato membro partecipante alla cooperazione rafforzata, o di uno Stato membro non partecipante alla cooperazione o quella di uno Stato terzo.

³⁰⁶ TONOLO, *L'Italia e il resto del mondo*, cit., p. 186.

³⁰⁷ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto, Parte speciale*, Torino, 2007, pp. 93-94; CONETTI, *Art. 37*, cit., p. 144.

4.1 Accettazione e deroga della competenza.

Per quanto concerne le controversie collegate a ordinamenti terzi rispetto al sistema Bruxelles, si rilevano due ipotesi in cui la volontà delle parti può determinare la competenza giurisdizionale.

La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori non considera la volontà delle parti come criterio di giurisdizione; al contrario, ai rapporti genitori-figli, di cui agli artt. 36 e 37 l. 218/1995, è applicabile l'art. 4 della stessa legge che prevede l'accettazione e la deroga di giurisdizione. Considerando la contiguità tra l'ambito delle misure di protezione del minore e i rapporti genitori-figli, è possibile affermare che, in via generale, la giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale possa essere derogata e accettata dalle parti ai sensi dell'art. 4³⁰⁸.

L'art. 4 co. 1 prevede che le parti possano convenzionalmente accettare la giurisdizione, sia prima che dopo l'instaurazione del processo, purchè l'accordo sia risultante da prova scritta. E' ammessa altresì la c.d. accettazione tacita quando il convenuto, regolarmente costituito, non eccepisca il difetto di giurisdizione entro il primo atto difensivo³⁰⁹. Un simile modo di formazione dell'accettazione può far considerare l'accordo delle parti, più che tacito, presunto³¹⁰.

L'art. 4 co. 2 consente alle parti di derogare la giurisdizione italiana in favore di un'autorità straniera (giudice o arbitro) per mezzo di un accordo che sia suscettibile di essere provato per iscritto. La causa, inoltre, non deve vertere su diritti indisponibili. La deroga è inefficace quando l'autorità giurisdizionale straniera declina la competenza attribuitale dalle parti o non possa conoscere della causa³¹¹.

L'art. 4 attribuisce alla deroga carattere convenzionale, ciò significa che essa deve trovare fondamento sull'accordo delle parti³¹². Affinché l'accordo possa produrre l'effetto

³⁰⁸ Secondo parte della dottrina l'accettazione della giurisdizione non sarebbe applicabile nelle materie in cui la legge 218/1995 prevede criteri speciali di giurisdizione, come ad esempio gli artt. 22, 32, 37, 40, 42, 44, 50. Ciò in base al richiamo all'art. 3 effettuato dall'art. 4 co. 1, secondo cui l'accettazione opera "quando non vi sia giurisdizione in base all'art. 3". ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, p. 737. Tuttavia tale teoria non sembra convincente, poiché è lo stesso art. 3 co. 1 che ritiene sussistente la giurisdizione del giudice italiano, non solo in base al domicilio del convenuto in Italia, ma anche negli "altri casi in cui è prevista dalla legge".

³⁰⁹ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte generale*, cit., pp. 132-133.

³¹⁰ CONETTI, *Art. 4*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma di diritto internazionale privato*, cit., p. 17.

³¹¹ CONETTI, *Art. 4*, cit., p. 16 ss.; BOSCHIERO, *Appunti*, cit., p. 29 ss.

³¹² Cfr. Cass., 3 giugno 1992, n. 6787, in *RDIPP*, 1993, p. 196 ss. secondo la quale la clausola di deroga ha natura contrattuale.

preclusivo – nei confronti della giurisdizione italiana – e l’effetto attributivo – nei confronti della giurisdizione straniera scelta dalle parti- è necessaria la forma scritta *ad probationem*. E’ da escludere, infatti, la possibilità di una deroga tacita, anche in seguito ad accettazione tacita di giurisdizione straniera, poiché l’art. 4 non prevede l’ipotesi né di deroga per fatti concludenti, né di deroga tacita³¹³.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, può ritenersi equivalente alla prova scritta dell’accordo, la c.d. formazione giudiziale del consenso, per mezzo della produzione in giudizio dell’atto di deroga (nel caso di specie si trattava di una proroga) da parte del soggetto che non ha sottoscritto l’accordo ma che intenda comunque farne valere gli effetti³¹⁴.

Salvo il requisito della forma scritta, si esclude la necessità di ulteriori requisiti di carattere formale ed, in particolare, la necessità di applicare gli artt. 1341 e 1342 cod. civ³¹⁵.

Si evidenzia come le parti possano derogare alla giurisdizione italiana solo con riferimento a diritti disponibili, quindi diritti di cui esse possono liberamente disporre. La valutazione circa la disponibilità dei diritti controversi, essendo una questione di rito, deve essere effettuata alla luce della *lex fori*³¹⁶.

Un’ultima considerazione sulla deroga attiene al carattere da attribuire alla giurisdizione straniera concordata dalle parti: essa è da ritenersi meramente concorrente e non esclusiva, pertanto, in ogni caso, non è ostativa alla proposizione della domanda avanti il giudice italiano³¹⁷.

4.2 La litispendenza internazionale ex art. 7 l. 218/1995

Nell’ipotesi in cui si verifichi la litispendenza tra un giudizio pendente in Italia ed un altro instaurato in uno Stato terzo rispetto all’Unione europea, trova applicazione l’art. 7 della l. 218/1995³¹⁸.

³¹³ Trib. Milano, 11 dicembre 1997, in *RDIPP*, 1998, p. 854 ss.

³¹⁴ Cass., 17 gennaio 2005, n. 731, in *RDIPP*, 2004, p. 804 ss.

³¹⁵ Corte Cost., ord. 18 ottobre 2000, n. 428, in *RDI*, 2001, p. 164 ss.

³¹⁶ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte Generale.*, cit., p. 113.

³¹⁷ Trib. Milano, 11 dicembre 1997, in *RDIPP*, 1998, p. 854 ss.

³¹⁸ CONETTI, Art. 7, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma del diritto internazionale privato*, cit., pp. 22-25; BOSCHIERO, *Appunti*, cit., pp. 140-143; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte Generale*, cit., pp. 125-126.

L'art. 7 prevede che, quando nel corso di un giudizio sia eccepita la previa pendenza di un altro giudizio, radicato avanti un giudice straniero ed avente le stesse parti, lo stesso oggetto ed il medesimo titolo, allora il giudice italiano sospende il procedimento, una volta verificato che il giudizio pendente all'estero sia idoneo a produrre effetti nell'ordinamento italiano. Il giudizio prosegue in Italia, previa riassunzione su istanza delle parti, in due casi: se il giudice straniero declina la propria competenza oppure se il provvedimento straniero non è riconosciuto dall'ordinamento italiano.

Le condizioni per applicare la norma sulla litispendenza internazionale sono: identità di parti, di titolo e di oggetto delle domande.

Per quanto riguarda l'identità di parti, è bene sottolineare come sia indifferente la posizione processuale che ciascuna di esse assume nei procedimenti litispendenti.

Per verificare l'identità di titolo, invece, non è possibile operare la qualificazione della *causa petendi* in base alla *lex fori* o alla *lex causae*, poiché si potrebbero individuare qualificazioni differenti a seconda degli ordinamenti considerati. Pertanto occorre effettuare una valutazione di equivalenza tra le situazioni giuridiche fatte valere, confrontando i fatti e gli elementi addotti nelle domande.

Infine, per identità di oggetto, si intende identità di questioni giuridiche, anche solo parziale³¹⁹.

Si precisa, tuttavia, come la giurisprudenza della Corte di Cassazione³²⁰ abbia interpretato le nozioni di identità di oggetto, titolo e parti, riconducendole all'identità di rapporto giuridico posto alla base delle domande, sottolineando che una simile interpretazione coincide con quella accolta dalla Corte di Giustizia a proposito della litispendenza comunitaria³²¹.

Con riferimento al carattere cronologico, l'art. 7 co. 2 stabilisce che la successione temporale dei procedimenti si accerta in base alla determinazione del loro momento iniziale, così come disposto dalla legge processuale del rispettivo foro³²².

La litispendenza internazionale ha un duplice effetto preclusivo³²³. Da un lato, si verifica l'effetto provvisorio e sospensivo del procedimento nazionale quando il giudice

³¹⁹ DI BLASE, *Art. 7*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *NLCC*, 1996, pp. 950-951.

³²⁰ Cass., 17 maggio 2002, n. 7299, in *RDIPP*, 2002, pp. 1061-1070.

³²¹ La CGCE si è pronunciata sulla litispendenza comunitaria con riferimento al Reg. CE 44/2001. Cfr. CGCE, 8 dicembre 1987, C-144/86, *Gubish Maschinenfabrik c. Palombo*, in *Raccolta*, 1987 p. 4916; CGCE, 6 dicembre 1994, C-406/1994, *Tatry c. Maciej Rataj*, in *Raccolta*, 1994, I-5439; CGCE, 8 maggio 2003, C-111/01, *Gantmer*, in *Raccolta*, 2003, p. I-3573; Cass., 15 ottobre 1992, n. 11262, in *Mass. Foro it.*, 1992, p. 949; Cass., 25 maggio 1999, n. 293, in *RDIPP*, 1999, p. 625 ss..

³²² MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte Generale*, cit., p. 126.

italiano, su eccezione di parte, conosce dell'esistenza di un identico giudizio instaurato avanti un giudice straniero e pertanto sospende il procedimento pendente avanti a sé sulla base di una valutazione aprioristica sugli effetti del provvedimento straniero nell'ordinamento italiano. Tale valutazione è probabilistica ed incompleta, potendo prendere in considerazione solo alcuni profili del provvedimento straniero, che non è ancora stato emesso. In questa fase la valutazione sulla competenza internazionale del giudice straniero deve considerare le norme italiane di diritto internazionale processuale, per verificare che l'autorità preventivamente adita sia competente, pena il non riconoscimento della decisione. Tale verifica oltre ad essere rilevante ai fini del riconoscimento della decisione ai sensi dell'art. 64 l. 218/1995, mostra come il legislatore italiano abbia voluto garantire l'esistenza di un legame effettivo tra la fattispecie ed il giudice competente a conoscerla.

Si è detto che la verifica della competenza giurisdizionale in capo al giudice precedentemente adito è condizione necessaria ai fini dell'eventuale riconoscimento della sentenza straniera *ex art. 64*, che prevede che una decisione resa all'estero, per godere del riconoscimento automatico all'interno dell'ordinamento italiano, debba essere stata pronunciata da un'autorità competente ai sensi della legge 218/1995.

Tuttavia è bene sottolineare come in materia di responsabilità genitoriale l'art. 64 abbia un'applicazione del tutto residuale: in tema, infatti, rilevano in prima battuta l'art. 65 sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di *status* personali, diritti della personalità e rapporti di famiglia e l'art. 66 sul riconoscimento dei provvedimenti di volontaria giurisdizione. Tali norme disciplinano il riconoscimento delle decisioni straniere mediante il c.d. richiamo internazionalprivatistico, in altri termini, esse consentono il riconoscimento di provvedimenti stranieri a condizione che essi siano stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme di diritto internazionale privato della l. 218/1995, nel rispetto dei diritti di difesa e a condizione che non producano effetti contrari all'ordine pubblico³²⁴. Ne risulta che il controllo sulla competenza giurisdizionale del giudice che ha pronunciato il provvedimento da riconoscere non è condizione necessaria ai fini del riconoscimento *ex artt. 65 e 66*, i quali comunque integrano la disciplina sul riconoscimento prevista dall'art. 64.

Ciò significa che, solo nel momento in cui il richiamo internazionalprivatistico non possa operare - poiché le norme della legge 218/1995 richiamano un ordinamento diverso da

³²³ CONETTI, *Art. 7*, cit., p. 24.

³²⁴ Sugli artt. 64, 65 e 66 l. 218/1995 cfr. *infra* Cap. IV par. 3 e 5.

quello in cui è stata emessa la decisione da riconoscere - potrà essere applicato l'art. 64, in modo tale da favorire comunque la circolazione delle sentenze straniere. Poiché è solo l'art. 64, che ha applicazione residuale, a prevedere il controllo di giurisdizione ai fini del riconoscimento, tale verifica, anche in sede di litispendenza, assume una rilevanza limitata, posto che una decisione sulla responsabilità genitoriale può essere comunque riconosciuta nell'ordinamento italiano a prescindere dalla competenza giurisdizionale del giudice che l'ha emessa, purchè quest'ultimo appartenga all'ordinamento la cui legge è richiamata dalle norme di conflitto italiane.

All'effetto provvisorio sostitutivo segue un effetto definitivo che esclude, in via definitiva, la giurisdizione italiana, qualora il giudice straniero si sia pronunciato con una decisione passata in giudicato e riconosciuta in Italia, eventualmente anche a seguito di riconoscimento automatico³²⁵. Certamente il verificarsi di questa condizione può protrarsi per un lungo lasso di tempo, pertanto l'art. 7 considera superato l'effetto preclusivo provvisorio nel caso in cui il provvedimento straniero non sia stato emesso per incompetenza del giudice straniero o per qualsiasi altro evento estintivo del processo, nonché nel caso in cui il provvedimento non sia stato riconosciuto ai sensi dell'art. 67 della l. 218/95³²⁶.

5. Profili di criticità dei sistemi di giurisdizione in materia di potestà genitoriale, responsabilità genitoriale e protezione dei minori.

I sistemi di giurisdizione previsti dal Reg. CE 2201/2003 e dalla Convenzione dell'Aja del 1961 (nonché dalla più recente Convenzione dell'Aja del 1996) considerano come foro generale la residenza abituale del minore.

Sebbene nel suo complesso il sistema risulti uniforme, in quanto fondato sul medesimo criterio generale di giurisdizione, si riscontrano alcuni profili di criticità circa l'applicazione del criterio della residenza abituale nei casi in cui il minore sia cittadino comunitario ma risieda abitualmente in uno Stato terzo. In tali casi, infatti, possono

³²⁵ CONSOLO, *Profili di litispendenza internazionale*, in *RDI*, 1997, p. 66. Cfr. Cass., 15 giugno 2005, n. 12792, in *RIPP*, 2006, p. 443 ss.

³²⁶ CONSOLO, *Profili di litispendenza*, cit., pp. 43-46; CONETTI, *Art. 7*, cit., p. 24.

determinarsi conflitti di giurisdizioni che comportano possibili violazioni al principio di uguaglianza, discriminando i minori in base alla loro nazionalità³²⁷.

In via generale – fatta salva l'applicazione del criterio della cittadinanza *ex art. 4* Convenzione dell'Aja del 1961 – se un minore comunitario è residente in uno Stato terzo, il foro competente in materia di responsabilità genitoriale è quello dello Stato terzo in cui il minore risiede e, in forza del principio di coincidenza tra *forum et ius* sancito dalla Convenzione dell'Aja, sarà applicabile la *lex fori*. Di fronte ad una simile situazione ci si chiede, quindi, se sia possibile derogare al criterio di giurisdizione della residenza abituale del minore, in modo tale da radicare la competenza in uno Stato membro dell'Unione europea.

Nel caso in cui il minore, cittadino comunitario, è residente in uno Stato terzo, è possibile che la competenza giurisdizionale venga attribuita al giudice di uno Stato membro (e non più al giudice del luogo di residenza del minore) solo in base all'accordo dei genitori e solo se la proroga di competenza risponde all'esigenza di tutelare l'interesse superiore del minore, come previsto ai sensi dell'art. 12 par. 3 Reg. CE 2201/2003. In tal caso, infatti, il legame sostanziale che avvicina il minore allo Stato membro, in cui si vuole radicare il giudizio, è rappresentato dalla cittadinanza del minore in quello stesso Stato membro.

E' possibile, quindi, ipotizzare una discriminazione fondata sulla residenza: anche per i minori in possesso di cittadinanza comunitaria è solo l'accordo dei titolari della responsabilità genitoriale a fondare la competenza di un giudice di uno Stato membro³²⁸.

Sempre con riferimento ai minori comunitari residenti in uno Stato terzo, si consideri il caso (non raro) in cui non sia possibile prorogare la giurisdizione poiché i titolari della responsabilità genitoriale sono in disaccordo circa la sottoposizione del procedimento al giudice di uno Stato membro.

In tal caso la competenza del giudice di uno Stato membro può essere fondata ai sensi dell'art. 14 Reg. CE 2201/2003, norma di chiusura in base alla quale, qualora non si individuino alcuna autorità competente ai sensi degli artt. da 8 a 13 del regolamento, allora la competenza è determinata in ciascun Stato membro in base alla legge di tale Stato. In altri termini, ai sensi dell'art. 14 è possibile estendere la giurisdizione del giudice europeo anche ai minori residenti abitualmente in uno Stato terzo, a condizione che non risultino applicabili i criteri di giurisdizione previsti dal Reg. CE 2201/2003, con la conseguenza che, per determinare la competenza si debba ricorrere alle norme interne ed internazionali

³²⁷ TONOLO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di legge e di giurisdizioni*, Milano, 2011, pp. 1-31.

³²⁸ TONOLO, *Il principio di uguaglianza*, cit., pp. 78-79.

in vigore in ciascuno Stato membro. Le norme di carattere internazionale sono, ovviamente, le Convenzioni internazionali in vigore per lo Stato membro, in assenza delle quali saranno applicabili, in via residuale, le norme interne sulla giurisdizione.

L'analisi delle norme di giurisdizione (interne ed internazionali) degli Stati membri³²⁹ mostra come la cittadinanza del minore sia considerata come criterio idoneo a fondare la giurisdizione solo in alcuni Stati (circa la metà)³³⁰, mentre negli altri³³¹ rilevano altri criteri, quali ad esempio, l'instaurazione di un procedimento matrimoniale al quale è ricollegata la domanda in materia di responsabilità genitoriale, il domicilio o la residenza di uno o di entrambi i genitori, oppure criteri di giurisdizione esclusivi che determinano un *forum necessitatis*.

Da ciò consegue che i procedimenti in materia di responsabilità genitoriale, riguardanti minori cittadini di uno Stato membro che prevede la cittadinanza del minore come criterio di giurisdizione, potranno essere radicati avanti un giudice europeo (specificamente avanti il giudice dello Stato membro di cui il minore è cittadino); diversamente, nei Paesi in cui la cittadinanza del minore non è considerata come criterio di giurisdizione, la competenza del giudice del luogo di residenza abituale non potrà essere derogata né prorogata in favore di quella del giudice europeo.

E' pertanto evidente la discriminazione sulla base della nazionalità tra minori, cittadini europei, residenti in uno Stato terzo³³².

Le questioni di discriminazione appena esposte potrebbero forse essere risolte attraverso una più estesa applicabilità del criterio della residenza abituale, eliminando l'applicabilità dei fori residuali ed evitando di estendere (inutilmente) l'operatività del criterio della cittadinanza³³³. Una simile soluzione potrebbe già essere attuabile mediante il trasferimento di competenza previsto dall'art. 15 del Reg. CE 2201/2003. Tale norma, infatti, consente di trasferire la competenza a conoscere e decidere una controversia ad un

³²⁹ *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules Concerning the "Residual Jurisdiction" of their Courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulation), Service Contract with the European Commission JLS/C4/2005/07-30-Ce0040309/00-37, General Report (final Version dated on 3rd September 2007), prepared by Prof. Arnaud Nuyts.*

³³⁰ La cittadinanza del minore è criterio di per sé idoneo a fondare la giurisdizione in: Austria, Belgio, Repubblica Ceca, Inghilterra, Estonia, Ungheria, Irlanda, Lituania e Polonia.

³³¹ La cittadinanza del minore rileva in conseguenza della cittadinanza dei genitori in: Bulgaria, Francia, Grecia, Italia, Lussemburgo e Spagna.

³³² TONOLO, *Il principio di uguaglianza*, cit., pp. 80-81.

³³³ TONOLO, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 81; *Study on Residual Jurisdiction*, cit., p. 153.

giudice più adatto a trattare il caso, in virtù di un legame particolare tra il minore e lo Stato a cui è stata trasferita la competenza³³⁴.

³³⁴ TONOLO, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 81.

CAPITOLO III

LA LEGGE APPLICABILE

SOMMARIO: 1. Osservazioni generali. – 2. Il problema della legge applicabile alle controversie in materia di responsabilità genitoriale. – 3. La legge applicabile ai rapporti genitori-figli ex art. 20 disp. prel. cod. civ.. – 4. La legge applicabile ai rapporti genitori-figli ex art. 36 l. 218/1995. – 5. La legge applicabile alle misure di protezione del minore ex art. 42 l. 218/1995. – 6. Il coordinamento delle norme di conflitto. – 7. Alcuni problemi di funzionamento del criterio della cittadinanza. – 8. Limiti all'applicazione della legge straniera: l'ordine pubblico.

1. Osservazioni generali

La qualificazione autonoma della responsabilità genitoriale comporta una nozione molto ampia dell'istituto, comprendente sia i rapporti genitori figli, sia le misure di protezione dei minori³³⁵.

Si ricorda come la nozione di responsabilità genitoriale, desumibile dal combinato disposto degli artt. 1 e 2 par. 7 del Regolamento 2201/2003, coincida in parte con i rapporti genitori figli di cui all'art. 36 l. 218/1995 (la cui qualificazione è operata secondo la *lex fori*) e si estenda altresì alla sottrazione e al ritorno del minore nonché a tutte le misure tendenti alla sua protezione³³⁶. Sono pertanto riconducibili alla responsabilità genitoriale: la potestà genitoriale (intesa come l'insieme dei diritti e dei 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 del minore), la tutela, la curatela, la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o lo assistano, la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto, il diritto di visita e di affidamento, la sottrazione ed il ritorno del minore³³⁷, l'obbligo del figlio di convivere con i genitori, l'usufrutto legale dei genitori sui beni dei figli³³⁸, nonché le misure di protezione dei

³³⁵ LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano*, cit. p. 1144.

³³⁶ Sulla coincidenza della responsabilità genitoriale con la materia dei rapporti genitori-figli: LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano*, cit. p. 1144.

³³⁷ Così: BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., p. 997.

³³⁸ Ad esempio, l'obbligo del figlio di convivere con i genitori e l'usufrutto legale dei genitori sui beni dei figli sono riconducibili ai rapporti genitori figli di cui all'art. 36 l. 218/1995.

minori, anche legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei suoi beni.

Lo sforzo del legislatore comunitario di ricondurre molteplici istituti all'interno della fattispecie della responsabilità genitoriale, non riguarda la legge applicabile, poiché il Regolamento CE 2201/2003 disciplina solo la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, ad esclusione, quindi, dei problemi di diritto internazionale privato in materia di responsabilità genitoriale.

In altri termini, l'individuazione di un'unica fattispecie astratta comprensiva di diversi (e vari) istituti attinenti al medesimo ambito, consente di sottoporre allo stesso giudice questioni che con tutta probabilità risulteranno collegate o connesse tra loro³³⁹ e, in termini di riconoscimento delle decisioni, consente una migliore cooperazione giudiziaria tra gli Stati coinvolti nella controversia³⁴⁰.

Tuttavia, l'approccio unitario a tutte le questioni inerenti, *latu sensu*, la protezione dei minori ed i rapporti genitori figli non consente di individuare un unico criterio di collegamento valevole per ciascuna di esse³⁴¹. Questi ultimi, infatti, sono riconducibili a norme di conflitto, che prevedono criteri di collegamento diversi tra loro.

Vengono, infatti, in rilievo due norme di conflitto differenti: l'art. 36³⁴² della l. 218/1995 sui rapporti genitori figli e l'art. 42³⁴³ della stessa legge sulle misure di protezione dei minori.

La prima norma rinvia alla legge nazionale del minore; la seconda, disponendo l'applicazione "in ogni caso" della Convenzione dell'Aja del 1961, comporta l'applicazione degli artt. 1 e 3 della stessa, i quali a loro volta rinviano, rispettivamente, alla legge del luogo di residenza del minore ed alla sua legge nazionale.

³³⁹ Si consideri, ad esempio, che secondo il disposto dell'art. 37 l. 218/1995, la giurisdizione in materia di rapporti genitori figli, è attribuita al giudice italiano quando il minore o un suo genitore siano italiani, oppure quando i genitori risiedano in Italia, oppure ancora quando il provvedimento richiesto riguardi rapporti ai quali è applicabile la legge italiana. Diversamente, quando la controversia riguarda la protezione dei minori il giudice competente sarà quello del luogo di residenza del minore, secondo il criterio generale della Convenzione dell'Aja del 1961. Pertanto potrebbe capitare che una stessa controversia implicante tanto i rapporti genitori figli, quanto misure di protezione per questi ultimi, sia astrattamente attribuibile alla giurisdizione di giudici diversi. Invece, qualificando la responsabilità genitoriale alla luce dell'ordinamento comunitario, e quindi facendovi rientrare sia i rapporti genitori figli, sia le misure di protezione di questi ultimi, si individua un unico giudice competente in materia: quello del luogo di residenza abituale del minore ex art. 8 del Regolamento CE 2201/2003.

³⁴⁰ Così LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano*, cit. p. 1146.

³⁴¹ Sulla tradizionale separazione dell'ambito dei rapporti genitori figli (potestà genitoriale) da quello della protezione dei minori: CAPOTORTI, *La capacità*, cit., p. 229.

³⁴² CAMPIGLIO, *Art. 36*, cit., p. 188 ss.; CONETTI, *Art. 36*, cit., pp. 142-143; CARELLA, *Art. 36*, cit., p. 1196 ss..

³⁴³ TONOLO, *Art. 42*, cit., p. 169 ss.; FRANCHI, *Art. 42*, cit., p. 1235 ss..

In buona sostanza, i criteri di collegamento previsti per le fattispecie riconducibili alla responsabilità genitoriale sono due: cittadinanza e residenza del minore.

2. Il problema della legge applicabile alle controversie in materia di responsabilità genitoriale

I criteri della cittadinanza e della residenza del minore trovano applicazione a seconda della fattispecie concreta di volta in volta oggetto della decisione e, quindi, in base all'applicazione *ratione materiae* delle rispettive norme di conflitto.

A fronte della contiguità tra l'ambito dei rapporti genitori figli e quello delle misure di protezione dei minori è bene tenere presente che un'applicazione rigorosa dei criteri di collegamento non sempre può risultare agevole³⁴⁴.

I criteri di collegamento rilevanti in materia di responsabilità genitoriale, seppur differenti, presentano una caratteristica comune: è il minore ad essere al centro della disciplina internazionalprivatistica dei rapporti familiari³⁴⁵. Infatti, come è evidenziato dalla lettera delle norme di conflitto considerate, sia il criterio della cittadinanza, sia il criterio della residenza, si riferiscono alla persona del minore³⁴⁶.

³⁴⁴ La Corte di Cassazione ha individuato un'interpretazione funzionale della distinzione tra provvedimenti in materia di potestà genitoriale e quelli in materia di protezione dei minori; Cass., 9 gennaio 2001, n. 541, in *RDIPP*, 2002, p. 128 ss. Il caso riguardava la giurisdizione del giudice italiano ad emettere un provvedimento ex art. 333 cod. civ., modificativo di una pronuncia dell'autorità tedesca che affidava alla figlia minore di cittadinanza italo-tedesca. Secondo la Corte i provvedimenti ex art. 333 cod. civ. (che riguardano misure limitative della potestà genitoriale nei casi di condotte pregiudizievoli dei genitori) pur incidendo sull'esercizio della potestà dei genitori, devono essere considerati e valutati in relazione alla loro precipua funzione di protezione della minore e, quindi, ricompresi non nell'art. 37 l. 218/1995, bensì nell'art. 42 della stessa e, di conseguenza, nella previsione dell'art. 1 della Convenzione dell'Aja del 1961, la quale attribuisce la competenza giurisdizionale e amministrativa, in via di principio, alle autorità dello Stato di residenza abituale del minore. Tale norma non contiene un elenco tassativo di provvedimenti, nè una loro definizione generale, considerando gli stessi, non sotto il profilo della loro natura giuridica, ma soltanto sotto quello della finalità perseguita (e cioè la protezione dei minori). Secondo la Corte, quindi, non vi è dubbio che nell'ambito materiale di tale norma rientrino anche i provvedimenti previsti dall'art. 333 cod. civ.

³⁴⁵ FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Bari, 2005, p. 217; PISILLO MAZZESCHI, *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, p. 280; MENEGAZZI MUNARI, *La disciplina dei rapporti giuridici genitori figli alla luce delle norme di conflitto italiane*, in *Dir. fam.*, 1998, pp. 1228-1229, dove si sottolinea come i poteri attribuiti dal legislatore italiano all'adulto sono finalizzati al benessere del minore, che è soggetto di diritto e non più solamente oggetto dei poteri dei genitori inerenti la sua sfera giuridica.

³⁴⁶ La disciplina dei rapporti familiari ed, in particolare, quella della potestà genitoriale considera il minore come centro autonomo di interessi e non più solo come oggetto dei diritti dei genitori. Si pensi alla riforma del diritto di famiglia intervenuta in Italia negli anni Settanta: legge 19 maggio 1975 n. 151, *Riforma del diritto di famiglia*, in *Gazz. Uff.* del 23 maggio 1975, n. 135, ed. straordinaria. Per un commento si citano tra i molti: RODOTA', *La riforma del diritto di famiglia: principi ispiratori e ipotesi sistematiche*. *Convegno Milano 11-12 ottobre 1975*, Milano, 1976; VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle*

Certamente i rapporti familiari sono stati influenzati dai principi generali ed ampiamente condivisi, sanciti dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948³⁴⁷ e dalla successiva Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959³⁴⁸, nonché dal Patto sui diritti civili e politici³⁴⁹, che, in merito ai rapporti genitori figli, all'art. 18, par. 4 prevede espressamente che gli Stati debbano garantire. "... *the liberty of parents (...) to ensure the religious and moral education of their children, in conformity with their own convictions*".

Anche la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (la c.d. CEDU)³⁵⁰, all'art. 8 par. 1, regola il diritto alla protezione della vita familiare e privata per ciascun individuo. Tale diritto, con riguardo ai rapporti genitori figli, può essere interpretato nel senso che qualsiasi privazione o proibizione da parte dei genitori, lesiva dei diritti dei figli, non può essere considerata legittima se non in quanto finalizzata alla tutela dei figli stessi o alla garanzia dei loro diritti³⁵¹.

L'interpretazione di questa disposizione evidenzia come si stesse già passando dal concetto di potestà genitoriale a quello di responsabilità dei genitori: i diritti-doveri dei genitori nei confronti dei figli erano stati loro attribuiti al fine di favorire lo sviluppo

riforme ai codici, Milano, 1978; CIAN, OPPO, TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992; AULETTA (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a 30 anni dalla riforma*, Milano, 2007. Anche nel diritto internazionale si riscontra una particolare attenzione per la tutela del minore si pensi alla Conv. dell'Aja del 25 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori; Conv. di Strasburgo del 24 aprile 1967, sull'adozione dei minori; Conv. di Lussemburgo del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento; Conv. dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori; Conv. di New York del 20 novembre 1989, sui diritti del fanciullo; Conv. de l'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori; Conv. di Strasburgo del 2003 relativa la diritto dei minori di intrattenere rapporti personali con entrambi i genitori (non ancora entrata in vigore).

³⁴⁷ Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, New York, 10 dicembre 1948. Approvata dall'Assemblea generale dell'ONU nella seduta plenaria del 10 dicembre 1948, con 48 voti favorevoli ed 8 astensioni (Arabia Saudita, Bielorussia, Cecoslovacchia, Jugoslavia, Polonia, Sud Africa, Ucraina e Unione Sovietica), tale Dichiarazione non ha valore vincolante per gli Stati partecipanti, benché i principi in essa contenuti siano ormai diventati in gran parte norme di diritto internazionale consuetudinario, data la vastissima adesione che hanno avuto in seguito. Sul valore giuridico delle Dichiarazioni ONU: NASCIBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in CARBONE, LUZZATTO, SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Milano, 2006, p. 369 ss..

³⁴⁸ Dichiarazione dei diritti del fanciullo, New York, 20 novembre 1959, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU. Per un commento si vedano: SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti di minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1991; SAULLE, KOJANEC, *The Rights of the Child*, New York, 1995.

³⁴⁹ Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966, ratificato con legge n. 881 del 25 ottobre 1977, in *Gazz. Uff.*, del 7 dicembre 1977 n. 33 e d'entrata in vigore il 15 dicembre 1978.

³⁵⁰ La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, in *Gazz. Uff.* del 24 aprile 1955, n. 221.

³⁵¹ Corte europea dei dir. dell'uomo, sent. 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, in *Raccolta*, Serie A, 31, p. 15 ss.. Il caso riguardava i diritti successori dei figli naturali, differenti, ai sensi della legge belga, da quelli spettanti ai figli legittimi.

psichico e fisico del minore, esaltandone la personalità e favorendone, per quanto possibile, le scelte in ordine alla gestione di sé³⁵².

A questi atti internazionali di carattere generale si affiancano numerose convenzioni aventi specificamente ad oggetto i diritti dei minori.

A tal proposito si evidenziano: la Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980³⁵³, che presenta un'indubbia rilevanza per l'importanza accordata all'effetto di "assicurare la migliore protezione dell'interesse dei minori", come è indicato nello stesso preambolo³⁵⁴; nonché la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale di minori da parte del genitore non affidatario³⁵⁵, la quale tutela in modo diretto, non solo e non tanto il genitore a cui viene sottratto il figlio, ma soprattutto quest'ultimo. È infatti nell'interesse del minore sottratto che devono essere prese tutte le misure necessarie per attuare una protezione, a livello internazionale, contro gli effetti nocivi derivanti dal suo trasferimento o dal suo mancato rientro illeciti nonché contro gli effetti nocivi derivanti dal conflitto dei genitori³⁵⁶.

Ancora, si consideri la Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo³⁵⁷, che potrebbe essere definita come "la *summa* della totalità degli accordi

³⁵² LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano*, cit., pp. 1144-1145; MENEGAZZI MUNARI, *La disciplina dei rapporti genitori figli*, cit., p. 1224; PALMIERI, *La tutela dei diritti dei minori nell'ordinamento della CEE*, in PALMIERI (a cura di), *Quaderni di procedura penale e diritto processuale comparato*, Messina, 1994, p. 230. La locuzione "responsabilità genitoriale" sembra, privilegiare l'aspetto degli obblighi dei genitori rispetto alla posizione (di soggezione) dei figli. Al contrario il termine "potestà" è sinonimo di dominio, potere sui figli, a prescindere dai reali bisogni e dai diritti dei figli stessi. Si può notare, quindi, come la responsabilità genitoriale implichi il passaggio da una concezione del minore come "oggetto" del diritto a quella del minore come "soggetto" del diritto, bisognoso di particolare attenzione e protezione. Sul progressivo riconoscimento dei diritti soggettivi autonomi dei figli, considerati uti singoli si vedano: CGCE, 5 febbraio 2002, C-255/99, *Humer*, in *Raccolta*, 2001, p. I-1205, par. 48-53; CGCE, 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast e R. c. Secretary State for the Home department*, in *Raccolta*, 2002, p. I-7091, par. 56-63; CGCE, 19 ottobre 2004, C-200/02, *Chen c. Secretary State for the Home department*, in *Raccolta*, 2004, p. I-9925, par. 37.

³⁵³ La Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, ratificata con legge 15 gennaio 1994, n. 64, in *Gazz. Uff.* del 29 gennaio 1994, n. 23 suppl. ord.

³⁵⁴ La Convenzione di Lussemburgo del 1980 mira a risolvere le problematiche relative ai minori trasferiti, in violazione di un provvedimento di affidamento, in un altro Paese partecipante. Per un commento si veda: ARTIGLIERE, ANGOTTA GENNARELLI, DANAHUE, *Brevi cenni sulla Convenzione Europea sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dei minori*, in BEGHE' LORETI (a cura di), *La protezione dei minori nelle convenzioni internazionali*, Roma, 1982, p. 45 ss.

³⁵⁵ Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori, ratificata con legge 15 gennaio 1994, n. 64, in *Gazz. Uff.* del 29 gennaio 1994, n. 23 suppl. ord.

³⁵⁶ ROSSI FRANCHINI, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sul "Legal Kidnapping"*, in BEGHE' LORETI (a cura di), *La protezione dei minori nelle convenzioni internazionali*, Roma, 1982, p. 35 ss.

³⁵⁷ La Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo Ratificata con legge 26 maggio 1991, n. 176, in *Gazz. Uff.* del 1 giugno 1991, n. 135 suppl. ord.

internazionali in materia di protezione dei minori”³⁵⁸. Nel preambolo la famiglia è considerata “unità fondamentale della società ed ambiente naturale per la crescita ed il benessere di tutti i suoi membri, in particolare dei fanciulli”, di qui, il dovere per gli Stati di riservare ad essa tutta la protezione e l’assistenza di cui necessita “per poter svolgere integralmente il suo ruolo nella collettività”. Scorrendo il testo del preambolo si comprende come il bene che necessita maggior tutela all’interno della famiglia sia proprio “l’interesse superiore del fanciullo” e, benché siano sempre presi in esame anche i diritti ed i doveri dei genitori, dei tutori o di altre persone che abbiano responsabilità legale nei confronti dei minori, è l’interesse di questi ultimi che deve prevalere sugli altri nel bilanciamento dei diritti³⁵⁹.

Il sempre crescente interesse verso la tutela del minore emerge anche nella Convenzione dell’Aja del 1961. All’art. 1 è evidente come sia cambiato l’approccio nella disciplina della tutela degli interessi dei minori rispetto a quelli dei genitori: la competenza per l’adozione delle misure necessarie alla tutela del minore viene attribuita alle autorità (giudiziarie e amministrative) dello Stato di residenza abituale del minore (che può anche non coincidere con quella dei genitori) e, in casi d’urgenza, sono le autorità di ogni Stato contraente competenti per il territorio nel quale si trovano o il minore o dei beni a questi appartenenti ad adottare le misure di protezione necessarie (art. 9).

Con riferimento alle innovazioni introdotte con la Convenzione dell’Aja del 1961, si consideri che, benché la legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della Convenzione porti la data del 24 ottobre 1980³⁶⁰, la ratifica della stessa è avvenuta solo dopo l’emanazione delle necessarie norme di attuazione, con la l. del 15 gennaio 1994³⁶¹, così che essa è entrata in vigore, per il nostro Paese, appena il 22 aprile 1995, poco prima dell’adozione della legge di riforma di diritto internazionale privato, che la richiama, generalizzandone l’applicabilità e favorendone l’effettiva esecuzione³⁶².

³⁵⁸ Così PISILLO MAZZESCHI, *La protezione della famiglia*, cit., p. 279.

³⁵⁹ PISILLO MAZZESCHI, *La protezione della famiglia*, cit., pp. 280-283.

³⁶⁰ Legge di esecuzione del 24 ottobre 1980, n. 742, in *Gazz. Uff.* del 12 novembre 1980, n. 330, suppl. ord. Cfr. LIBRANDO, MOSCONI, RINOLDI, *Tempi biblici per la ratifica dei trattati*, Padova, 1993.

³⁶¹ Legge del 15 gennaio 1994, n. 64, in *Gazz. Uff.* del 29 gennaio 1994, n. 23 suppl. ord.. La ratifica della Convenzione dell’Aja del 1961 fu rimandata in attesa dell’emanazione di norme di attuazione. Cfr. relazione al disegno di legge n. 1536 presentato alla Presidenza del senato il 17 ottobre 1985, reperibile in MARINI, *La sottrazione internazionale del minore nell’ordinamento internazionale*, in ORLANDI, MARINI, CATALANO SGROSSO, ONORINA PEZZI, GALANTI PATRONE, *Studi*, Padova, 1995, p. 385 ss..

³⁶² Cfr. artt. 2 e 42 della l. 218/1995; il primo dichiara la Convenzione "applicabile in ogni caso" – il dibattito sul carattere fisso o mobile del rinvio è oggetto di discussioni dottrinali, cfr. MOSCONI,

Considerando la riforma del diritto internazionale privato italiano, il cambiamento di prospettiva risulta maggiormente evidente se si effettua il confronto con l'art. 20 delle disposizioni preliminari al codice civile³⁶³ con l'art. 36 l. 218/1995.

L'art. 20 disp. prel. cod. civ. rinviava, in prima battuta, alla legge nazionale del padre, mentre l'art. 36 l. 218/1995 richiama la legge nazionale del figlio. In linea con la disciplina internazionale, la soluzione adottata con la riforma ha spostato la prospettiva di apprezzamento del rapporto genitori figli, ponendo l'attenzione sull'interesse preminente del minore ed eliminando ogni riferimento alla legge nazionale del padre e dei genitori³⁶⁴.

3. *La legge applicabile ai rapporti genitori figli ex art. 20 co. 1 disp. prel. cod. civ.*

L'art. 20 delle disposizioni preliminari al codice civile individuava, al primo comma, la legge regolatrice dei rapporti tra genitori e figli e, al secondo, la legge regolatrice dei rapporti fra adottante e adottato. Nella sua formulazione originaria la norma recitava: " Legge regolatrice dei rapporti tra genitori e figli - I rapporti tra genitori e figli sono regolati dalla legge nazionale del padre, ovvero da quella della madre se soltanto la maternità è accertata o se soltanto la madre ha legittimato il figlio. I rapporti tra adottante e adottato sono regolati dalla legge nazionale dell'adottante al tempo dell'adozione".

Il primo comma dell'art. 20 preleggi si riferiva alla legge regolatrice dei rapporti genitori figli, una volta costituita ed accertata la filiazione, poiché ad indicare la legge applicabile alla costituzione, all'accertamento e al disconoscimento della filiazione legittima, naturale ed adottiva provvedeva già l'art. 17 delle preleggi, che considerava quale criterio di collegamento la legge nazionale delle persone interessate, potendo porre in essere un cumulo di leggi³⁶⁵.

Alla fine degli anni Ottanta, la Corte Costituzionale con la sentenza del 10 dicembre 1987 n. 477 - confermando l'orientamento giurisprudenziale della sentenza n. 71 del 5 marzo 1987 - ha dichiarato illegittimo l'art 20 co. 1 delle disp. prel. cod. civ. "nella parte

CAMPIGLIO, *Diritto, Parte generale*, cit., pp. 58-59 - il secondo, riguardante la giurisdizione e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, estende l'applicazione della Convenzione " alle persone considerate minori soltanto dalla loro legge nazionale, nonché alle persone la cui residenza abituale non si trova in uno degli Stati contraenti". BOSCHIERO, *Appunti*, cit., p. 20; PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., p. 705 ss.

³⁶³ CONETTI, *Art. 20 disp. prel. cod. civ.*, cit., p. 91 ss..

³⁶⁴ MENEGAZZI MUNARI, *La disciplina dei rapporti giuridici genitori-figli*, cit., pp. 1224-1228; CAMPIGLIO, *Art. 36*, cit., p. 1196 ss..

³⁶⁵ CONETTI, *Art. 20*, cit., p. 92. Sull'art 17 preleggi si vedano: GIARDINA, *Art 17*, cit., p. 95 ss..

in cui, con riferimento all'ipotesi in cui siano noti entrambi i genitori e manchi una legge nazionale comune ad essi, sancisce la prevalenza della legge nazionale del padre" per l'individuazione della legge regolatrice dei rapporti genitori figli. Nella scelta della legge nazionale del padre, si ravvisava, infatti, "un palese contrasto con le scelte di fondo operate dall'art. 3 comma primo Cost., che sancisce il divieto della discriminazione tra i sessi, e dall'art. 29 comma secondo Cost.³⁶⁶, che pone quale specificazione del principio precedentemente enunciato, quello dell'uguaglianza dei coniugi"³⁶⁷.

Le due sentenze del 1987 sono pregevoli sotto due aspetti: da un lato, hanno richiamato i principi di non discriminazione tra i sessi e di eguaglianza, morale e giuridica, dei coniugi; dall'altro hanno affermato il principio di sottoponibilità delle norme di conflitto al vaglio di costituzionalità, tant'è vero che gli effetti più rilevanti di queste due sentenze si sono verificati nel sistema di conflitto. La Corte, infatti, ha definitivamente messo in discussione il sistema delle norme di diritto internazionale privato, riguardante i rapporti di famiglia, costruito dal legislatore del 1939³⁶⁸.

Con la sentenza 477/1987 la Corte Costituzionale ha deciso sulla questione di legittimità costituzionale del primo comma dell'art. 20 preleggi³⁶⁹. La questione, sollevata dal

³⁶⁶ Sui rapporti tra l'art. 3 co. 1 Cost. e l'art. 29 co. 2 Cost. si veda POLETTI DI TEODORO, *Una svolta storica nel diritto internazionale privato italiano: il primo intervento "abrogativo" della Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 1987, Vol. I, colonna 2321.

³⁶⁷ Corte Cost, sent 10 dicembre 1987, n. 477, in *Foro it.*, 1988, Vol. II, colonna 2831 ss., con nota di PAGANO, *La legge regolatrice dei rapporti personali tra coniugi e dei rapporti tra genitori e figli dopo la declaratoria di incostituzionalità degli artt. 18 e 20 delle preleggi* e in *Foro it.* 1987, Vol. I, colonna 2316 ss. con nota di POLETTI DI TEODORO, cit; Corte Cost, sent. 5 marzo 1987, n. 71, in *Foro it.*, 1988, Vol. I, colonna 1455 ss., con nota di POLETTI DI TEODORO.

³⁶⁸ In tal senso si esprimono PAGANO, *La legge regolatrice*, cit., colonne 2831-2832 e POLETTI DI TEODORO, *Una svolta storica*, cit., colonne 2322-2323. L'intervento del legislatore sulle norme di conflitto in materia di rapporti di famiglia era già stato invocato dalla giurisprudenza: Corte Cost, sent 9 febbraio 1983, in *Foro it.*, 1983, Vol. I, colonna 1537 ss. con nota di NASCIMBENE, *Nuove norme e recenti pronunce in tema di cittadinanza*; nonché dalla dottrina: GIARDINA, *L'uguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1974, pp. 5-31; GIARDINA, *Criteri ispiratori e tecniche di un'eventuale riforma in Italia del diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1985, p. 14 ss. Infatti, fino alla riforma del 1995, il sistema delle norme di conflitto in materia di diritto di famiglia si basava su una norma di portata generale, l'art. 17 disp. prel. cod. civ. che, in omaggio alla tradizione manciniana, prevedeva la sottoponibilità dei rapporti di famiglia alla legge nazionale delle persone interessate, con l'inevitabile cumulo di leggi applicabili alla fattispecie; a questa norma, di carattere generale, si affiancavano le disposizioni degli artt. 18, 19 e 20 disp. prel. dedicate alle diverse articolazioni dei rapporti di famiglia (rapporti personali e patrimoniale tra coniugi, rapporti tra genitori e figli, rapporti tra adottante e adottato), che individuavano la loro legge regolatrice, in caso di diversa cittadinanza dei coniugi, rispettivamente in quella del marito, del padre o dell'adottante. Tale sistema era in linea con la concezione di nucleo familiare dell'epoca, che riconosceva al marito/padre una posizione preminente all'interno della famiglia, ma, non solo, esso trovava anche una giustificazione pratica: il riferimento ad una legge unica (quella del *poter familias*) per la disciplina dei rapporti evitava il cumulo delle diverse leggi nazionali che sarebbe dipeso dalla mera applicazione dell'art 17 disp. prel..

³⁶⁹ Pretura di Genova, ordinanza 28 giugno 1982, in *Giur. cost.*, 1983, Vol. II, p. 273 ss.; si noti che l'eccezione di incostituzionalità riguardava, oltre all'art. 20 co. 1, anche la normativa italiana in tema di

pretore di Genova, riguardava una cittadina italiana che, per effetto dell'applicabilità della legge del padre nella disciplina dei rapporti genitori figli, si trovava impossibilitata ad iscrivere sul suo passaporto il figlio minore, nato da un'unione naturale con un cittadino messicano, il quale aveva, peraltro, riconosciuto il figlio. Con riferimento all'art 20 co. 1 preleggi, il giudice *a quo* rilevava che, se non fosse stata prevista la prevalenza della legge del padre su quella della madre, egli avrebbe potuto giudicare sulla domanda avanzata. Di qui il contrasto con l'art. 3 co. 1 Cost. e con l'art. 29 co. 2 Cost.

Nell'analisi della norma in questione, la Corte ha utilizzato il concetto di genitore "noto", richiamando in modo approssimativo le soluzioni indicate dalla stessa, che, invece, distingueva il caso in cui la paternità e (o soltanto) la maternità fossero accertate ed il caso in cui il padre e (o soltanto) la madre avessero legittimato il figlio. In sostanza, la norma, anteriormente all'intervento della Corte Costituzionale, attribuiva una posizione preminente alla legge nazionale del padre su quella della madre, di diversa nazionalità, in due ipotesi: nel caso di filiazione accertata nei confronti di entrambi i genitori e nel caso di figlio avente lo *status* di legittimo nei riguardi di entrambi i genitori. Diversamente, nell'ipotesi in cui la maternità fosse accertata e la paternità lo fosse soltanto ai limitati effetti del mantenimento, oppure, nell'ipotesi in cui la madre avesse legittimato il figlio e la paternità fosse soltanto accertata, sarebbe stata la legge nazionale della madre a prevalere su quella del padre, avente diversa nazionalità, a prescindere dal fatto che quest'ultimo fosse noto.

Il principio ispiratore di questa articolata disciplina era il *favor* nei confronti del miglior rapporto di filiazione, o meglio, nei confronti del rapporto di filiazione più certo³⁷⁰. Tale soluzione si prestava, però, ad una dura critica: la legge regolatrice dei rapporti genitori figli variava a seconda dello *status* di figlio legittimo o naturale, contrastando palesemente con il principio di uguaglianza. Cambiando il punto di vista, però, questa stessa disciplina poteva essere considerata omogenea, infatti, era la stessa legge a regolare sia i rapporti personali tra genitori e figli (potestà genitoriale) sia quelli patrimoniali (usufrutto legale etc.)³⁷¹.

cittadinanza (art 1 n. 2 e art. 2 co. 2,1. 555/1912) che, nel caso di specie, non consentiva al figlio l'acquisto della cittadinanza italiana della madre.

³⁷⁰ BENVENUTI, *Art. 20*, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano di famiglia*, Vol. I, Padova, 1992, pp. 197-198; CENDON, *Art 20*, cit, p. 92; GIARDINA, *L'eguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1974, p. 6 ss., dove l'autore esprimeva già le sue perplessità circa la legittimità costituzionale della norma ad oggetto.

³⁷¹ CONETTI, *Art. 20*, cit, p. 92.

L'intervento della Corte Costituzionale ha modificato il tenore dell'art. 20 co. 1: una volta esclusa la prevalenza della legge nazionale del padre, è comunque rimasta salva la scelta di fondo del legislatore del 1942 a favore del criterio di collegamento della cittadinanza dei genitori, al fine di risolvere le controversie in materia di rapporti genitori figli. La Corte ha, infatti, precisato che il criterio di collegamento della legge nazionale dei genitori, sarebbe rimasto valido "a preferenza di ogni altro" in due casi: innanzitutto nell'ipotesi in cui i genitori, entrambi noti, avessero una legge nazionale comune e, ancora, quando fosse noto un solo genitore; più in particolare, in quest'ultimo caso, i rapporti in questione sarebbero stati regolati, a seconda dell'evenienza, o dalla legge nazionale comune ai genitori o dalla legge nazionale del genitore (padre o madre indifferentemente) che fosse "noto", ossia, rispetto al quale la filiazione fosse accertata, o il quale avesse legittimato il figlio, pur in presenza dell'accertata paternità o maternità dell'altro. Pertanto, limitatamente a queste ultime ipotesi, si teneva conto della legge nazionale del genitore che avesse stretto la relazione più intensa col figlio, o meglio, si accordava la preferenza alla legge nazionale del genitore rispetto al quale era stato accertato il miglior rapporto di filiazione³⁷².

Seguendo le indicazioni del giudice costituzionale si sarebbe potuto riformulare l'art. 20 co. 1 disp. prel. cod. civ. in questo modo: " I rapporti tra genitori e figli sono regolati dalla legge nazionale comune dei genitori rispetto ai quali sia accertata la filiazione, o che abbiano legittimato il figlio, ovvero dalla legge nazionale del genitore rispetto al quale soltanto la filiazione sia accertata, o del genitore il quale soltanto abbia legittimato il figlio"³⁷³. Questa ricostruzione della disciplina, però, non prendeva in considerazione il criterio di collegamento idoneo ad individuare la legge applicabile ai rapporti genitori figli nel caso in cui i genitori non avessero una legge nazionale comune, ma avessero entrambi legittimato il figlio, e nemmeno il caso in cui la filiazione fosse stata accertata rispetto a entrambi i genitori, non aventi nazionalità comune.

La Corte Costituzionale, dal canto suo, non ha dato risposte in tal senso, affermando di non poter pronunciare una sentenza additiva nel dichiarare la parziale illegittimità dell'art. 20 disp. prel., con la conseguenza che il problema è rimasto aperto fino all'entrata in vigore della legge 218/1995³⁷⁴.

³⁷² BENVENUTI, *Art. 20*, cit. pp. 198 e 216.

³⁷³ BENVENUTI, *Art. 20*, cit. p. 198.

³⁷⁴ PAGANO, *La legge regolatrice*, cit., colonna 2836, dove l'autore rende conto che sia nella sent. 71/1987, sia nella 477/1987, la Corte Costituzionale si è espressamente rifiutata di dare indicazioni al riguardo individuando o determinando - come peraltro le era stato chiesto dal giudice *a qua* della prima

In sintesi, al fine di regolare le controversie in materia di rapporti genitori figli, la Corte, da un lato, ha escluso per illegittimità costituzionale la prevalenza della legge nazionale del padre; dall'altro, ha mantenuto la scelta del legislatore del codice del 1942, che implicava una legge regolatrice unitaria in materia, specificando che, nel caso in cui la filiazione fosse accertata nei confronti di entrambi i genitori o entrambi avessero legittimato il figlio e comunque possedessero uguale cittadinanza, sarebbe stata questa loro legge comune a regolare unitariamente le relazioni con i figli. Nel caso in cui, invece, i genitori, di diversa cittadinanza, si trovassero in posizione differenziata rispetto al figlio, si sarebbe tenuto conto della legge nazionale del genitore che avesse stretto la relazione più intensa col figlio.

Il fatto che la Corte non si fosse espressa circa i casi di cittadinanza differente dei genitori, affidando tale compito all'interprete e al legislatore, ha lasciato aperti numerosi problemi, quali, ad esempio, la rilevanza della cittadinanza del genitore defunto. In tal caso, l'esigenza di tenere conto della relazione più stretta comportava che l'unica nazionalità rilevante, ai fini dell'individuazione della legge applicabile, fosse quella del genitore superstite³⁷⁵.

Un'altra caratteristica del criterio di collegamento dell'art. 20 co. 1 preleggi era costituita dalla circostanza che non veniva fissato un momento sicuro ai fini del rinvio all'ordinamento competente. Pertanto, la dottrina maggioritaria sosteneva la variabilità nel tempo della legge richiamata³⁷⁶. Si pensava, ad esempio, al caso in cui i genitori avessero acquistato una nuova cittadinanza comune, con la conseguenza che le norme regolatrici dei loro rapporti con i figli sarebbero state sostituite da quelle di un diverso ordinamento; oppure un ulteriore caso di mutamento della legge applicabile avrebbe potuto

pronuncia (Trib. Torino, ord. 11 gennaio 1985) - la norma che a seguito della sentenza avrebbe dovuto regolare la materia. La dottrina successiva ha, quindi, ipotizzato che, finché non sarebbe intervenuto il legislatore, nell'ipotesi in cui i coniugi non abbiano né abbiano mai avuto una cittadinanza comune, si sarebbe dovuto applicare l'art 17 disp. prel., pur con l'inconveniente del cumulo. In tal senso si sono espressi: PISILLO MAZZESCHI, voce "*Uguaglianza dei coniugi (dir. inter. priv.)*", in *Nov. Dig.*, appendice, Torino, 1987, VII, p. 967; GIARDINA, *La Corte Costituzionale e i rapporti tra coniugi nel diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1989, p. 217 dove si legge: " la soluzione più semplice e meno in disarmonia con le caratteristiche globali del sistema sembra quella di ricorrere alla norma generale di cui all'alt. 17 disp. prel.", ma a p. 235 l'autore avverte: " il cumulo porta (...) alla frantumazione di una complessiva relazione interpersonale in differenti serie di diritti e di doveri reciproci sottoposte ognuna ad una legge diversa, con il risultato di una disciplina di insieme che non corrisponde a nessuna di quelle previste dalle leggi cumulate".

³⁷⁵ BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 1974, p. 223, dove l'autore osserva che il rilievo dato al mutamento di cittadinanza fa sì che l'applicabilità di una data legge nazionale "non perdura quando è venuto meno il presupposto per la sua applicabilità all'origine", ne consegue che " non si può applicare la legge di un soggetto che più non esiste".

³⁷⁶ Così BALLADORE PALLIERI, *Diritto*, cit. p. 223; VITTA, *Diritto internazionale privato*, cit., pp. 404-406; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1986, p. 134.

riconnettersi al verificarsi di un fatto per il quale l'art. 20 co. 1 disp. prel. attribuiva rilievo alla cittadinanza di un unico genitore: si trattava del riconoscimento del figlio naturale da parte di un solo genitore, oppure della legittimazione del figlio ad opera di uno solo dei genitori³⁷⁷.

I problemi più interessanti dal punto di vista del sistema delle norme di conflitto, erano sicuramente quelli che si ponevano nel caso in cui i genitori avessero cittadinanze diverse tra loro.

Innanzitutto è bene precisare che la parziale dichiarazione di illegittimità dell'art. 20 delle preleggi non ha mai comportato la necessaria applicazione della *lex fori*, ma ha suggerito la possibilità di dare contemporanea rilevanza ad ambedue le leggi nazionali coinvolte³⁷⁸, oppure di lasciare all'interprete libertà di scelta, tra la legge nazionale della madre e quella del padre. L'obiettivo di entrambe le soluzioni era quello di realizzare, in concreto, il principio di eguaglianza che la Corte Costituzionale nelle sentenze n. 71/1987 e 477/1987 aveva voluto riaffermare. Tuttavia tali soluzioni non hanno avuto seguito³⁷⁹.

Un'altra ipotesi, si basava sull'*analogia juris* tra la lacuna creata con la parziale abrogazione dell'art. 20 ed i casi di assenza di cittadinanza *ex art. 29* preleggi che disponeva che: "se una persona non ha cittadinanza, si applica la legge del luogo dove risiede in tutti i casi nei quali secondo le disposizioni che precedono dovrebbe applicarsi la legge nazionale"³⁸⁰. Naturalmente, nel caso di rapporti genitori figli doveva trattarsi della residenza comune dei genitori, affinché il criterio di collegamento potesse operare in modo neutrale nei confronti di entrambi. Questa soluzione aveva senza dubbio il pregio di essere strettamente connessa al rapporto genitori figli ed, in modo particolare, al minore:

³⁷⁷ BENVENUTI, *Art. 20*, cit, p. 217.

³⁷⁸ Sul problema dei cumulo di leggi applicabili si vedano: PAGANO, *La legge regolatrice*, cit, colonne 2838-2841 e BENVENUTI, *Art. 20*, cit., p. 202-209 e 218: l'applicazione cumulativa o distributiva delle leggi nazionali dei genitori risulta piuttosto difficoltosa poiché nella maggior parte dei casi le relazioni genitori figli richiedono un trattamento unitario e difficilmente sono scindibili in rapporti madre-figlio o padre-figlio. Il riferimento è ai provvedimenti sulla potestà genitoriale, sugli obblighi di mantenimento, di educazione e di istruzione; fermo restando che, se la *ratio* dello specifico rapporto lo consentisse si potrebbe anche ritenere di applicare in modo distinto la legge di ciascun genitore. L'autore si dimostra favorevole a questa ipotesi, rispettosa del principio di uguaglianza indicato dalla Corte Costituzionale, ma, al contempo, non la considera idonea a salvaguardare l'unità familiare. In proposito: GIARDINA, *Eguaglianza dei coniugi*, cit, p. 22 ss..

³⁷⁹ BENVENUTI, *Art. 20*, cit, p. 218 e PAGANO, *La legge regolatrice*, cit, colonna 2844: l'autore critica aspramente la bilateralizzazione delle norme applicabili: "Rifarsi alla legge del marito o della moglie indifferentemente, così come a quella del padre o della madre, non serve praticamente a niente. Intanto non serve quando uno dei soggetti è cittadino, perché questo già giustifica l'applicazione del diritto italiano; ma, anche se i due fossero entrambi stranieri, questo metodo non condurrebbe molto lontano. L'alternatività di un siffatto riferimento (...) contrasta con l'esigenza di certezza che è propria dell'impostazione bilaterale e lascia indeterminato l'interesse che vorrebbe tutelare."

³⁸⁰ DAVI, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, Roma, 1981, p. 286 ss.

l'ordinamento della residenza dei genitori, infatti, corrisponde, per lo più, a quello della residenza abituale del figlio minore. Un ulteriore pregio era quello di non creare difformità nel trattamento dei minori all'interno dello stesso ambiente sociale, la legge applicata sarebbe stata, infatti, quella propria dell'ambiente in cui il minore viveva, con uno dei genitori, tutelando, così, al meglio il suo interesse. Inoltre, dal punto di vista del sistema di conflitto, questa ipotesi aveva il pregio di dare rilievo alla residenza quale criterio sostitutivo del collegamento della cittadinanza nel sistema comune di diritto internazionale privato *ante* riforma.

Tuttavia anche una soluzione così equilibrata presentava un punto debole: era, infatti, possibile che si verificassero casi - non rari, soprattutto, nella filiazione naturale - nei quali l'assenza di una legge nazionale comune ai genitori potesse essere accompagnata anche dall'assenza di una loro residenza comune³⁸¹.

Altri problemi riguardavano il caso in cui la residenza del figlio non corrispondeva a quella di nessuno dei genitori; questa, però, era un'ipotesi nella quale era difficile immaginare che l'art. 20 co. 1 disp. prel. potesse svolgere un ruolo apprezzabile nel rinvio al diritto straniero. Risultava, infatti, improbabile che nei casi in cui il figlio minore non convivesse con i genitori potessero presentarsi situazioni connesse all'esercizio della potestà genitoriale, plausibilmente sostituita da altri istituti di protezione del minore ai quali si riferiva l'art 21 disp. prel. cod. civ.³⁸².

Infine, la dottrina³⁸³ sembrava piuttosto concorde nell'escludere l'applicazione della *lex fori*, in favore del criterio di collegamento più stretto con la fattispecie, che in via di principio, pareva essere quello della residenza abituale della parte nel maggiore interesse della quale si svolge il rapporto. La residenza abituale del minore sembra rappresentare il collegamento più effettivo tra un minore e un luogo. Si consideri che il luogo di residenza abituale del minore è quello in cui egli ha i propri affetti, in cui ha fissato le proprie abitudini, anche a seconda dello stile di vita del luogo e dell'ambiente in cui il minore si confronta con i propri coetanei e con le loro famiglie³⁸⁴. Di conseguenza, se il giudice competente applicasse la legge del luogo di residenza del minore, il

³⁸¹ Sull'ipotesi della residenza comune ai genitori come criterio di collegamento si vedano ampiamente BENVENUTI, *Art. 20*, cit, pp. 218-222 e DAVI, *L'adozione*, cit, p. 289.

³⁸² Il motivo si riscontra all'art. 317 bis e. e. che dispone che l'esercizio dei poteri-doveri costituenti la potestà genitoriale presuppongono la convivenza del figlio con i genitori o con il genitore che la esercita. BENVENUTI, *Art. 20*, cit., p. 221.

³⁸³ DAVI, *L'adozione*, cit., p. 289; BENVENUTI, *Art. 20*, cit, p. 221; CENDON, *Art. 20*, cit, p. 93.

³⁸⁴ DROZ, *La protection des mineurs*, cit., p. 612 ; LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., pp. 530-532.

provvedimento adottato potrebbe risultare vicino allo stile di vita del minore o comunque non del tutto estraneo all'ambiente in cui il minore è abituato a vivere.

Il criterio di collegamento del luogo di residenza del minore per individuare la legge applicabile ai rapporti familiari, *latu sensu* intesi, era già stato considerato dalle convenzioni internazionali che lo Stato italiano aveva ratificato³⁸⁵. Esso, inoltre era anche stato preso in considerazione come possibile opzione normativa per la futura riforma del diritto internazionale privato - che invece, avrebbe considerato il criterio della legge nazionale del figlio per individuare la legge regolatrice dei rapporti tra genitori e figli - anche sulla scia delle riforme internazionalprivatistiche intervenute in alcuni Stati vicini all'ordinamento italiano³⁸⁶.

4. *La legge applicabile ai rapporti genitori figli ex art. 36 l. 218/1995*

In considerazione dei valori costituzionali come il principio di eguaglianza, *ex art. 3 Cost.*, ed il principio di parità tra i coniugi, *ex art. 29 Cost.*, si rendeva necessaria una revisione dei criteri di collegamento previsti dalle norme di conflitto italiane in materia di diritto di famiglia, nonché un adeguamento del diritto interno al diritto internazionale convenzionale. Tali esigenze venivano avvertite, in particolare, con riferimento alla competenza giurisdizionale e alla scelta della legge applicabile alle controversie relative ai rapporti familiari, ambito ove, ormai, i criteri di collegamento e di giurisdizione accolti dalle preleggi e nel codice di procedura civile si dimostravano inadeguati ed anacronistici rispetto al mutato sentire sociale ed ai cambiamenti intervenuti in ambito giuridico. Questa inadeguatezza si era tradotta in vere e proprie lacune legislative circa l'individuazione della legge applicabile ai rapporti familiari, lacune colmabili, forzatamente, ricorrendo all'applicazione in via analogica di norme di portata generale³⁸⁷.

La riforma del 1995 ha avuto il merito di risolvere il problema.

³⁸⁵ Conv. dell'Aja del 25 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori; Conv. di Strasburgo del 24 aprile 1967, sull'adozione dei minori; Conv. di Lussemburgo del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento; Conv. de l'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori; Conv. di New York del 20 novembre 1989, sui diritti del fanciullo.

³⁸⁶ Il riferimento è alla legge federale del diritto internazionale svizzero, del 18 dicembre 1987, RS 291, nonché alla legge 25 luglio 1986 sulla nuova disciplina del diritto internazionale privato della Repubblica Federale di Germania, *Einfuehrungsgesetz zum Buergerlichen Gesetzbuche*.

³⁸⁷ CONETTI, *I rapporti di famiglia nella riforma di diritto internazionale privato*, in *fam. dir.*, 1995, pp. 320-321.

In primo luogo si può notare come molte delle norme che oggi disciplinano le fattispecie ricomprese nella generica dizione “rapporti di famiglia” non trovino il loro corrispondente nella disciplina abrogata. Come si è visto, essa prevedeva la norma generale dell’art. 17 disp. prel. cod. civ., alla quale si affiancavano le norme di carattere speciale: gli artt. 18, 19 e 20³⁸⁸.

Tra i contenuti più innovativi della riforma vi è senza dubbio la norma di conflitto sui rapporti genitori figli: la regola della patria potestà è stata definitivamente sostituita dal principio della preminenza degli interessi dei figli rispetto a quelli del padre (ormai, dei genitori)³⁸⁹. Più in generale, tutti gli articoli concernenti il rapporto di filiazione (cioè l’art. 33, “Filiazione”, l’art. 34 “Legittimazione”, l’art. 35, “Riconoscimento di figlio naturale”, l’art. 36, “Rapporti tra genitori e figli” e l’art. 37, “Giurisdizione in materia di filiazione”) sono da ritenersi innovativi rispetto alla disciplina abrogata, nella quale il criterio di collegamento individuato era sostanzialmente sempre quello della legge nazionale del padre.

Le norme del nuovo sistema di diritto internazionale privato, invece, pur mantenendo il criterio della cittadinanza, lo trasferiscono da un soggetto ad un altro, dando maggior peso agli interessi dei figli rispetto a quelli dei genitori. Viene così stabilito: *a*) che lo *status* di figlio va determinato alla luce della legge nazionale di quest’ultimo, al momento della sua nascita (art. 33); *b*) che sia ancora la legge nazionale del figlio (però al momento della sua legittimazione) a regolarne la legittimazione (art. 34); *c*) che è comunque ancora la legge nazionale del figlio (al momento della nascita) a regolare anche il riconoscimento del figlio naturale, a meno che non sia più favorevole al figlio quella nazionale del soggetto che opera il riconoscimento (art. 35); *d*) che, infine, è ancora una volta, tale legge a regolare i rapporti patrimoniali e personali tra genitori e figli, compresa la potestà dei genitori (art. 36)³⁹⁰.

In definitiva, tutte le norme di conflitto riferibili *latu sensu* ai rapporti di filiazione (artt. 33-37) sono da considerarsi completamente innovative rispetto alla disciplina precedente, compreso l’art. 36. L’aspetto più nuovo consta nell’indicazione della legge nazionale dei

³⁸⁸ Per un breve commento alla disciplina internazionalprivatistica prima della riforma del 1995 di veda: GIARDINA, *Note introduttiva agli articoli 17-21, 32 e 26*, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI, *Commento al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, pp. 79-88.

³⁸⁹ MERELLO, *I rapporti personali tra genitori e figli*, in *Dir. fam.*, 2003, p. 791 ss.

³⁹⁰ CLERICI, *Dieci anni di applicazione delle nuove norme di diritto internazionale privato sui rapporti familiari*, in PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, Trento, 2006, pp. 83-108.

figli, quale fonte di disciplina dei rapporti personali e patrimoniali con i genitori, ivi compresa la potestà di questi ultimi.

Il criterio di collegamento previsto dall'art. 36, oltre a spostare l'attenzione sul figlio, risulta essere estremamente lineare: esso è da considerarsi criterio unico³⁹¹, in quanto operante sia in caso di filiazione legittima che naturale³⁹². L'unicità del criterio di collegamento, incentrato sulla figura del figlio, ha eliminato ogni rilevanza della nazionalità dei genitori, risolvendo, così, il problema della legge applicabile alle controversie in materia di rapporti genitori figli, ove i primi avessero cittadinanze diverse, problema che, come si è visto, rimaneva aperto nel vigore della disciplina internazionalprivatistica vigente prima della riforma³⁹³.

Nell'ambito di applicazione materiale dell'art. 36 rientrano tutte le questioni riguardanti i rapporti personali e patrimoniali, nonché la potestà genitoriale. Di conseguenza è possibile affermare che l'art. 36 si estenda a tutti i diritti e doveri reciproci, di carattere personale (quali quelli relativi all'assistenza morale e materiale, e quelli relativi all'istruzione ed educazione in generale) e di carattere patrimoniale (quali i poteri dei genitori di amministrazione dei beni dei figli, ed in generale di rappresentanza ed usufrutto legale), a prescindere dalla natura del rapporto di filiazione ed esercitati nell'interesse dei figli, ad esclusione di quanto attiene alla protezione dei minori ed agli obblighi alimentari, espressamente regolati rispettivamente dagli artt. 42 e 45 l. 218/1995 nonché dagli accordi internazionali richiamati da queste ultime norme³⁹⁴.

L'art. 36, riconducendo alla legge nazionale del figlio anche le causa di cessazione della potestà genitoriale, risulta in piena coerenza con le statuizioni della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961³⁹⁵ - richiamata dall'art. 42 per disciplinare la protezione dei minori – in base alla quale, la cessazione degli “istituti protettivi”, nonché dei rapporti di autorità cui il minore sia assoggettato, è disciplinata dalla legge nazionale di quest'ultimo, sebbene, in generale, tale Convenzione rimandi alla legge dello Stato di residenza abituale del minore³⁹⁶.

³⁹¹ Così: CONETTI, *Art. 36*, cit., p. 142; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte speciale, Vol. II*, cit., p. 95; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 467.

³⁹² Nel disposto dell'art. 36 non si trova alcuna differenza circa la filiazione legittima e naturale, diversamente da quanto si riscontra nelle altre norme di conflitto riguardanti i rapporti familiari.

³⁹³ CAMPIGLIO, *Art. 36*, cit., p. 91; CONETTI, *Art. 36*, cit., p. 49.

³⁹⁴ CAMPIGLIO, *Art. 36 l. 218/1995*, cit., p. 1198.

³⁹⁵ Cfr. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte Speciale*, Torino, 1997, p. 77.

³⁹⁶ BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 456: è ancora la legge nazionale del figlio a regolare la titolarità della potestà, le sue modalità di esercizio nonché i poteri di amministrazione e di rappresentanza spettanti sui beni dei figli, però, per le cause di cassazione della potestà e per le altre

Infine si precisa che, qualora l'Italia ratificasse la nuova Convenzione sulla protezione dei minori, di revisione della Convenzione dell'Aja del 1961, la legge applicabile all'attribuzione o all'estinzione della responsabilità genitoriale non sarebbe più quella "nazionale" del fanciullo, ma quella dello Stato della sua residenza abituale, *ex art. 16, par. 1 della nuova Convenzione dell'Aja*³⁹⁷.

5. *La legge applicabile alle misure di protezione del minore ex art. 42 l. 218/1995*

In forza del rinvio alla Convenzione dell'Aja del 1961, contenuto all'art. 42 l. 218/95³⁹⁸, al fine di individuare la legge applicabile alle questioni in materia di protezione dei minori, vengono in rilievo gli artt. 1 e 3: si profila, quindi, la necessità di coordinare tra loro le norme di conflitto. Da un lato, vi è il criterio di collegamento individuato all'art. 36 l. 218/1995 che opera in riferimento alle controversie relative alla potestà genitoriale e ai rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli; dall'altro vi è l'art. 42 l. 218/1995 che si riferisce alla generica categoria delle misure di protezione del minore e rinvia agli artt. 1 e 3 della Convenzione.

La Convenzione dell'Aja del 1961 non indica in modo esplicito i criteri di collegamento per determinare la legge applicabile in materia di protezione dei minori³⁹⁹, ma fa riferimento solamente alla coincidenza tra *forum* e *ius*.

Infatti, l'art. 1 attribuisce la competenza giurisdizionale al giudice del luogo in cui il minore ha la sua abituale residenza e l'art. 2 stabilisce che per le questioni in materia di protezione del minore, il giudice è chiamato a prendere le misure previste dalla propria legislazione interna. Ciò significa che, il giudice competente a decidere una controversia

misure protettive che possono incidere sul suo esercizio, occorre tener conto anche delle altre norme della Convenzione dell'Aja del 1961, ed ancora, ad esse bisogna ricorrere anche per la risoluzione delle questioni relative alla contrarietà all'ordine pubblica di una legge straniera che non preveda la decadenza della potestà, neppure nei casi più gravi.

³⁹⁷ PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., pp. 732-733.

³⁹⁸ Sulla natura del rinvio "in ogni caso" contenuto all'art. 42 l. 218/95, cfr. par. Cap. II.

³⁹⁹ L'art. 3 della Convenzione, infatti, non è strutturato come una tradizionale norma di conflitto (fatispecie astratta – criterio di collegamento), la dottrina si è chiesta se esso sia da considerarsi una norma di conflitto in senso stretto e, quindi, idonea ad indicare la legge applicabile ad un rapporto d'autorità, oppure se sia esclusivamente una norma di competenza internazionale, poiché si limiterebbe ad indicare nello Stato in cui il rapporto si è costituito l'unico che abbia giurisdizione in merito alle modifiche del rapporto stesso. Si veda: BONOMI, *La Convenzione dell'Aja del 1961*, cit., pp. 622-624.

in materia di protezione del minore, sarà quello del luogo di residenza del minore, che applicherà la legge del proprio foro.⁴⁰⁰

Un'eccezione a questa regola generale è rappresentata dall'art. 3 della Convenzione, il quale prevede che ai rapporti sorti *ex lege* (i c.d. rapporti di pieno diritto o di autorità)⁴⁰¹ si debba applicare la legge nazionale del minore, anziché quella della residenza abituale di quest'ultimo.

Pertanto, sotto il profilo della legge applicabile, si riscontrano due regimi differenti: uno relativo ai rapporti *ex lege*, l'altro relativo alle questioni che non attengono ai rapporti d'autorità.

I primi sono sempre regolati dalla legge nazionale del minore, con il limite dell'art. 8 della Convenzione, secondo cui in caso di pericolo per il minore o per i suoi beni, saranno le autorità dello Stato di residenza del minore ad adottare le misure tese alla sua protezione.

I secondi sono principalmente regolati dalla legge dello Stato di residenza abituale del minore, *ex artt.* 1 e 2 della Convenzione, e, in via sussidiaria, dalla legge nazionale del minore secondo il disposto degli artt. 4 e 5 co. 3. L'art. 4 prevede che, quando l'interesse del minore lo esige, le autorità dello Stato di cittadinanza del minore possano adottare le misure tese alla sua protezione, applicando la loro legge interna, a condizione che abbiano informato le autorità dello Stato di residenza. L'art. 5 co. 3 dispone che le misure di protezione adottate dallo Stato di cittadinanza di un minore, poi trasferito, restino in vigore nello Stato di nuova residenza abituale.

Il quadro della legge applicabile alle questioni concernenti la protezione dei minori risulta piuttosto articolato, tuttavia le scelte operate in seno alla Commissione per la Convenzione dell'Aja del 1961 risultano razionali.

Benchè possa sembrare una considerazione ovvia, la scelta della coincidenza tra *forum* e *ius* presenta un indubbio vantaggio in termini di chiarezza e semplicità⁴⁰²: l'autorità competente, infatti, dovrà applicare la legge del proprio foro, legge che il giudice conosce meglio. Il criterio della residenza abituale risponde meglio allo scopo della Convenzione: garantire al minore la migliore protezione possibile, sottoponendolo alle decisioni delle

⁴⁰⁰ VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 222.

⁴⁰¹ Per rapporti *ex lege* si intendono tutti quei rapporti giuridici che trovano la loro fonte diretta in una norma di legge; di conseguenza, per la loro costituzione non necessitano di alcun intervento dell'autorità giudiziaria o amministrativa. Così FRANCHI, *Art. 42*, cit., p. 1247; VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., pp. 227-228.

⁴⁰² VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 226.

autorità che possono accertare in modo più efficiente la situazione in cui il minore versa ed applicando la legge del luogo sociale in cui il minore vive. Bisogna, infatti, riconoscere che le autorità dello Stato di residenza del minore sono quelle che meglio conoscono l'ambiente sociale in cui il minore vive, nonché le misure di protezione applicabili in quello stesso spazio. Esse, inoltre, per accertare la situazione in cui versa il minore, possono servirsi agevolmente dei servizi collaterali, come ad esempio i servizi sociali. Diversamente, un simile accertamento sarebbe difficoltoso per le autorità di un Paese diverso da quello in cui il minore e la sua famiglia vivono.

Inoltre, il criterio della residenza abituale del minore, costituendo una nozione di fatto e non un concetto di diritto (come ad esempio il domicilio) si presta meno a dubbi interpretativi, tuttavia, non si può pretendere che la sua nozione venga interpretata nello stesso modo da tutti gli Stati contraenti. I dubbi interpretativi possono essere ridotti se si considera la residenza abituale come il centro effettivo della vita del minore. La durata della residenza in un determinato luogo può essere rilevante ma non sempre decisiva: infatti, un soggiorno, anche prolungato, in un centro minorile (orfanotrofio, ospedale, riformatorio) non rappresenterà una residenza abituale se si può constatare che il minore è ancora legato ad un altro luogo⁴⁰³.

Considerando che la Convenzione dell'Aja del 1961 è destinata ad essere sostituita da quella del 1996, è opportuno accennare ai possibili aspetti di quest'ultima.

Il problema della legge applicabile è affrontato in maniera più dettagliata nella Convenzione dell'Aja del 1996 rispetto a quella del 1961: la prima, infatti, dedica al diritto internazionale privato gli articoli dal 15 al 22, mentre le sole norme sulla legge applicabile considerate dalla Convenzione dell'Aja del 1961 sono gli articoli 2, 3 e 4⁴⁰⁴.

La Convenzione dell'Aja del 1996 regola l'individuazione della legge applicabile in materia di protezione dei minori in due distinte ipotesi: legge applicabile alle misure di protezione della persona e dei beni del minore e legge applicabile all'attribuzione e all'estinzione della responsabilità genitoriale, intesa come insieme dei diritti e dei doveri di una persona fisica o giuridica nei confronti di un minore..

L'art. 15 della Convenzione dell'Aja del 1996 - al pari dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1961 - considera come soluzione generale la coincidenza tra *forum* e *ius*, facendo quindi in modo che l'autorità competente applichi il diritto materiale dell'ordinamento di appartenenza. A tale regola generale viene posto un temperamento:

⁴⁰³ VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., pp. 221- 226. Sul criterio della residenza abituale cfr. Cap. II.

⁴⁰⁴ PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., p. 730 ss..

l'art. 15 par. 2, infatti, prevede che, quando la protezione del minore lo richieda, l'autorità competente possa applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato contraente con il quale la fattispecie presenta un collegamento significativo. In tal caso, ai sensi dell'art. 21 par. 1, la legge designata è quella interna dello Stato contraente, con cui la fattispecie presenta un collegamento rilevante e non quella ricavabile dalle sue norme di conflitto.

La possibilità per l'autorità competente di applicare, al posto della *lex fori*, una legge straniera con la quale la fattispecie abbia un collegamento stretto, può comportare, ad esempio, che il giudice del divorzio possa evitare di applicare la *lex fori* alle sole misure di protezione del minore, quando il matrimonio sia stato sciolto secondo una legge diversa e, quindi, possa applicare quest'ultima anche alle misure accessorie di protezione; oppure ancora, ai sensi dell'art. 15 par. 2, si consente alle autorità dello Stato di residenza del minore di applicare la legge nazionale di quest'ultimo o la legge del luogo in cui si trovano i suoi beni, senza dover ricorrere (al fine di raggiungere lo stesso risultato) al meccanismo di remissione previsto dall'art. 8 della Convenzione dell'Aja del 1996⁴⁰⁵.

L'art. 16 della nuova Convenzione individua la legge applicabile all'attribuzione e all'estinzione *ex lege* della responsabilità genitoriale mediante il criterio di collegamento della residenza abituale del minore. La lettera di tale norma è senza dubbio più chiara di quella dell'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1961 (che non determina la legge applicabile con la tipica formulazione binomica delle norme di conflitto, bensì sancendo il riconoscimento in tutti gli Stati contraenti dei rapporti d'autorità previsti dalla legge dello Stato di residenza abituale del minore) risolvendo i problemi interpretativi legati a quest'ultima norma⁴⁰⁶.

L'art. 16 presenta alcuni vantaggi: da un lato, la previsione dello stesso criterio di collegamento considerato dalle norme di conflitto sulle misure di protezione dei minori, comporta un'uniformità della disciplina della responsabilità genitoriale; dall'altro, la formulazione precisa e dettagliata della norma fa sì che essa possa essere considerata di carattere generale⁴⁰⁷, ed in quanto tale, destinata a prendere il posto, negli ordinamenti

⁴⁰⁵ Cfr. Cap. II par. 3.

⁴⁰⁶ SIEHR, *Muenchener Kommentar*, cit., p. 1209 ss..

⁴⁰⁷ L'art. 16 non si riferisce solamente all'attribuzione e all'estinzione della responsabilità genitoriale *ex lege*, ma anche alla responsabilità genitoriale attribuita mediante accordo delle parti o atto unilaterale, pertanto esso si applica ad una categoria di ipotesi che può essere considerata intermedia tra i casi di attribuzione *ex lege* e quelli derivanti dall'assunzione di una misura di protezione in senso stretto, mediante decisione giurisdizionale. Così PICONE, *La nuova Convenzione*, cit., p. 733.

nazionali, delle corrispondenti norme di conflitto. Ciò significa che, nel caso in cui l'Italia ratificasse la Convenzione dell'Aja 1996, l'art. 36 della legge 218/1995 vedrebbe ulteriormente ridotto il proprio ambito di applicazione dovendosi richiamare in materia di responsabilità genitoriale l'art. 16 della Convenzione, norma che prevede come criterio di collegamento la residenza abituale del minore e non la sua legge nazionale, come indicato *ex art. 36 l. 218/995*. Da questo punto di vista, si evidenzia il progressivo allontanamento dal criterio della cittadinanza, criterio che, pur essendo piuttosto rilevante in materia familiare, assume un ruolo sempre più residuale, in favore del criterio della residenza abituale, di più facile individuazione ed applicazione⁴⁰⁸.

Inoltre, i paragrafi 3 e 4 dell'art. 16 considerano il c.d. *conflict mobile* nei casi di cambiamento di residenza, prevedendo rispettivamente l'ultrattività della responsabilità genitoriale risultante dalla legge in precedenza applicabile e la possibilità di investire *ex novo* di tale diritto/dovere una persona fisica o giuridica, ai sensi della nuova legge applicabile⁴⁰⁹.

All'art. 16 seguono altre disposizioni sulla legge applicabile alla responsabilità genitoriale: l'art. 17 sul cambiamento di residenza; l'art. 18 sulla possibilità di modificare i termini di esercizio della responsabilità genitoriale mediante misure validamente prese ai sensi della Convenzione; l'art. 19 sulla protezione del terzo in buona fede che abbia concluso un atto con una persona avente la qualifica di legale rappresentante del minore ai sensi della *lex loci actus*, ma non secondo la legge applicabile *ex art. 16* della Convenzione; l'art. 22 sull'ordine pubblico come limite all'applicazione della legge straniera, orientato al superiore interesse del minore⁴¹⁰.

L'art. 20 della Convenzione dell'Aja del 1996 precisa che la legge applicabile alla responsabilità genitoriale può anche essere quella di uno Stato non contraente. Tale disposizione comporta un'importante differenza nel regime della legge applicabile previsto dalla Convenzione: mentre alle misure di protezione dei minori è applicabile, in via generale, la *lex fori* dello Stato la cui autorità giurisdizionale o amministrativa è investita di competenza ai sensi della Convenzione (salvo i casi *ex art. 8* e *ex art. 15 par.*

⁴⁰⁸ Sui problemi applicativi del criterio della cittadinanza cfr. Cap. III par. 7; sul criterio generale della residenza abituale del minore cfr. Cap. II par. 2.1 e par. 3.

⁴⁰⁹ PICONE, *La nuova Convenzione*, cit., p. 733. Secondo l'autore, tale soluzione lascia aperta una questione: la norma sembra costituire una regola materiale di diritto internazionale che, in forza dell'art. 16 par. 4, sia volta ad ammettere la possibilità di un esercizio congiunto della responsabilità genitoriale da parte dei titolari di quest'ultima ai sensi della precedente e della nuova legge di residenza abituale, senza però regolare i conflitti che potrebbero sorgere.

⁴¹⁰ Sull'ordine pubblico cfr. Cap. IV par. 4.

2), nelle controversie in materia di responsabilità genitoriale si tiene conto precisamente della legge dello Stato di residenza abituale del minore, che potrebbe anche non coincidere con la *lex fori*, ove, ad esempio, le autorità competenti siano quelle di uno Stato contraente diverso da quello della residenza abituale; pertanto, nel caso potrebbe essere applicata la legge di uno Stato non contraente⁴¹¹.

6. *Il coordinamento delle norme di conflitto.*

La differenza di regime tra i rapporti d'autorità e quelli in mancanza di autorità pone, in primo luogo, il problema della qualificabilità della potestà genitoriale come rapporto d'autorità⁴¹² e, di conseguenza, una serie di questioni sul rapporto tra l'art. 36 l. 218/1995 e la Convenzione dell'Aja del 1961.

Ammettendo che la potestà genitoriale possa essere considerata come rapporto *ex lege*, il criterio di collegamento rilevante risulterebbe essere quello della legge nazionale del figlio, sia ai sensi dell'art. 3 della Convenzione sia ai sensi dell'art. 36 l. 218/1995. Si rileva, quindi una parziale coincidenza tra le due norme di conflitto considerate⁴¹³.

Inoltre, ai sensi della Convenzione, la legge nazionale del minore disciplina ogni aspetto della potestà, quindi, non solo le persone che ne sono investite, ma anche i loro poteri e l'esercizio di questi. Ciò risulta con chiarezza dal combinato disposto degli artt. 1, 2 e 8 della Convenzione: i primi due, nell'attribuire la competenza giurisdizionale alle autorità dello Stato di residenza, che applicheranno la loro legge, fanno espressa riserva dell'art. 3, mentre l'art. 8 conferma che, rispetto ai rapporti *ex lege* di cui all'art. 3, le autorità della residenza potranno applicare la propria legge solo in via eccezionale, allorché il minore sia minacciato da un pericolo alla sua persona o ai suoi beni⁴¹⁴. In altri termini, in caso di pericolo per la persona o per i beni del minore, il giudice competente ha la facoltà di applicare la legge dello Stato di residenza del minore, anziché quella dello Stato di cui è cittadino. Una simile disposizione, tuttavia, non risulta dalla lettera dell'art. 36: ciò non significa, però, che vi sia un contrasto tra la disciplina convenzionale e quella nazionale.

⁴¹¹ PICONE, *La nuova Convenzione*, cit., p. 732; in linea con l'art. 20, l'art. 21 par. 1 della Convenzione prevede l'accoglimento del rinvio oltre accettato.

⁴¹² VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 224: risulta con chiarezza l'inclusione della potestà genitoriale tra gli istituti oggetto della Convenzione. Dello stesso avviso: CAPOTORTI, *La capacité en droit*, cit., p. 231; DROZ, *La protection des mineurs*, cit., p. 609; BENVENUTI, *Art. 21*, cit., p. 247.

⁴¹³ CARELLA, *Art. 36*, cit., p. 1199.

⁴¹⁴ DROZ, *La protection des mineurs*, cit., pp. 614-615.

Infatti, l'applicazione della legge di residenza in luogo di quella di cittadinanza, in caso di pericolo per la persona o per i beni del minore, non rappresenta un obbligo per il giudice, bensì una facoltà, pertanto si può ipotizzare che il legislatore nazionale abbia rinunciato a tale facoltà, disponendo con l'art. 36 un'applicazione senza eccezioni della legge nazionale del minore⁴¹⁵.

Diversamente, non è derogabile l'art. 4 co. 3 della Convenzione, ai sensi del quale le misure adottate dall'autorità dello Stato in cui il minore ha la sua residenza devono essere sostituite da quelle eventualmente adottate dallo Stato di cui il minore è cittadino: una simile disposizione integra la disciplina dell'art. 36. Ciò significa, ad esempio, che il giudice italiano potrà concedere l'autorizzazione all'accettazione dell'eredità da parte di un minore che sia richiesta dalla legge nazionale di quest'ultimo; tuttavia, tale provvedimento potrà essere sostituito da quello che, eventualmente, verrà preso dalle autorità dello Stato di cui il minore è cittadino⁴¹⁶.

Un'ultima considerazione sul rapporto tra l'art. 36 e l'art. 42 riguarda il meccanismo del rinvio. La Convenzione dell'Aja del 1961, in materia di potestà genitoriale, rinviando alla legge interna dello stato di cui il minore è cittadino, intende eliminare il rinvio⁴¹⁷. Pertanto, poiché *ex art. 13 co. 4 l. 218/1995* quando viene dichiarata "in ogni caso applicabile una convenzione internazionale, si segue sempre, in materia di rinvio, la soluzione adottata dalla convenzione", deve ritenersi non ammesso il rinvio, limitatamente all'istituto della potestà genitoriale.

Infine, è ben precisare come l'art. 36 possa condizionare di frequente l'applicazione dell'art. 42, nel momento in cui alla cessazione della potestà genitoriale consegue l'instaurazione della tutela. In tal caso, infatti, è necessario applicare, in prima battuta l'art. 36 per accertare se sussista una causa di cessazione della potestà e, successivamente, si applicherà l'art. 42 per stabilire se, venuta meno, al potestà, possa aprirsi la tutela⁴¹⁸.

Il coordinamento delle norme di conflitto finora esposto riceverà certamente qualche modifica con la ratifica, anche da parte dell'Italia, della Convenzione dell'Aja del 1996. In particolare, l'art. 51 di quest'ultima sancisce che la nuova Convenzione si sostituirà

⁴¹⁵ CARELLA, *Art. 36*, cit., p. 1199.

⁴¹⁶ CARELLA, *Art. 36*, cit., p. 1119.

⁴¹⁷ DROZ, *La protection des mineurs*, cit., p. 612.

⁴¹⁸ Sono di tale avviso: MOSCONI, *Tutela e curatela*, cit., p. 959; BENVENUTI, *Art. 20*, cit., p. 211; CARELLA, *Art. 36*, cit., p. 1199. Di parere contrario: MORELLI, *Elementi di diritto internazionale*, cit., p. 136, secondo il quale, la cessazione della potestà, a cui segue l'instaurazione della tutela, ricadrebbe sotto al legge regolatrice di quest'ultima, essendo una questione preliminare di merito. Sulle questioni preliminari alla potestà genitoriale: ROSSOLILLO, *Identità personali e diritto internazionale privato*, Padova, 2009, p. 13.

alle precedenti (Convenzione dell'Aja del 1902 e Convenzione dell'Aja del 1961) nei rapporti tra gli Stati contraenti, facendo però salvo il riconoscimento delle misure prese ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1961⁴¹⁹. A tal proposito si sottolinea come tra le principali differenze tra la Convenzione dell'Aja del 1996 e quella del 1961 vi sia l'eliminazione, nella prima, di ogni competenza, a titolo diretto, delle autorità dello Stato di cittadinanza del minore, il che significa, in forza della coincidenza tra *forum* e *ius*, che anche il ruolo della legge nazionale del minore assumerà meno rilevanza nella disciplina della responsabilità genitoriale. Inoltre, la contrapposizione tra la competenza delle autorità dello Stato nazionale del minore (ai sensi della Convenzione del 1961) e la competenza di quelle dello Stato della sua residenza abituale (ai sensi della Convenzione del 1996) potrebbe comportare contraddizioni rilevanti nei rapporti tra due Stati contraenti della precedente Convenzione di cui solo uno divenga parte della nuova⁴²⁰.

Ai fini del coordinamento delle fonti, oltre al menzionato art. 51, viene in rilievo l'art. 50 della Convenzione dell'Aja del 1996 che regola il rapporto tra la nuova Convenzione dell'Aja e la Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, sancendo la prevalenza di quest'ultima sulla prima⁴²¹. Tuttavia, la norma precisa che si possa ricorrere all'applicazione della Convenzione del 1996, in aggiunta alle disposizioni della Convenzione del 1980, allo scopo di ottenere il ritorno di un minore illecitamente trasferito o di riorganizzare il diritto di visita. Alla luce di tale rapporto tra le due Convenzioni si sottolinea l'illogicità dell'art. 7 par. 1 della Convenzione dell'Aja del 1996⁴²², per il quale, anche tra gli Stati contraenti di entrambe le Convenzioni, una decisione sul non ritorno del minore, assunta *ex art.* 13 della

⁴¹⁹ Art. 51 Convenzione dell'Aja del 1996: Nei rapporti fra gli Stati contraenti, la presente Convenzione sostituisce la Convenzione del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minorenni e la Convenzione per regolare la tutela dei minorenni, firmata all'Aia il 12 giugno 1902¹, fermo restando il riconoscimento delle misure adottate secondo la citata Convenzione del 5 ottobre 1961.

⁴²⁰ PICONE, *La nuova Convenzione*, cit., p. 742.

⁴²¹ Art. 50 Convenzione dell'Aja del 1996: La presente Convenzione non interferisce con la Convenzione del 25 ottobre 1980¹ sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, nelle relazioni fra le Parti di entrambe le Convenzioni. Niente impedisce tuttavia che siano invocate disposizioni della presente Convenzione per ottenere la consegna di un minore che sia stato trasferito o trattenuto illecitamente, o per organizzare il diritto di visita.

⁴²² Art. 7 par. 1 Convenzione dell'Aja del 1996: 1. In caso di trasferimento o di mancato ritorno illecito del minore, le autorità dello Stato contraente in cui il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato ritorno conservano la competenza fino al momento in cui il minore abbia acquisito una residenza abituale in un altro Stato e: a. qualsiasi persona, istituzione o altro ente avente il diritto di affidamento abbia acconsentito al trasferimento o al mancato ritorno; o b. il minore abbia risieduto nell'altro Stato per un periodo di almeno un anno a decorrere da quando la persona, l'istituzione o qualsiasi altro ente avente il diritto di affidamento ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere il luogo in cui si trovava il minore, nessuna domanda in vista del ritorno presentata in quel periodo sia in corso di esame e il minore si sia integrato nel suo nuovo ambiente.

Convenzione dell'Aja del 1980, non è sufficiente a far venire meno la competenza delle autorità dello Stato della precedente residenza abituale del minore, ai sensi della nuova Convenzione⁴²³.

7. Alcuni problemi di funzionamento del criterio della cittadinanza

L'applicazione del criterio di collegamento della cittadinanza del minore, previsto *ex* artt. 3 e 4 della Convenzione dell'Aja del 1961 ed *ex* art. 36 l. 218/95, può trovare ostacolo nei casi di cittadinanza doppia, plurima, inesistente (apolidia), ineffettiva e priva di rilevanza (nell'ipotesi del rifugiato che abbia troncato i rapporti con il Paese di provenienza, di cui abbia ancora formalmente la cittadinanza, ma che si sia stabilmente inserito nella società del Paese d'asilo) oppure, ancora, nel caso di cambio di nazionalità.

La Convenzione dell'Aja del 1961, pur adottando come criterio di collegamento la legge nazionale del minore, nulla dispone circa il funzionamento di quest'ultimo nei casi di minore apolide, rifugiato o con più cittadinanze. Per colmare una simile lacuna, occorre quindi far riferimento all'art. 19 della legge di riforma del diritto internazionale privato italiano.

Il funzionamento del criterio della cittadinanza è analogo nei casi di minori apolidi e rifugiati.

In primo luogo, entrambi i casi sono disciplinati dalla medesima norma di conflitto: l'art. 19 comma primo della l. 218/95. Esso individua come criteri di collegamento sussidiari alla cittadinanza, quello del domicilio ed, in mancanza di quest'ultimo, quello della residenza.

Per quanto riguarda gli apolidi⁴²⁴, una simile previsione è in linea con le disposizioni della Convenzione di New York del 1954 sullo statuto degli apolidi⁴²⁵, fonte alla quale il legislatore italiano si è chiaramente ispirato⁴²⁶.

⁴²³ PICONE, *La nuova Convenzione*, cit., pp. 742-743.

⁴²⁴ Sull'apolidia in generale si vedano: STROZZI, voce "Apolidia", in *Digesto – Disc. Pubbl.*, IV ed., Torino, 1987, p. 284 ss; BAREL, voce "Apolidia", in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 2 ss.. App. Roma, 22 aprile 2003, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1483 ss. con nota di MOROZZO DELLA ROCCA: "Per la prova dell'apolidia è sufficiente una prova indiziaria, essendo evidentemente diabolica la prova rigorosa che nessuno degli Stati consideri suo cittadino il richiedente. Il riconoscimento dello *status* di apolide può essere richiesto allo Stato di attuale residenza, intesa come presenza effettiva sul territorio, con carattere di stabilità, non essendo requisiti necessari per l'accertamento, il fatto dell'abituale residenza, l'iscrizione anagrafica od il possesso del permesso di soggiorno in corso di validità.". Trib. Milano, 05 marzo 2003, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1284: "la condizione di apolidia può essere accertata non solo in relazione all'esistenza

E' bene osservare come i criteri sussidiari indicati all'art. 19 l. 218/95 si riferiscano in linea generale a tutti gli apolidi e a tutti i casi in cui sarebbe richiamata la legge nazionale⁴²⁷, mentre la Convenzione di New York del 1954 concerne solo la disciplina dello *status* personale, ai sensi dell'art. 12 paragrafo 1, ed esclude, ex art. 1, alcune categorie di apolidi. Di conseguenza in dottrina si discute se l'espressione "statuto personale", utilizzata dalla convenzione, sia da intendere in senso stretto – comprendendo solo la capacità, i rapporti di famiglia ed eventualmente i rapporti patrimoniali tra coniugi ed i rapporti successori – oppure in senso lato, estendendosi a tutte le materie per le quali è richiamata la legge nazionale⁴²⁸.

Le considerazioni svolte per gli apolidi valgono in larga parte anche per i rifugiati⁴²⁹: come anticipato, è sempre il primo comma dell'art. 19 l. 218/95 che individua il domicilio e la residenza come criteri di collegamento sussidiari rispetto a quello della cittadinanza. Inoltre, parimenti a quanto considerato sugli apolidi, anche con riferimento ai rifugiati, la norma di conflitto italiana è in linea con le disposizioni convenzionali, in particolare con la Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951⁴³⁰, che richiama in prima battuta la legge dello Stato di domicilio e, in mancanza, quella dello Stato di residenza al fine di individuare la legge applicabile alla disciplina dello *status* personale di rifugiato. A tal proposito si pone la questione se possano qualificarsi come rifugiati, ai sensi dell'art. 19, anche le persone che non siano definibili come tali secondo la Convenzione di Ginevra del 1951⁴³¹.

Ebbene, con l'estensione dell'originario ambito di applicazione della Convenzione – attraverso l'eliminazione della limitazione temporale ed il ritiro della riserva geografica

di un atto formale da parte dello Stato di privazione della cittadinanza, bensì anche per il manifestarsi di atti univoci di denegata tutela dell'individuo come cittadino". In quest'ultimo caso è stata dichiarata l'apolidia di un cittadino cubano, che, trattenutosi all'estero per oltre sei mesi dalla scadenza del permesso di espatrio, al suo rientro in a Cuba sarebbe stato dichiarato "immigrante" e non più cittadino cubano.

⁴²⁵ Convenzione di New York del 28 settembre 1954, resa esecutiva in Italia con l. 396 del 1 febbraio 1962 ed in vigore, per l'Italia, dal 1 febbraio 1963.

⁴²⁶ Cfr. *Relazione al disegno di legge 1192*, cit., p. 413.

⁴²⁷ CONETTI, *Art. 19*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 60; BAREL, *Art. 19*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *NLCC*, 1996, p. 1079.

⁴²⁸ CASSESE, *Per la determinazione dello "statuto personale" di rifugiati e apolidi*, in *RDI*, 1964, p. 50 ss.; CONETTI, *Norme di conflitto uniformi sullo statuto personale di rifugiati ed apolidi e diritto internazionale privato italiano*, in *Studi in memoria di Udina*, Milano, 1975, p. 986 ss.; CLERICI, *Art. 19*, in *AA.VV.*, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – Commentario*, in *RDIPP*, 1995, p. 999.

⁴²⁹ Sui rifugiati: CONETTI, voce "*Rifugiati*", in *Noviss. Digesto it., Appendice IV*, Torino, 1986, p. 819 ss.; NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988, p. 111 ss..

⁴³⁰ Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, resa esecutiva in Italia con l. 24 luglio 1954, n. 722 ed entrata in vigore, per l'Italia, il 13 febbraio 1955.

⁴³¹ BAREL, *Art. 19*, cit., p. 1080.

da parte dell'Italia ⁴³² – il problema si è ridimensionato, consentendo una qualificazione più ampia dello *status* di rifugiato.

In particolare, tenendo conto della portata generale dell'art. 19, il giudice può valutare se un individuo possa essere considerato rifugiato a seconda delle circostanze concrete che si presentano caso per caso ⁴³³.

In conclusione è possibile affermare che, di fronte ad una controversia in materia di responsabilità genitoriale, ove il criterio di collegamento previsto sia quello della cittadinanza (ai sensi degli artt. 3 e 4 Convenzione dell'Aja del 1961 e art. 36 l. 218/95) e sia impossibile determinare quest'ultima perché sono coinvolti minori apolidi o rifugiati, allora si dovranno considerare i criteri di collegamento sussidiari alla cittadinanza, individuati dall'art. 19 co. 1 l. 218/95, ossia, la legge dello Stato di domicilio del minore o, in mancanza, la legge dello Stato di residenza dello stesso.

Come accennato in precedenza, la Convenzione dell'Aja del 1961 nulla dispone circa il funzionamento del criterio della legge nazionale del minore nei casi di doppia o plurima cittadinanza ⁴³⁴ di quest'ultimo, tuttavia è bene evidenziare come in seno alla Conferenza dell'Aja esistesse la convinzione che, di fronte ai casi di cittadinanza plurima, i tribunali dovessero applicare i principi generali in materia di doppia cittadinanza ⁴³⁵. Tale considerazione però non è stata sufficientemente esaustiva in merito alla problematica: al contrario, essa ha posto il dubbio su quale fosse la fonte dei principi da applicare: il riferimento, infatti, può essere tanto ai principi dell'ordinamento interno di ogni Stato contraente quanto a quelli di diritto internazionale generale ⁴³⁶.

La lacuna circa il funzionamento del criterio della legge nazionale del minore nei casi di fanciulli bipolidi è giustificabile all'epoca della firma della Convenzione, quando i casi di cittadinanza doppia o plurima erano così rari da far apparire il problema come una

⁴³² Il protocollo di New York del 31 gennaio 1967, reso esecutivo in Italia con la l. 14 febbraio 1970, n. 95, ha eliminato l'originaria limitazione temporale fissata dalla Convenzione. Inoltre, l'Italia, in sede di ratifica, si era avvalsa della facoltà prevista dall'art. 1, B, par. 1, lett. a) di limitare l'adesione all'accordo circoscrivendola alla tutela di coloro che fossero stati colpiti da eventi intervenuti in Europa. Con d.l. del 30 dicembre 1989, n. 416, art. 1, convertito con l. 28 febbraio 1990, n. 39, l'Italia ha disposto la cessazione degli effetti nell'ordinamento interno della dichiarazione di limitazione geografica e delle riserve di cui agli artt. 17 e 18 della convenzione di Ginevra, al modifica della procedura di eleggibilità dei rifugiati ai sensi della stessa convenzione, nonché la conferma degli artt. 32 e 33 relativi all'espulsione e al divieto di respingimento alla frontiera. STROZZI, *Rifugiati ed asilo politico nella legge n. 39 del 1990*, in *RDI*, 1990, p. 93 ss.

⁴³³ BAREL, *Art. 19*, cit., p. 1080; NASCIMBENE, *Lo straniero*, cit., p. 125.

⁴³⁴ La lacuna è posta in evidenza da LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., p. 532.

⁴³⁵ Cfr. VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 238.

⁴³⁶ MOSCONI, *La tutela dei minori*, cit., pp. 346-348.

questione secondaria⁴³⁷. Si consideri, infatti, che sino agli anni Sessanta circa, nella maggior parte degli ordinamenti europei la moglie acquisiva la cittadinanza del marito e, nei rari casi in cui manteneva la propria, di certo non la trasmetteva ai figli, i quali, alla nascita acquisivano la cittadinanza del padre⁴³⁸.

A ciò si aggiunga l'esistenza di un orientamento internazionale ostile alla diffusione di casi di doppia cittadinanza: risale, infatti, al 1963 la Convenzione del Consiglio d'Europa per la riduzione dei casi di doppia cittadinanza, ratificata da tredici Stati⁴³⁹.

Al giorno d'oggi l'orientamento è mutato: con l'affermarsi del principio di uguaglianza tra i sessi, la donna può e tende a mantenere la propria cittadinanza, con la conseguenza che nella maggior parte dei casi coniugi di diversa nazionalità trasmettono entrambe le cittadinanze ai propri figli⁴⁴⁰.

Inoltre, lo stesso Consiglio d'Europa ha modificato la Convenzione del 1963⁴⁴¹, aumentando il numero di casi in cui è consentita l'attribuzione della doppia cittadinanza ed analogamente, in Italia, è entrata in vigore la legge n. 91/1992 contenente nuove norme sulla cittadinanza, che considera diverse ipotesi in cui è consentito avere più cittadinanze⁴⁴².

Il risultato di questi cambiamenti è stato, sul finire degli anni Ottanta, un aumento dei casi di minori con doppia o plurima cittadinanza⁴⁴³. E' altresì probabile che tale aumento sia derivato dalla sempre più frequente scelta della nazionalità come criterio di collegamento per le controversie in materia di diritto di famiglia e di protezione dei minori: questo atteggiamento da parte dei legislatori nazionali ha indotto le coppie plurinazionali a trasmettere entrambe le cittadinanze ai propria prole, in modo da poter ottenere la più vasta tutela per il minore⁴⁴⁴.

⁴³⁷ BONOMI, *La Convenzione dell'Aja*, cit., p. 645.

⁴³⁸ LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., p. 531.

⁴³⁹ *Convention sur la reduction des cas de pluralité de nationalités et obligations militaires en cas de pluralité de nationalité*, firmata il 6 maggio 1963, in *European Treaty Series*, 1961-1970, n. 43, p. 88 ss.

⁴⁴⁰ LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., p. 531.

⁴⁴¹ Secondo protocollo di modifica della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1963, firmato il 2 febbraio 1993 e reperibile in *European Treaty Series*, 1990-1994, p. 207 ss.

⁴⁴² Legge 5 febbraio 1992, n. 91 recante nuove norme sulla cittadinanza, in *Gazz. Uff.*, n. 38 del 15 febbraio 1992.

⁴⁴³ BEGHE' LORETI, *I figli delle coppie plurinazionali*, in *Giust. Civ.*, 1989, p. 303 ss.; LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., p. 532.

⁴⁴⁴ FRANCHI, *La protezione dei minori*, cit., p. 37.

Ad ogni modo, si stima che la maggior parte delle controversie transazionali in materia di protezione dei minori scaturiscano proprio dalla coesistenza in capo al minore di due o più cittadinanze⁴⁴⁵.

Il funzionamento del criterio della cittadinanza nei casi di minori bipoliti (o più in generale di persone con cittadinanza plurima) è regolato dall'art. 19 co. 2 l. 218/95, secondo cui se una persona ha più cittadinanze, si applica la legge dello Stato con cui il soggetto ha il collegamento più stretto, ma se tra le due cittadinanze vi è quella italiana, sarà quest'ultima a prevalere⁴⁴⁶.

In altri termini, qualora vi sia la compresenza in capo allo stesso minore di più cittadinanze, il giudice dovrà riconoscere la prevalenza di una di esse, individuandola a seconda della più stretta connessione tra l'individuo e uno degli Stati a cui appartiene⁴⁴⁷.

L'individuazione del collegamento più stretto consente di applicare il diritto materiale del Paese con cui la persona ha il legame più effettivo o, quantomeno, più significativo. In tal senso è possibile affermare che il giudice applicherà un criterio neutro, idoneo a garantire l'armonia internazionale delle soluzioni⁴⁴⁸.

Tuttavia è bene precisare come l'individuazione della c.d. cittadinanza effettiva di una persona, attraverso l'applicazione del criterio di collegamento più stretto, possa essere intesa in due modi diversi. Da un lato, la cittadinanza effettiva può indicare l'intenzione di un individuo a legarsi ad uno Stato piuttosto che a un altro: si pensi, ad esempio, al minore bipolite che si trasferisce di frequente da un paese ad un altro, instaurando legami di diversa intensità⁴⁴⁹. Dall'altro lato, la cittadinanza effettiva può essere intesa come localizzazione oggettiva, empirica, risultante dall'insieme dei legami tra il minore ed uno degli Stati di cui è cittadino⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Già BEGHE' LORETI, *I figli delle coppie plurinazionali*, cit., p. 303 ss.; LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., p. 532.

⁴⁴⁶ Prima della riforma del 1995, dottrina e giurisprudenza erano per lo più favorevoli alla scelta della c.d. cittadinanza più effettiva, salva la prevalenza dell'eventuale cittadinanza italiana. Cfr. BALLARINO, *Diritto internazionale*, cit., p. 264; MOSCONI, VITTA, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1995, p. 127; BISCOTTINI, voce "Cittadinanza", in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, p. 144; QUADRI, voce "Cittadinanza", in *Noviss. Digesto it.*, III, Torino, 1959, p. 306 ss.. In giurisprudenza cfr.: Cass., 25 febbraio 1993, n. 2311, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, p. 373; Cass., 27 giugno 1986, n. 4276, in *Giur. it.*, 1987, c. 1874.

⁴⁴⁷ CONETTI, *Art. 19*, cit., p. 61.

⁴⁴⁸ LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., p. 535. Sul criterio di collegamento più stretto: BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto dei contratti*, Milano, 1991; LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1986 – II, tome 119, p. 71 ss..

⁴⁴⁹ LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., p. 536; LAGARDE, *Le principe de proximité*, cit., pp. 72-73.

⁴⁵⁰ LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., p. 536; BARTIN, *Principes de droit International selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, 1931, Vol. II, p. 25.

Affinchè il giudice sia in grado di applicare un criterio neutro per individuare la cittadinanza effettiva, sembra più opportuno propendere per la seconda interpretazione. In tal senso, al fine di individuare il collegamento più stretto e, quindi, la c.d. cittadinanza più effettiva, il giudice si può avvalere di indici integrativi come ad esempio il domicilio o la residenza in uno Stato oppure, in mancanza di simili elementi, possono essere considerati la sede dell'attività, la lingua usualmente parlata ed il comportamento della persona nel suo complesso⁴⁵¹.

Resta fermo che per l'individuazione della cittadinanza prevalente il giudice non possa considerare qualificazioni di tipo formale sulla maggiore o minore corrispondenza dei criteri di attribuzione delle cittadinanze straniere che vengono in considerazione con quelli che sovrintendono all'attribuzione della cittadinanza italiana⁴⁵². Nemmeno il giudice potrà individuare la cittadinanza effettiva in funzione del contenuto della legge da applicare la caso concreto. Il motivo è duplice: in primo luogo perché, tenendo conto dell'eventuale rinvio, potrebbe trattarsi della legge di uno Stato ancora diverso rispetto a quelli cui appartiene la persona; in secondo luogo perché un simile ragionamento invertirebbe la logica dell'analisi dato che l'applicazione del diritto materiale è la conseguenza, non la causa, dell'individuazione dell'ordinamento richiamato⁴⁵³.

Tuttavia, un simile apprezzamento da parte del giudice potrebbe essere utile nelle decisioni più delicate: egli potrebbe, infatti, scegliere la legge applicabile in base al risultato materiale che questa comporterebbe⁴⁵⁴.

L'art. 19 conclude prevedendo che nell'ipotesi in cui una delle cittadinanze possedute sia quella italiana, allora sarebbe proprio quest'ultima a prevalere.

Tale disposizione ha determinato critiche sin dalla sua adozione. In primo luogo si è rilevato come essa, ponendo l'ordinamento italiano su un piano superiore rispetto agli altri ordinamenti, si dimostri contraria all'apertura verso i valori giuridici stranieri, principio a cui si era ispirata la legge di riforma⁴⁵⁵. L'atteggiamento di chiusura verso i valori giuridici stranieri è a maggior ragione evidente se si considera la prevalenza della cittadinanza italiana come ostacolo al funzionamento del rinvio *ex art. 13 l. 218/1995*: far prevalere la cittadinanza italiana sulle altre possedute dalla medesima persona comporta,

⁴⁵¹ BATIFOL, LAGARDE, *Droit International privé*, I, Paris, 1993, p. 128 ss.; CLERICI, *Art. 19*, cit., p. 101.

⁴⁵² CONETTI, *Art. 19*, cit., p. 61.

⁴⁵³ BAREL, *Art. 19*, cit., p. 1081.

⁴⁵⁴ CLERICI, *Art. 19*, cit., pp. 101-102.

⁴⁵⁵ BAREL, *Art. 19*, cit., p. 1083; CLERICI, *Art. 19*, cit., pp. 101-102; DAVI, *Questioni generali*, cit., p. 90.

infatti, l'esclusione del rinvio, che di fatto non è più utile all'individuazione della legge applicabile alla controversia. La conseguenza è la lesione del principio dell'armonia internazionale delle soluzioni. Ancora, la prevalenza della cittadinanza italiana su quella straniera, anche quando la prima fosse la meno effettiva, potrebbe sacrificare l'interesse della persona a vedere applicato il diritto vigente nel proprio ambito sociale, ma non solo, potrebbe portare a decisioni destinate a non essere riconosciute nell'altro Paese di appartenenza del pluricittadino, in quanto discriminatorie sulla base della nazionalità⁴⁵⁶.

In particolare, la prevalenza della cittadinanza italiana su una cittadinanza di un altro Stato membro dell'Unione europea comporta una discriminazione sulla base della nazionalità, vietata ai sensi dell'art. 12 del Trattato CE. Pertanto, in tali casi, ai fini della determinazione della legge applicabile, si esclude l'applicazione dell'art. 19 l. 218/1995, in favore dell'individuazione della cittadinanza più effettiva del minore⁴⁵⁷.

Con particolare riferimento ai rapporti genitori figli, di cui all'art. 36 l. 218/1995, la prevalenza della cittadinanza italiana potrebbe comportare una discriminazione indiretta (ma non per questo meno grave) tra il coniuge italiano e quello straniero: infatti, se il figlio acquistasse, come spesso avviene, la cittadinanza di ciascuno dei genitori, il rapporto di filiazione sarebbe invariabilmente sottoposto al diritto nazionale del genitore italiano, anche quando tale soluzione non risulti giustificata da un collegamento più stretto, quale, ad esempio, la prevalente localizzazione della vita familiare in Italia. In un caso simile, la finalità di protezione del figlio minore, che sta alla base della scelta di criterio della cittadinanza del medesimo, comporterebbe una discriminazione fra i genitori, provocata dall'automatica prevalenza, fra le due cittadinanze possedute, di quella italiana. Al contrario, proprio il fine di proteggere al meglio il minore richiede l'applicazione del diritto dello Stato nella cui realtà sociale il minore si trovi maggiormente inserito⁴⁵⁸. Alla luce di queste considerazioni è possibile ritenere che la ricerca della cittadinanza più effettiva, possa scongiurare possibili effetti discriminatori sulla base della nazionalità, nonché una più adeguata protezione del minore.

⁴⁵⁶ BAREL, *Art. 19*, cit., p. 1082; DAVI', *Questioni generali*, cit., p. 94; BOSCHIERO, *Appunti*, cit., p. 54.

⁴⁵⁷ Cass., 9 gennaio 2011, n. 1, cit., p. 130: ai fini dell'individuazione della cittadinanza più effettiva la Corte ha tenuto in considerazione la residenza abituale del minore che, nel caso di specie, coincideva con una delle due cittadinanze da egli possedute.

⁴⁵⁸ DAVI', *Questioni generali*, cit., pp. 96-97. L'autore suggerisce, che la regola dell'automatica prevalenza della legge italiana possa essere meritevole di un riesame o, quantomeno, si ipotizza una possibile modifica dell'art. 36 l. 218/1995 sui rapporti genitori figli, nella parte in cui prevede come criterio di collegamento la legge nazionale del figlio.

Ad ogni modo è bene tenere presente come sia la ricerca della cittadinanza più effettiva, sia la prevalenza della cittadinanza italiana siano destinate ad un'applicazione residuale, vale a dire, fin tanto che non si debbano applicare le norme di conflitto contenute nelle convenzioni internazionali, sulla base del disposto dell'art. 2 della legge di riforma, che sancisce il principio per cui le disposizioni di diritto internazionale privato italiano trovano applicazione nel rispetto delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia⁴⁵⁹. Ebbene, in materia di responsabilità genitoriale si è osservato come la Convenzione dell'Aja del 1961 nulla disponga circa il trattamento dei minori pluricittadini, pertanto, al fine di colmare tale lacuna si può ricorrere all'applicazione delle norme di conflitto italiane, in particolare all'art. 19 l. 218/1995. Tuttavia, non solo è opportuno ricorrere alle norme di conflitto italiane, ma soprattutto è necessario interpretare la Convenzione in senso conforme al suo scopo, così come imposto dagli obblighi internazionali. Ne consegue che la scelta tra le diverse cittadinanze concorrenti deve essere effettuata in base ad unico parametro, cioè il perseguimento dei fini sottesi allo strumento internazionale⁴⁶⁰. Pertanto, se lo scopo della Convenzione dell'Aja del 1961 è assicurare la migliore protezione possibile al minore, tenendo conto della superiorità del suo interesse nel bilanciamento dei diritti⁴⁶¹, allora la scelta tra le diverse cittadinanze concorrenti potrebbe essere effettuata considerando quale di esse porti all'applicazione del diritto materiale idoneo ad instaurare una migliore protezione del minore, in ragione del prevalente e superiore interesse di quest'ultimo. In altri termini, se lo scopo della Convenzione dell'Aja è tutelare il minore alla luce del suo interesse prevalente, allora, si può prospettare l'idea di applicare la legge che tuteli maggiormente il minore o che predisponga le misure più efficaci al fine di garantire il rispetto ed il godimento dei diritti del fanciullo, così come sanciti dalle convenzioni internazionali in materia.

Il principio del prevalente interesse del minore costituisce (nei Paesi di matrice europea) uno dei criteri fondamentali del diritto minorile, inteso come l'insieme delle norme che attuano il diritto del minore ad una particolare protezione⁴⁶².

⁴⁵⁹ CLERICI, *Art. 19*, cit., p. 103.

⁴⁶⁰ CLERICI, *Art. 19*, cit., p. 103.

⁴⁶¹ VON STEIGER, *Rapport*, cit., pp. 219-222.

⁴⁶² La particolare protezione del minore è giustificata dalla condizione di immaturità fisica e psichica dei minori, che non consente loro la piena capacità di individuare e di far valere i loro diritti e curare il loro interessi. QUADRI, *L'interesse del minore*, cit., p. 80; FERRANDO, *Diritti e interesse del minore*, cit., pp. 168-170; DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore?*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1992, p. 1093 ss; ALSTON, *The best interest of the child*, cit. Nell'ordinamento italiano, l'interesse prevalente del minore non costituisce solo un principio generale ma anche una clausola generale richiamata dal diritto positivo, al fine di consentire al giudice di valutare la peculiarità della situazione sottoposta alla sua attenzione, adottando al

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, l'interesse prevalente del minore non costituisce solo un principio generale ma anche una clausola generale richiamata dal diritto positivo, al fine di consentire al giudice di valutare la peculiarità della situazione sottoposta alla sua attenzione, in modo tale da adottare la decisione che realizzi il miglior interesse del minore nel caso specifico, derogando eventualmente anche alle garanzie sostanziali e procedurali, astrattamente ritenute dal legislatore come conformi all'interesse del minore⁴⁶³.

Esso, inoltre, è un principio conosciuto ed affermato nel diritto internazionale, che, in materia di responsabilità genitoriale, trova specifica applicazione nell'individuazione della giurisdizione.

Nella Convenzione dell'Aja del 1961 è l'interesse del minore che ispira la scelta della residenza abituale del minore quale criterio generale di giurisdizione, consentendo peraltro la deroga a tale criterio generale, qualora la sua applicazione determini in concreto un pregiudizio per un determinato minore (art. 4 par. 1)⁴⁶⁴.

Nel preambolo alla Convenzione dell'Aja del 1980 si afferma espressamente che "l'interesse del minore" è "di rilevanza fondamentale in tutte le questioni relative alla sua custodia" (quindi, in tutte le questioni oggetto della Convenzione stessa)⁴⁶⁵.

Ancora, la Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione nell'adozione internazionale del 1993, richiede che le autorità verifichino, prima di proseguire nell'*iter* dell'adozione, che la procedura rispetti gli *standard* minimi della Convenzione e che realizzi in concreto l'interesse del minore adottando⁴⁶⁶. L'interesse del

decisione che realizzi il miglior interesse del minore nel caso specifico, derogando eventualmente anche alle garanzie sostanziali e procedurali, astrattamente ritenute dal legislatore come conformi all'interesse del minore.

⁴⁶³ LONG, *L'impatto del regolamento CE 2201/2003*, cit., p. 1148-1150. A proposito di considerazione del preminente interesse del minore, parte della dottrina ha vagliato la possibilità di rimettere al giudice la scelta dell'ordinamento che pone le condizioni migliori per la tutela dei minori, individuato tra gli ordinamenti, eventualmente richiamabili: quello della cittadinanza del figlio, o, ancora, quello dello Stato di residenza del nucleo familiare oppure, infine, quello del domicilio degli uni o degli altri, in assenza di un domicilio comune. In sostanza si adotterebbe il criterio di collegamento più stretto, con riferimento al momento in cui sorge il giudizio. Benché questa ipotesi sia ispirata al preminente interesse del figlio, rispetto a quello dei genitori, si presta ad un'obiezione piuttosto ferma circa la certezza del diritto: una simile discrezionalità del giudice equivarrebbe quasi ad attribuirgli competenze del legislatore e l'alea del giudizio sarebbe troppo ampia. Così: MOSCONI, *Diritto*, cit., p. 77.

⁴⁶⁴ VON STEIGER, *Rapport*, cit., pp. 219-225.

⁴⁶⁵ In materia di sottrazione internazionale del minore, ritenendo che in astratto, l'interesse del minore illecitamente sottratto sia di ritornare nel Paese di residenza abituale prima della sottrazione, La Convenzione dell'Aja del 1980 disciplina una procedura agile e rapida per il ritorno del minore. All'opposto, considerando che in alcuni casi il ritorno del minore potrebbe rivelarlo contrario al suo interesse, la Convenzione utilizza la clausola del superiore interesse del minore quale limite alle procedure previste per il rientro del minore. Cfr. art. 13 par. 1 lett b), Conv. Aja 1980.

⁴⁶⁶ Cfr. artt. 4, lett. b) e 16, par. 1, lett. D), Conv. Aja 1993.

minore limita, inoltre, l'operatività dell'ordine pubblico quale limite al riconoscimento di un provvedimento di adozione pronunciato in un Paese contraente⁴⁶⁷.

Venendo al Regolamento CE 2201/2003, che riguarda nello specifico la materia della responsabilità genitoriale, si evidenzia come l'interesse del minore sia considerata per la determinazione della giurisdizione. Essa costituisce il requisito per la proroga di competenza⁴⁶⁸ e per il trasferimento di competenza dalle autorità giurisdizionali competenti, ai sensi del Regolamento, alle autorità di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare e che siano più adatte a trattare il caso⁴⁶⁹. Infine, è l'interesse del minore a restringere l'operatività dell'ordine pubblico come limite al riconoscimento delle decisioni straniere relative alla responsabilità genitoriale⁴⁷⁰.

Non vi sono dubbi che il principio generale dell'interesse del minore consenta ai giudici nazionali la valutazione della situazione specifica in cui egli versa. Pertanto se una simile valutazione - certamente discrezionale e strettamente connessa con elementi non giuridici - è permessa per applicare uniformemente le convenzioni internazionali in materia di protezione dei minori e per determinare la giurisdizione del giudice competente a conoscere e decidere una controversia in materia di responsabilità genitoriale, non si vede perché tale possibilità debba essere esclusa in sede di determinazione della legge applicabile. In particolare quando la legge applicabile debba essere individuata attraverso il criterio di collegamento della cittadinanza del minore e quest'ultima sia di difficile individuazione poiché il minore è bipolide, apolide o rifugiato.

Per completezza, tra i problemi di funzionamento del criterio della legge nazionale del minore si deve considerare anche l'ipotesi di cambio di cittadinanza⁴⁷¹.

Il caso non è stato discusso, né accennato in sede di conferenza, tuttavia non è raro che un minore cambi cittadinanza a seguito, ad esempio, di un riconoscimento del suo *status* di figlio legittimo da parte di uno dei genitori o per l'effetto generale di una

⁴⁶⁷ Cfr. art. 24 Conv. Aja 1993.

⁴⁶⁸ Ai sensi dell'art. 12 del Regolamento CE 2201/2003 le autorità giurisdizionali dello Stato in cui viene esercitata la competenza a decidere sulle domande di separazione, divorzio e annullamento, sono competenti anche per le domande relative alla responsabilità genitoriale, che si ricolleghino alla scissione della coppia, in deroga al principio generale della residenza abituale del minore di cui all'art. 8.. Ciò a condizione che: almeno uno dei coniugi eserciti la responsabilità genitoriale sul figlio, che la competenza sia accettata dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale e la proroga sia conforme all'interesse superiore del minore. Cfr. Cap. II.

⁴⁶⁹ Cfr. art. 15 co. 1 e 5 del Regolamento CE 2201/2003.

⁴⁷⁰ Cfr. art. 23 lett. a) del Regolamento CE 2201/2003. Cfr. Cap. IV par. 4

⁴⁷¹ L'ipotesi è trattata ampiamente da DROZ, *La protection des mineurs*, cit., pp. 625-626, dove l'autore parla di "conflict mobile".

naturalizzazione⁴⁷². Di fronte ad una simile lacuna è ipotizzabile che ogni Stato contraente risolva la questione (c.d. conflitto mobile) applicando le proprie norme di diritto internazionale privato, tenendo sempre in considerazione lo scopo della Convenzione. Ciò significa che il regime di protezione del minore non dovrebbe risultare in alcun modo indebolito dal cambio di nazionalità del minore.

Dal punto di vista pratico posso presentarsi diverse ipotesi di conflitto mobile in ragione del cambio cittadinanza del minore.

Si pensi, ad esempio, ad un rapporto *ex lege* esistente ai sensi della precedente legge nazionale, ma non secondo quella nuova. In tal caso, è bene che il rapporto continui a sussistere fin tanto che lo Stato di nuova cittadinanza non abbia preso le misure necessarie per assicurare al minore un'adeguata protezione, non necessariamente identica alla precedente per mezzi e modalità.

Analogamente, quando uno Stato si occupa di proteggere un minore sulla base dell'art. 4 della Convenzione, ma quest'ultimo cambi cittadinanza, le misure adottate dovrebbero permanere finchè le nuove autorità nazionali non avranno agito, a loro volta, ai sensi dell'art. 4.

Diversamente, se sono state le autorità dello Stato di residenza del minore a prender le misure necessarie alla sua protezione, perché l'ordinamento del vecchio Stato di cittadinanza non le prevedeva *ex lege*, queste dovrebbero continuare ad esistere finchè, secondo la nuova legge nazionale, non si siano realizzate le nuove misure di protezione. Le autorità del nuovo Stato di cittadinanza, se volessero, potrebbero far cessare le misure prese dallo Stato di residenza del minore, sulla base della vecchia legge nazionale, in virtù dell'art. 4 della Convenzione.

Infine, nel caso di trasferimento di residenza del minore, che era sotto la protezione delle autorità del suo precedente Stato nazionale, le misure adottate dovrebbero mantenere la loro efficacia fin tanto che le nuove autorità nazionali non avranno preso l'iniziativa di agire.

In linea generale, quindi, al fine di rispettare i principi generali espressi dalla Convenzione dell'Aja del 1961, si tende verso una sorta di ultrattività delle misure di protezione del minore già adottate da uno Stato competente. In tal modo si garantisce una tutela del minore più costante, evitando che il cambio di cittadinanza possa nuocere alla condizione del fanciullo in difficoltà.

⁴⁷² Si sostiene addirittura che all'epoca della Convenzione dell'Aja del 1961 fossero più frequenti i casi di cambio di cittadinanza, rispetto ai casi di bipolidia. DROZ, *La protection des mineurs*, cit., pp. 625-626

8. *Limiti all'applicazione della legge straniera: l'ordine pubblico.*

Il limite dell'ordine pubblico opera a difesa della coerenza interna degli ordinamenti, precludendo l'ingresso di valori giuridici stranieri, qualora tale ingresso comporti una violazione dei principi fondamentali ed irrinunciabili dell'ordinamento stesso. Essendo uno strumento di tutela della coerenza del sistema di valori su cui l'ordinamento giuridico si fonda, si ritiene che l'ordine pubblico sia costituito dall'insieme dei principi fondamentali dell'ordinamento stesso.

Nel diritto di famiglia, il limite dell'ordine pubblico riveste una particolare importanza, dato che quest'ambito del diritto è profondamente collegato ai valori culturali, etici e religiosi che caratterizzano l'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Di conseguenza si può affermare che, nei Paesi con una matrice culturale comune, il ricorso al limite dell'ordine pubblico trovi un'applicazione meno frequente, tuttavia esso è un elemento costante anche del diritto internazionale di tipo regionale: si pensi, ad esempio, al diritto dell'Unione europea che si fonda su una base di principi comuni a tutti gli Stati membri⁴⁷³, ma che, al contempo, prevede l'ordine pubblico come limite al riconoscimento ed all'esecuzione in uno Stato membro delle sentenze rese in un altro (artt. 22 e 23 Reg. CE 2201/2003 e art. 22 Reg. CE 44/2001)⁴⁷⁴.

I diritti materiali degli Stati membri in tema di potestà genitoriale, responsabilità genitoriale e protezione dei minori, sebbene differenti quanto al contenuto, conservano una matrice culturale comune (c.d. occidentale) che limita il ricorso all'ordine pubblico nei confronti dei valori giuridici provenienti dagli altri Stati membri. Tale considerazione, tuttavia, non vale per l'intera materia del diritto di famiglia, nella quale si riscontrano profonde differenze tra gli ordinamenti degli Stati membri, differenze anche nell'ambito dei principi generali. Il riferimento è alle diverse discipline delle unioni di fatto⁴⁷⁵ e del

⁴⁷³ I principi comuni agli Stati membri danno luogo al c.d. ordine pubblico comunitario sul quale si vedano: BOUTARD, LABARDE, *L'ordre public en droit communautaire*, in BOUTARD (a cura di), *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Paris, 1996, p. 50 ss.; FUMAGALLI, *EC Private International Law and the Public Policy Exception*, in *Yearbook of Priv. Int. Law*, vol. 6, 2004, p. 171 ss.; ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007.

⁴⁷⁴ Sull'operatività e sulle caratteristiche del limite dell'ordine pubblico cfr. Cap. IV par. 4.

⁴⁷⁵ Sulle unioni di fatto ed i possibili contrasti con l'ordine pubblico si vedano: TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, pp. 175-179; BOSCHIERO, *Les couples homosexuelles à l'épreuve du droit International privé italien*, in *RDI*, 2006, p. 53 ss.; TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti della Comunità europea*, in BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 50 ss.. In giurisprudenza: Trib. Firenze, 7 luglio 2005, in *RDIPP*, 2007, p. 144 ss.; App. Firenze, decreto 6 dicembre 2006, in *RDIPP*, 2007, p. 1088 ss.; Corte Cost., 11 luglio 2000, n. 313; Corte Cost., 26 gennaio 1998, n. 2; Corte Cost., 6 maggio 1998, n. 166.

matrimonio omosessuale⁴⁷⁶, che possono causare conflitti di civilizzazione intracomunitari⁴⁷⁷.

In materia di potestà genitoriale e di protezione dei minori, l'ordine pubblico come limite alla legge applicabile opera con maggiore frequenza di fronte alla possibile applicazione del diritto islamico, che ha una radicata influenza religiosa, riscontrabile soprattutto nella disciplina dei rapporti familiari.

Per quanto riguarda la protezione dei minori, il contrasto più rilevante si riscontra con riferimento all'istituto della *kafalah*, il quale però comporta problemi di riconoscimento, più che di legge applicabile⁴⁷⁸.

Diversamente, in tema di potestà genitoriale, si riscontrano casi in cui l'ordine pubblico opera come limite alla legge applicabile, in particolare, quando è richiamata la legge di un Paese islamico che attribuisce la titolarità e l'esercizio della potestà in via esclusiva al padre.

Con riferimento alla potestà genitoriale come elemento legittimante il ricongiungimento familiare, la giurisprudenza si è espressa in modi differenti sulla contrarietà all'ordine pubblico dell'attribuzione esclusiva al padre della potestà genitoriale⁴⁷⁹. Il caso riguardava una cittadina marocchina, in Italia con regolare permesso di soggiorno, che aveva richiesto alle autorità italiane il ricongiungimento familiare del suo secondo marito e dei figli minori di primo letto. L'Ambasciata italiana a Rabat negava il visto per l'espatrio a uno dei due minori, in quanto, secondo il diritto marocchino, la potestà genitoriale spettava solo ed esclusivamente al padre. In altri termini, veniva fatta applicazione dell'art. 36 l. 218/1995 che prevede che ai rapporti tra genitori e figli, compresa la potestà dei genitori, sia applicata la legge nazionale del figlio. Nel caso di specie, la legge nazionale del figlio era quella marocchina, che non attribuiva la potestà genitoriale alla madre, ma solamente al padre⁴⁸⁰; di conseguenza, la madre non avrebbe

⁴⁷⁶ Sul matrimonio omosessuale ed i possibili contrasti con l'ordine pubblico si vedano: FERRANDO, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2008, p. 2344 ss.; BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*, in *Nuova Giur. comm.*, 2006, I, p. 91 ss.; SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani è trascrivibile in Italia?*, in *fam. dir.*, 2007, p. 169 ss.. In giurisprudenza: Trib. Latina, decreto 10 giugno 2005, in *RDIPP*, 2005, p. 1095 ss.; App. Roma, 13 luglio 2006, in *fam. dir.*, 2007, p. 166 ss..

⁴⁷⁷ CORBETTA, *Rapporti di coppia con elementi di estraneità e ordine pubblico internazionale*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, pp. 331-332.

⁴⁷⁸ Cfr. Cap. IV, par. 4.4.

⁴⁷⁹ Cass., 9 giugno 2005, n. 12169, in *RDIPP*, 2006, p. 438. Sulla quale: CARBONE, *Applicabilità del diritto italiano al cittadino musulmano: il minore "a carico" può ricongiungersi alla madre, cittadina del Marocco, in Italia con permesso di soggiorno*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 357 ss..

⁴⁸⁰ La legge marocchina attribuisce la rappresentanza legale dei minori al padre, in qualità di capo famiglia, spettando alla madre solo in caso di morte dell'altro genitore. SACCO, *Il diritto africano*, in *SACCO, Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 2008, p. 224 ss..

avuto titolo per ottenere il ricongiungimento del figlio, che era sottoposto alla tutela dell'altro genitore.

La madre, quindi, si rivolgeva al Tribunale perché consentisse il ricongiungimento familiare del figlio, accertando che quest'ultimo fosse a suo carico, poiché essa sola provvedeva al mantenimento del minore. Il Tribunale (così come la Corte d'Appello in secondo grado) accoglieva il ricorso, affermando che la legge marocchina contrastava con l'art. 29 della Costituzione, fondamento del principio di ordine pubblico internazionale della parità tra i coniugi e, quindi, era motivo ostativo all'applicazione in Italia della normativa straniera, *ex art. 16 l. 21871995*. Non rilevando altri criteri di collegamento, il Tribunale disponeva l'applicazione della legge italiana ai sensi del secondo comma della stessa norma.

La Corte di Cassazione, pronunciandosi sullo stesso caso, conferma comunque il diritto del figlio minore al ricongiungimento con la madre, ma non ritiene la legge marocchina contraria all'ordine pubblico internazionale. Il ragionamento della Corte ruota attorno alla differenza, prevista nel nostro ordinamento, tra titolarità ed esercizio della potestà genitoriale, che possono anche essere disgiunti. Secondo la Suprema Corte, la legge marocchina non contrasta con il principio di parità tra i coniugi e con il loro obbligo comune di mantenere i figli, *ex art. 29 Cost.*, poiché la titolarità esclusiva della potestà genitoriale in capo al padre non appare ostativa al fatto che lo stesso acconsenta alla convivenza dei suoi figli con la madre, alla quale è delegato l'esercizio concreto della potestà genitoriale.

Il ricongiungimento familiare è quindi possibile, in applicazione della legge marocchina, richiamata *ex art. 36 l. 218/1995* in quanto legge nazionale del figlio. Infatti, nel disporre che il cittadino extracomunitario possa richiedere il ricongiungimento familiare per i figli minori “ a carico”, l'art. 29 co. 1 lett. *b)* del dlgs. 286/1998⁴⁸¹ prevede che il soggetto richiedente il ricongiungimento sia quello che provvede e/o dovrà provvedere al sostentamento del figlio al quale chiede di riunirsi. Il fatto che la potestà sul figlio spetti all'altro genitore non rileva al fine del diniego del ricongiungimento, soprattutto quando il genitore richiedente provveda al mantenimento del figlio in via esclusiva. Tuttavia,

⁴⁸¹ Dlgs. 286/1998, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, in *Gazz. Uff.* del 18 agosto 1998, n 191 suppl. ord., modificato da l. 30 luglio 2002, n. 189, Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo, in *Gazz. Uff.* del 26 agosto 2002, n. 199, Suppl. ord.. La norma rilevante per il caso di specie non è stata riformata, pertanto i principi esposti in sentenza sono ancora attuali.

l'assenso al ricongiungimento del genitore titolare della potestà sui figli è necessario *ex* art. 29 co. 1 lett. *b*) del dlgs. 286/1998 proprio al fine di assicurare l'esercizio della potestà genitoriale al genitore che richiede il ricongiungimento. Tale previsione risulta in linea con l'art. 18 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, secondo cui gli Stati parte si impegnano a riconoscere il principio per cui entrambi i genitori hanno comuni responsabilità in ordine al mantenimento ed allo sviluppo psico-fisico del minore, ed è altresì conforme al dettato dell'art. 30 della Costituzione.

CAPITOLO IV

IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DELLE DECISIONI STRANIERE

Sommario: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dell'UE. – 2.1 Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti sul diritto di visita e sul ritorno del minore. 3. Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese negli Stati terzi. – 4. I motivi ostativi al riconoscimento: analogie e differenze tra il Regolamento CE 2201/2003 e la legge 218/1995. – 4.1 Il limite dell'ordine pubblico internazionale: caratteri fondamentali. - 4.2 Il riconoscimento della kafalah islamica nell'ordinamento italiano.- 5. Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti provvisori in materia di responsabilità genitoriale e protezione de minori.

1. Osservazioni introduttive

Il riconoscimento di una decisione resa in uno Stato estero consente l'attribuzione nello Stato richiesto degli effetti che discendono dalla decisione, siano essi costitutivi o di accertamento. Mediante il riconoscimento, quindi, gli effetti che la decisione ha determinato nel suo paese d'origine assumono efficacia per i soggetti che ne sono destinatari anche nell'ordinamento dello Stato richiesto. E' invece necessaria l'esecuzione della sentenza straniera al fine di far valere concretamente il provvedimento riconosciuto⁴⁸².

La disciplina del riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale trova la sua fonte negli artt. 21 e seguenti del Regolamento CE 2201/2003, per quanto riguarda le decisioni rese in uno Stato membro dell'Unione europea, e negli artt. 64 e seguenti della l. 218/1995, per le decisioni rese negli Stati terzi.

In primo luogo è opportuno specificare cosa si intenda per decisione. Sia dal punto di vista della disciplina regolamentare che da quello del diritto comune, il termine “decisione” va interpretato in senso ampio.

Ai sensi dell'art. 2 n. 4 del Regolamento CE 2201/2003, per “decisione” si intende: “una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi, o annullamento del

⁴⁸²MARESCA, *Artt. 64, 65, e 66*, in BARIATTI (a cura di), *Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in NLCC, 1996, pp. 1461-1462; CAMPEIS, DE PAULI, *Le regole europee ed internazionali del processo civile italiano*, Padova, 2009, p. 582: gli autori distinguono due finalità del riconoscimento: l'attribuzione generalizzata di valenza al provvedimento all'interno dello Stato richiesto (omologazione) e la richiesta specifica di conformità del provvedimento omologato da parte dell'Autorità giudiziaria dello Stato richiesto. L'esecuzione è definita come l'attribuzione di efficacia esecutiva ad un provvedimento reso all'estero, all'interno dell'ordinamento dello Stato richiesto. Sul termine “riconoscimento” si veda ampiamente: LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 229 ss.; MENGGOZZI, *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica sui beni privati*, Milano, 1967, p. 121 ss..

matrimonio emessa dal giudice di uno Stato membro, nonché una decisione relativa alla responsabilità genitoriale, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza od ordinanza”⁴⁸³. Inoltre, all’art. 46 del Regolamento, sono equiparati alle decisioni gli atti pubblici aventi efficacia esecutiva nello Stato membro in cui sono redatti o registrati e gli accordi conclusi tra le parti, conformemente al diritto ad essi applicabile⁴⁸⁴. Scopo di tale ultima previsione è incoraggiare le parti a raggiungere in via stragiudiziale un accordo, in particolare in materia di responsabilità genitoriale⁴⁸⁵.

La Relazione ministeriale al disegno di legge di riforma del diritto internazionale privato definisce il termine “sentenze” di cui all’art. 64 come qualsiasi atto, di natura amministrativa o giurisdizionale, che abbia deciso un procedimento, il quale, se si fosse tenuto in Italia, si sarebbe concluso con una sentenza. Poiché “sentenza” è un termine tecnico che non sempre trova un esatto corrispondente negli ordinamenti stranieri, la Relazione prosegue precisando che, anche al di fuori della precisa corrispondenza tra atto straniero e sentenza italiana, è da considerare sentenza il provvedimento straniero che abbia per effetto l’accertamento, la costituzione, la modificazione o l’estinzione di un diritto soggettivo, di capacità o di una situazione personale⁴⁸⁶. La definizione di sentenza straniera appare, quindi, molto ampia.

Tuttavia, la legge di riforma non fa riferimento solo al riconoscimento di sentenze straniere, ma anche a quello di provvedimenti resi all’estero (agli artt. 65 e 66). Sulla definizione di provvedimenti e sul rapporto di essi con le sentenze si è pronunciata la Corte di Cassazione⁴⁸⁷, affermando come il termine provvedimento sia più generico di quello di sentenza, riferendosi a tutti gli atti adottati da un’autorità dotata di competenza a conoscere e decidere una controversia. Pertanto possono ritenersi provvedimenti stranieri anche le ordinanze e i decreti, nonché le stesse sentenze. Per completezza, la Relazione ministeriale ha precisato in cosa consista l’elemento di estraneità di una sentenza o di un provvedimento, indicando come provvedimenti stranieri quelli che provengano da un’autorità giudiziaria non italiana o da un organo comune a due o più Stati stranieri che siano pronunciati fuori dal territorio della Repubblica oppure, anche in territorio italiano,

⁴⁸³ Sulla nozione di decisione accolta dalla giurisprudenza comunitaria in materia civile e commerciale cfr. CGCE, 16 giugno 1981, C-166/80, *Kloms*, in *Raccolta*, 1981, p. 1593 ss.; CGCE, 13 luglio 1995, C-474/93, *Hengst*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2113 ss..

⁴⁸⁴ BARUFFI, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 272; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto, Parte generale*, cit., p. ; BARATTA, *Il regolamento comunitario*, cit., pp. 185-186.

⁴⁸⁵ Sull’art. 46 Reg. CE 2201/2003 si veda: TOMASI, *Art. 46 Reg. CE 27 Novembre 2003, n. 2201/2003*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2011, pp. 2499-2504.

⁴⁸⁶ Relazione ministeriale, cit., p. 942.

⁴⁸⁷ Cfr. Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, in *RDIPP*, 2005, p. 342 ss.

se emanati da autorità straniere, in materie a loro riservate o consentite dalle convenzioni internazionali o dalle consuetudini, come ad esempio, i provvedimenti delle autorità consolari in materia di giurisdizione volontaria⁴⁸⁸.

E', quindi, possibile affermare che tanto nel sistema di diritto internazionale italiano, tanto in quello europeo, i termini "sentenza", "decisione" e "provvedimento" sono utilizzati come sinonimi, lungi dalle definizioni tecniche che li differenziano l'uno dall'altro.

Venendo al riconoscimento delle decisioni rese in uno Stato membro, si evidenziano in primo luogo il principio della libera circolazione delle decisioni e quello della reciproca fiducia degli ordinamenti giudiziari europei, principi cardine del riconoscimento delle decisioni all'interno del sistema Bruxelles⁴⁸⁹.

L'art. 21 del Regolamento CE 2201/2003 stabilisce il riconoscimento automatico delle decisioni, analogamente a quanto disposto dagli altri regolamenti adottati sulla base dell'art. 65 del Trattato CE. Il Regolamento CE 2201/2003 pare essere in linea col programma di riconoscimento reciproco adottato nel 2001⁴⁹⁰ che prevede, per le materie disciplinate dal Regolamento CE 1347/2000, un'evoluzione graduale, basata inizialmente sulla soppressione dell'*exequatur* per le decisioni relative al diritto di visita e sull'estensione del campo di applicazione del menzionato regolamento alle fattispecie escluse, per giungere, più tardi, all'applicazione delle procedure semplificate proprie del Regolamento CE 44/2001 ed, infine, alla soppressione di ogni procedimento intermedio per l'esecuzione delle decisioni rese in un altro Stato membro. Il Regolamento Bruxelles II *bis*, infatti, da un lato, estende *ratione materiae* il procedimento di *exequatur* già previsto dal Regolamento CE 1347/2000⁴⁹¹ alle decisioni riguardanti tutti i minori (e non solo i figli di entrambi i coniugi), nonché a quelle riguardanti la responsabilità genitoriale

⁴⁸⁸ In questi termini: MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto, Parte generale*, cit., p. 330. Relazione ministeriale, cit., p. 942.

⁴⁸⁹ RAITI, *Evoluzione e tendenze della cooperazione giudiziaria civile in Europa dopo il trattato di Amsterdam (in particolare alla luce delle più recenti discipline sul riconoscimento e l' exequatur delle decisioni)*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 241.

⁴⁹⁰ Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, adottato dal Consiglio e pubblicato in *G.U.C.E.* C n. 12 del 15 gennaio 2001, p. 1 ss. Cfr.: documento di lavoro della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni relative alla potestà dei genitori del 27 marzo 2001, COM/2001/0166 def..

⁴⁹¹ Sul riconoscimento *ex Reg.* CE 1347/2001 si vedano: ANCEL, MUIR WATT, *La désunion européenne*, in *Rev. critique*, 2001, p. 441 ss.; CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, 2001, p. 9 ss.; GAUDEMET-TALLON, *Le Règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: "Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs"*, in *Clunet*, 2001, p. 407 ss.; MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *RDIPP*, 2001, p. 545 ss.; BARATTA, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 463 ss..

ancorchè non collegate ad una causa matrimoniale; dall'altro, seppure in un ambito limitato alle decisioni sul diritto di visita e sulla sottrazione internazionale di minori, prevede la completa soppressione dell'*exequatur*.

Tuttavia, si sottolinea come, in materia di responsabilità genitoriale, il riconoscimento automatico *ex art. 21* venga svuotato di significato dall'applicazione dell'art. 28 del Regolamento, che prevede la procedura di dichiarazione di esecutività su istanza tanto della parte che ha interesse al riconoscimento, quanto da quella portatrice di interesse contrario⁴⁹².

Ad ogni modo, in termini generali è possibile affermare che la procedura di riconoscimento prevista dal Regolamento CE 2201/2003 ha carattere monitorio ed è ispirata a quella disciplinata dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 (artt. 26-49). Essa si compone di due fasi. Nella prima fase il giudice accerta d'ufficio l'esistenza delle condizioni per attribuire efficacia alla decisione nello Stato richiesto. Successivamente, a seguito di una eventuale opposizione del soggetto interessato, il giudice valuta la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento o l'esecuzione della decisione secondo le regole del procedimento in contraddittorio, da identificarsi in Italia, in mancanza di diversa indicazione, col rito ordinario⁴⁹³.

Tale procedimento viene utilizzato sia per ottenere l'*exequatur* - che riguarda soltanto le decisioni in materia di responsabilità genitoriale (art. 28) - sia per l'accertamento in via principale della riconoscibilità o non riconoscibilità della decisione⁴⁹⁴. Per il procedimento di *exequatur* è competente il giudice del luogo ove risiede abitualmente la parte contro cui è chiesta l'esecuzione o il minore, oppure, se la residenza abituale di tali soggetti non è nello Stato richiesto, allora è competente il giudice del luogo di esecuzione (ad esempio, dove si trovano i beni del minore da conservare); per il riconoscimento in via principale la competenza è regolata dal diritto interno; per il riconoscimento in via incidentale (art. 21, par. 4) essa spetta, ovviamente, al giudice della causa principale.

⁴⁹² LONG, *Riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti stranieri de potestate alla luce del regolamento /CE) n. 2201/2003 (con cenni al tema della validità dei divieti di espatrio e degli obblighi di soggiorno)*, in *NGCC*, 2007, p. 978.

⁴⁹³ Di parere diverso, ma con riferimento al Reg. CE 44/2001, SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006, p. 265, che individua nel procedimento in camera di consiglio *ex art. 737 ss. cod. proc. civ.* lo strumento più idoneo a realizzare le esigenze di celerità dell'*exequatur*.

⁴⁹⁴ Il riconoscimento in materia di responsabilità genitoriale non è soggetta alla contestazione di una parte come, invece previsto dall'art. 33, par. 2, del Reg. CE 44/2001 e può essere richiesto anche su iniziativa di chi si oppone al riconoscimento. Non è invece necessario alcun procedimento per ottenere eventuali iscrizioni o trascrizioni nel registro dello stato civile (che dunque, secondo il regolamento, non prefigurano attività di esecuzione della decisione); ma esse possono essere compiute soltanto quando la decisione sia passata in giudicato.

Per quanto riguarda il riconoscimento delle decisioni rese in Stati terzi, è opportuno sottolineare come - diversamente da quanto considerato in ambito di giurisdizione e legge applicabile - il problema del riconoscimento e dell'esecuzione non risenta della duplicità di disciplina della responsabilità genitoriale, dovuta alle difficoltà di qualificare in maniera autonoma l'istituto precedentemente esaminate⁴⁹⁵. Si ricorda, infatti, che la qualificazione autonoma della responsabilità genitoriale, operata alla luce del sistema normativo europeo, è applicabile alle sole fattispecie interne al sistema Bruxelles, traendo la responsabilità origine dal Regolamento CE 2201/2003⁴⁹⁶. Da ciò consegue che, con riferimento alle sole fattispecie collegate ad ordinamenti di Stati terzi, per individuare la competenza giurisdizionale e la legge applicabile alle controversie in materia di responsabilità genitoriale, è necessario applicare distintamente le norme di diritto internazionale relative ai rapporti genitori – figli e quelle concernenti le misure di protezione del minore, sebbene tali ambiti potrebbero essere entrambi riconducibili alla responsabilità genitoriale secondo la qualificazione autonoma dell'istituto⁴⁹⁷.

Tale distinzione non rileva nell'ambito del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere: ove non si distingue tra decisioni relative ai rapporti genitori – figli o alle misure di protezione del minore. Di conseguenza trovano applicazione la norma generale sul riconoscimento, l'art. 64 della legge di riforma del diritto internazionale privato, l'art. 65 sul riconoscimento dei provvedimenti relativi agli *status* personali, ai rapporti familiari e ai diritti della personalità, l'art. 66 sul riconoscimento dei provvedimenti di volontaria giurisdizione, nonché l'art. 67 sull'esecuzione⁴⁹⁸.

Con riguardo alle misure di protezione dei minori, a completamento della disciplina del riconoscimento, rileva anche l'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 1961⁴⁹⁹, secondo il

⁴⁹⁵ Cfr. Cap. I

⁴⁹⁶ Cfr. Cap. I.

⁴⁹⁷ Cfr. Cap. II, par. 1 e Cap. III, par. 1.

⁴⁹⁸ Il riconoscimento delle sentenze straniere è stato attuato gradualmente, secondo un doppio regime, scandito dalla data di radicazione del giudizio (art. 72 l. 218/1995). Le norme precedenti la riforma sono state applicate per tutti i giudizi instaurati fino a tutto il 30 dicembre 1996; la riforma (contenente norme abrogative e sostitutive di quelle dall'art. 796 all'art. 805 c.p.c.) è stata applicata a partire dal 31 dicembre 1996.

⁴⁹⁹ La Convenzione dell'Aja del 1961 concerne la competenza e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, come indicato dal nome della stessa, tuttavia essa contiene anche due riferimenti al riconoscimento delle decisioni: l'art. 3 e l'art. 7. L'art. 3 dispone che “un rapporto d'autorità risultante di pieno diritto dalla legislazione interna di uno Stato in cui il minore è cittadino è riconosciuto in tutti gli Stati contraenti” e l'art. 7 prevede che “le misure adottate dalle autorità competenti (...) sono riconosciute in tutti gli Stati contraenti. Se tuttavia dette misure implicano atti di esecuzione in uno Stato diverso da quello in cui esse sono state adottate, il loro riconoscimento e la loro esecuzione sono regolati sia dal diritto interno dello Stato in cui è richiesta l'esecuzione, sia dalle convenzioni internazionali”. Sebbene tali disposizioni non siano considerate come norme sul riconoscimento (così VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 3)

quale le misure di protezione del minore adottate dall'autorità competente secondo la Convenzione sono riconosciute in tutti gli Stati contraenti. L'applicazione di tale norma sembra introdurre una differente procedura di riconoscimento delle misure di protezione dei minori rispetto a quella prevista per gli altri istituti riconducibili alla responsabilità genitoriale, soprattutto in considerazione del fatto che l'art. 7 della Convenzione dell'Aja non prevede il riconoscimento automatico a differenza di quanto stabilito agli artt. 64 e 65 della legge 218/1995⁵⁰⁰.

Come appena accennato, anche per le decisioni rese in Stati terzi vige il riconoscimento automatico: la riforma del diritto internazionale privato italiano, infatti, ha recuperato il principio di automaticità del riconoscimento, presente nelle teorie del Mancini e nel Codice civile del 1865⁵⁰¹. In particolare, con l'entrata in vigore della

non si può negare che indichino una linea guida per la circolazione delle decisioni in materia di protezione dei minori tra gli Stati contraenti. Sul punto la dottrina è divisa. Secondo un primo orientamento, l'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961 sarebbe limitato solo alla giurisdizione e alla legge applicabile in materia di protezione dei minori, in forza dell'indicazione riscontrabile dal nome della Convenzione: "Convenzione concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori" e in virtù del richiamo operato dall'art. 42 l. 218/1995, rubricato: "Giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori". Per l'ordinamento italiano tale limitazione potrebbe comportare l'insussistenza dell'obbligo di riconoscimento ex art. 7 della Convenzione delle decisioni emesse da uno Stato non contraente. In tal senso si vedano: BONOMI, *La Convenzione*, cit., p. 618 ss.. Un secondo orientamento, invece, fa discendere dall'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 1961 un vero e proprio obbligo di riconoscimento sul piano internazionale, pertanto la Convenzione può assumere rilievo anche in tema di riconoscimento delle decisioni. Così MOSCONI, *La protezione dei minori*, cit., pp. 63-65; OBERLOSKAMP, *Haager Minderjaerigenschutzabkommen*, cit., p. 96; Cfr. infra Cap. IV par. 3..

⁵⁰⁰ MOSCONI, *La protezione dei minori*, cit., pp. 64-65; BONOMI, *La Convenzione*, cit., p. 650 ss.

⁵⁰¹ TONOLO, *L'Italia e il resto del mondo*, cit., pp. 190-191, dove l'autrice precisa che relativamente alla circolazione dei giudicati, le idee liberali di Mancini – parità e uguaglianza tra gli ordinamenti – si erano tradotte nell'art. 10 delle disp. prel. al codice civile del 1865, secondo cui al fine di rendere esecutive in Italia le decisioni rese all'estero era necessario applicare la disciplina prevista dall'art. 941 cod. proc. civ.. Tale norma prevedeva un giudizio di delibazione (avanti la Corte d'Appello nella cui giurisdizione le sentenze dovevano essere eseguite) nel solo caso in cui si dovesse procedere ad esecuzione forzata. Diversamente, nell'ipotesi in cui la sentenza straniera dovesse essere meramente riconosciuta, non era previsto alcun procedimento. CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 575-576: ricorda come la disciplina sul riconoscimento automatico delle sentenze straniere, contenuta nella legge di riforma del 1995 segnerebbe per l'Italia un ritorno al passato, perché i codici previgenti già avevano soluzioni improntate all'insegna dello stesso principio di fondo; soluzioni che effettivamente costituivano in quel momento pressoché un *unicum* nel panorama comparatistico. "I codici italiani del 1865 discostandosi dai modelli francesi, ispirati allo stretto collegamento moderno fra sovranità e giurisdizione, frutto del superamento dello *jus commune* antico e medievale, si esprimevano in modo preciso innanzitutto nelle disposizioni preliminari al codice civile di quello stesso anno: l'art. 10, comma 3° e 4° al pari del resto degli artt. 559 e 941 c.p.c., erano chiari nel limitare la funzione del giudizio di delibazione all'ipotesi in cui si voleva che si producesse in Italia l'efficacia esecutiva delle sentenze straniere. Nulla si prevedeva per quanto concerne la manifestazione in Italia della efficacia dichiarativo-costitutiva di quelle sentenze, in ordine a rapporti giuridici, diritti o *status* personali, e così in generale con riguardo alle condizioni affinché potesse assumere rilievo in Italia il loro effetto di cosa giudicata sostanziale. I requisiti che dovevano essere soddisfatti in vista dell'*exequatur*, a norma dell'art. 941, erano solo quattro e poco esigenti (nulla si diceva circa l'ostacolo rappresentato dalla pendenza della medesima lite in Italia, né sul requisito del necessario passaggio in giudicato formale del provvedimento riconoscendo). Nulla si prevedeva nel c.p.c. del 1865 sulla litispendenza estera come impedimento alla trattabilità in Italia della stessa causa (ma la rilevanza della *exceptio rei in iudicium deductae* si poteva ben

riforma si è semplificato il riconoscimento delle sentenze straniere, escludendo la necessaria partecipazione del p.m. dalla procedura di riconoscimento, abolendo il riesame del merito della questione e abrogando la procedura di delibazione in via diplomatica (art. 796, comma 3, c.p.c.)⁵⁰².

L'art. 64 della legge 218/95 pone il principio del riconoscimento automatico delle sentenze straniere, vale a dire del riconoscimento senza la necessità di instaurare un ulteriore giudizio

Tale affermazione, tuttavia, va coordinata con l'art. 67, secondo il quale, nelle ipotesi in cui sorga un interesse processuale - per inottemperanza o contestazione, oppure nel caso in cui il creditore abbia necessità di munirsi di un titolo al fine di procedere ad esecuzione forzata o ad attuazione - si impone comunque l'esercizio di un'apposita azione giudiziale avanti la Corte d'Appello per l'accertamento dei requisiti del riconoscimento.

Il sistema di riconoscimento ed esecuzione, qui brevemente richiamato, viene completato dall'art. 65, sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status personali, rapporti di famiglia e diritti della personalità.

Tale norma, integrando la disciplina prevista dall'art. 64⁵⁰³, istituisce una forma di riconoscimento processuale dell'atto giurisdizionale straniero che si pone come alternativa rispetto al richiamo della situazione prodotta all'estero tramite la norma di conflitto⁵⁰⁴, in quanto basato su presupposti diversi e corrispondente ad un differente modo di affrontare e risolvere il collegamento del foro con gli altri ordinamenti⁵⁰⁵.

desumere come avveniva ed avviene in Germania dalla automaticità del futuro riconoscimento del giudicato). Ogni riesame del merito pareva escluso. La verifica della giurisdizione del paese straniero, secondo i principi dello *Spiegelbild*, era ancora improntata a larga e tollerante approssimazione”.

⁵⁰² CONSOLO, *Evoluzioni*, cit., p. 580.

⁵⁰³ Sul carattere complementare dell'art. 65 rispetto all'art. 64 si vedano: VISMARA, *Art. 65*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma del diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 324; PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *RDIPP*, 2000, pp. 390-392; PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma di diritto internazionale privato*, in PICONE, *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, p. 699 ss..

⁵⁰⁴ BARIATTI, *Commento*, cit., p. 1233; ATTARDI, *La nuova disciplina*, cit., p. 775 s. ritiene che la verifica della sussistenza di tutte le condizioni richieste dall'art. 64 si imponga anche per i provvedimenti di cui all'art. 65. Diversamente, CARPI, *Dal riconoscimento delle decisioni all'esecuzione automatica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1127 ss., pone sullo stesso piano l'operatività del riconoscimento ex art. 64 e ex art. 65, ritenendo che l'art. 65 sancisca la prassi del riconoscimento internazionalprivatistico, secondo cui il provvedimento straniero "nell'art. 65 viene in considerazione come diritto applicato, come norma che disciplina concretamente il rapporto".

⁵⁰⁵ Va ricordato come, già nel regime della delibazione, si ammettesse il riconoscimento automatico della sentenza straniera se proveniente dall'ordinamento indicato dalle nostre norme interne di conflitto. Questo riconoscimento non aveva ad oggetto gli effetti dell'atto giurisdizionale come tale, bensì i suoi effetti privatistici, dei quali la sentenza straniera veniva intesa come fonte di disciplina al pari delle altre fonti di regolamentazione appartenenti all'ordinamento straniero richiamato dalle norme di conflitto. Cfr: Cass., sez. un., 15 luglio 1974, n. 2126.

2. *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dell'UE*

Il riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale rese in uno Stato membro dell'Unione Europea è disciplinato dagli artt. 21 e seguenti del Regolamento CE 2201/2003.

Le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, tuttavia, sono soggette a procedure di riconoscimento diverse a seconda dell'oggetto. Infatti, i provvedimenti sul diritto di visita e quelli che prescrivono il ritorno del minore sono riconoscibili senza la necessità di ricorrere all'istanza per la dichiarazione di esecutività di cui all'art. 28 del regolamento, con la conseguenza che il loro riconoscimento è svincolato dalla procedura di *exequatur* che scaturisce dal deposito dell'istanza. Ciò si evince chiaramente dalla lettera dell'art. 21 co. 3: "fatta salva la sezione 4 del presente capo (esecuzione di talune decisioni in materia di diritto di visita e di talune decisioni che prescrivono il ritorno del minore), ogni parte interessata può far dichiarare secondo il procedimento indicato alla sezione 2, che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta".

Diversamente, tutti gli altri ambiti ricompresi nell'istituto della responsabilità genitoriale, secondo la qualificazione condotta in maniera autonoma - come ad esempio, il diritto di affidamento, la potestà genitoriale e le misure di protezione dei minori - sono riconoscibili nell'ordinamento italiano mediante il c.d. riconoscimento agevolato: se non vi sono contestazioni circa la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento, il provvedimento straniero produrrà i suoi effetti automaticamente, senza il ricorso ad alcuna procedura ulteriore *ex art. 21* Regolamento CE 2201/2003; se, invece, sorgono contestazioni circa la sussistenza dei requisiti, tanto la parte che ha interesse al riconoscimento, quanto quella che ha interesse contrario possono depositare apposita istanza *ex art. 28* del regolamento, al fine di ottenere un provvedimento che consenta o neghi il riconoscimento.

Si rileva quindi, una duplice modalità di riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale a seconda dell'ambito a cui si riferisce il provvedimento da riconoscere. Una simile disciplina, benché disomogenea, è dovuta all'esigenza di riconoscere con maggiore celerità i provvedimenti relativi alla sottrazione internazionale dei minori o al diritto di visita. Essa, inoltre, si pone in linea col programma di

riconoscimento reciproco adottato nel 2001⁵⁰⁶ che prevede, per le materie disciplinate dal Regolamento CE 1347/2000, un'evoluzione graduale: in prima battuta si è eliminata la procedura di *exequatur* per le decisioni relative al diritto di visita e si è esteso il campo di applicazione del menzionato regolamento alle fattispecie escluse; in un secondo momento si è giunti all'applicazione delle procedure semplificate proprie del Regolamento CE 44/2001; a completamento del programma si arriverà alla soppressione di ogni procedimento intermedio per l'esecuzione delle decisioni rese in un altro Stato membro⁵⁰⁷.

Sul modello previsto dai Regolamenti Bruxelles I e II il riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale avviene “senza che sia necessario il ricorso ad alcun provvedimento”, quindi in modo automatico. In altri termini, le decisioni rese in uno Stato membro sono destinate ad esplicare i propri effetti in tutto il territorio dell'Unione europea, senza la necessità di essere sottoposte ad alcuna verifica preventiva⁵⁰⁸.

L'automaticità si fonda sul principio della reciproca fiducia tra gli ordinamenti giudiziari degli Stati membri e, di conseguenza, sulla presunzione che i requisiti del riconoscimento siano soddisfatti⁵⁰⁹. A tal proposito è significativo il duplice divieto di riesaminare la competenza giurisdizionale del giudice che ha pronunciato il

⁵⁰⁶ Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, adottato dal Consiglio e pubblicato in *G.U.C.E.* 15 gennaio 2001 C 12, p. 1 ss. Cfr.: documento di lavoro della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni relative alla potestà dei genitori del 27 marzo 2001, COM/2001/0166 def..

⁵⁰⁷ Il Regolamento CE 2201/2003 disponendo l'abolizione dell'*exequatur* per le decisioni sul diritto di visita e sul ritorno del minore ha anticipato le soluzioni accolte nel Regolamento CE 805/2004 del Parlamento e del Consiglio del 21 aprile 2004 sul titolo esecutivo europeo, in *G.U.U.E. L* n. 143 del 30 aprile 2004, p. 15 ss., che favorisce la libera circolazione delle decisioni rese in materia civile e commerciale sopprimendo la procedura di *exequatur* ed ponendo l'onere di controllare i requisiti di forma del provvedimento da eseguire in capo all'autorità dello Stato che lo ha emanato e non in capo all'autorità dello Stato di esecuzione. In questo modo, una volta emanato, il provvedimento è efficace in tutti gli Stati membri. Infatti, dopo aver verificato la sussistenza dei requisiti indicati all'art 6 del Reg. CE 804/2005, l'autorità competente dello Stato d'origine rilascia il certificato di “titolo esecutivo europeo” che, ai sensi dell'art. 20, consente di eseguire il provvedimento straniero alle stesse condizioni di una decisione giudiziaria pronunciata nello Stato membro di esecuzione. Sul titolo esecutivo europeo si vedano: CARELLA, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in CARELLA (a cura di) *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 27 ss.; FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario 805/2004*, in *RDIPP*, 2006 p. 24 ss..

⁵⁰⁸ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte Generale*, cit., pp. 322-323;

⁵⁰⁹ BARATTA, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 184, dove l'autore vede l'automaticità del riconoscimento come un passo verso un modello di integrazione di tipo federale. Egli, infatti, accosta il riconoscimento automatico delle decisioni all'interno del sistema Bruxelles all'obbligo di riconoscimento delle sentenze, previsto negli Stati Uniti d'America, nel *Full Faith and Credit Clause* (art. IV, sec. 1, Cost. USA); RAITI, *Evoluzione e tendenze della cooperazione giudiziaria in Europa*, cit., p. 241 ss..

provvedimento, stabilita in base alle norme del Regolamento (art. 24), e il merito della decisione (art. 26).

Ai sensi degli artt. 21, 22 e 23 del regolamento, la regola generale del riconoscimento automatico opera in presenza di due condizioni: *a*) che la decisione soddisfi i requisiti per il riconoscimento, tassativamente espressi dall' art. 22 (in materia matrimoniale) e dall'art. 23 (in materia di responsabilità genitoriale), i quali si presumono ricorrere in virtù della reciproca fiducia che gli Stati membri si accordano; *b*) che non vi sia contestazione sulla sussistenza dei predetti requisiti, in tal caso, infatti, sarebbe superfluo l'intervento dell'autorità dello giurisdizionale dello Stato richiesto⁵¹⁰.

In mancanza di tali requisiti il riconoscimento non è automatico, bensì agevolato. Infatti, tanto la parte che ha interesse al riconoscimento, quanto quella che ad esso si oppone, possono presentare apposita istanza per la dichiarazione di esecutività (*ex* art. 28 Reg. CE 2201/2003) dalla quale si origina un procedimento volto ad ottenere un provvedimento che consenta o neghi il riconoscimento della decisione resa in un altro Stato membro.

In altri termini, il Regolamento CE 2201/2003 subordina all'attuazione della procedura *ex* art. 28, l'esecuzione in altri Stati membri delle decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale, emesse ed esecutive, ma non necessariamente definitive, in un altro Stato membro.

A tal proposito si sottolinea come l'applicazione dell'art. 28 privi di contenuto il principio del riconoscimento automatico delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale. In tale ambito, infatti, l'attività esecutiva è pressoché sempre necessaria, con la conseguenza che, nella maggior parte dei casi, occorrerà la dichiarazione di esecutività dell'autorità competente dello Stato in cui la decisione in materia di responsabilità genitoriale deve essere eseguita⁵¹¹.

Con riferimento al rapporto tra l'art. 21 e l'art. 28 la Corte di Cassazione⁵¹², pronunciandosi sul riconoscimento di una decisione sul diritto di affidamento, ha

⁵¹⁰ QUEIROLO, SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 304.

⁵¹¹ LONG, *Riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti de potestate*, cit., p. 978 dove l'autrice, con riferimento alla sentenza Cass., S.U., 20 dicembre 2006, n. 27188, afferma che, in materia di responsabilità genitoriale, il principio dell'automatico riconoscimento delle decisioni, venga sostanzialmente annullato dal disposto dell'art. 28 poichè quando la decisione riconosciuta dispone lo sradicamento del minore dall'ambiente e dalle abitudini di vita in atto, difficilmente non vi è necessità di procedere all'esecuzione. Di conseguenza, la necessaria attività esecutiva – che si pone con notevole frequenza nei casi di sentenze sul rientro del minore - limita fortemente l'applicazione dell'automatico riferimento.

⁵¹² Cass., 20 dicembre 2006, n. 27188, in *Giust. Civ.*, 2007, p. 872: “le decisioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale, se non si sottraggono al principio generale dell'automatico riconoscimento

specificato che: l'art. 21 fissa il principio generale secondo il quale le decisioni giudiziarie rese in uno degli Stati membri, sono automaticamente riconosciute anche negli altri, non essendo a tal fine necessario alcun procedimento suppletivo. Solo nel caso in cui sussistano le circostanze ostative al riconoscimento elencate dagli articoli 22 e 23, o vi sia contestazione sull'esistenza o meno di tali circostanze, l'interessato potrà attivare un procedimento *ad hoc*, disciplinato anch'esso dall'art. 21. Tali norme sono applicabili anche in materia di potestà genitoriale, questione alla quale espressamente si riferisce l'art. 23. Pertanto, pur essendo vero che le decisioni relative alla potestà genitoriale godono dell'automatico riconoscimento, esse, ai sensi dell'art. 28, non possono costituire valido titolo di mutamento della situazione in atto, se non assistite da un'apposita declaratoria di esecutività, emessa dall'autorità competente, su istanza dell'interessato e previa notifica alla controparte. L'interpretazione appena esposta è confermata, *a contrariis*, dalla disposizione contenuta nell'art. 41 che, con riguardo alle decisioni inerenti al diritto di visita ed il rientro del minore, ne prevede sia l'automatico riconoscimento, sia l'automatica eseguibilità; ciò in forza della necessità di protezione del minore da provvedimenti che massimamente incidono sulle sue abitudini e sulla sua collocazione.

Si sottolinea come non siano soggette alla procedura di *exequatur*, le decisioni sul diritto di visita e sul ritorno del minore, ai sensi dell'art. 21 co. 3 del regolamento e le decisioni in materia matrimoniale (l'art. 28, infatti, si riferisce alle sole decisioni relative alla responsabilità genitoriale), in forza dell'estensione dell'automaticità del riconoscimento dell'aggiornamento degli atti di stato civile. Tuttavia, nel caso non raro, in cui una decisione in materia matrimoniale statuisca anche sull'esercizio della responsabilità genitoriale, ad esempio attribuendo il diritto di affidamento ad un genitore, occorrerà depositare istanza per la dichiarazione di esecuzione limitatamente al provvedimento sulla responsabilità genitoriale, mentre la parte relativa alla materia

(restando l'eventuale disconoscimento subordinato ad un'iniziativa di parte), non possono, solo perché riconosciute, essere poste in esecuzione, vale a dire non possono costituire titolo per un'attività modificativa della situazione in atto, all'uopo occorrendo, oltre alla previa notificazione, un'apposita declaratoria di esecutività, su istanza dell'interessato. La peculiarità di tale previsione, rispetto a quelle operanti per le altre decisioni (eseguibili, in assenza di diversa disposizione, come conseguenza del riconoscimento automatico), trova logica giustificazione nella forte incidenza delle pronunce sull'affidamento del minore, quando abbisognino di esecuzione, comportando lo sradicamento del minore stesso dall'ambiente e dall'abitudini di vita in atto. Una conferma di detta scelta del legislatore comunitario si desume a contrario dall'art. 41 del regolamento, nella parte in cui, con riguardo alle decisioni sul diritto di visita, cioè a pronunce connotate da più attenuata interferenza sulle posizioni del minore, ne prevede "il riconoscimento e l'eseguibilità in altro Stato membro senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività".

matrimoniale, se soggetta ad iscrizione o trascrizione sul registro di stato civile, sarà riconoscibile automaticamente.

Venendo alla disciplina del procedimento di esecuzione, è opportuno rilevare come esso sia ispirato all'*exequatur* previsto agli artt. 26 - 49 della Convenzione di Bruxelles del 1968: ha carattere monitorio e si svolge in due fasi, di cui la seconda è solo eventuale. In realtà la procedura di riconoscimento ed esecuzione è solo parzialmente regolata dal Regolamento CE 2201/2003, poiché la disciplina deve essere necessariamente completata dalle norme nazionali di procedura civile, alle quali è rimessa la determinazione delle concrete misure di esecuzione dell'atto giudiziario straniero⁵¹³.

Nella prima fase del procedimento, la parte che ha interesse a far accertare la sussistenza o la carenza dei requisiti per il riconoscimento propone istanza alla Corte di Appello nella cui circoscrizione ha residenza abituale il soggetto nei cui confronti il provvedimento deve essere fatto valere⁵¹⁴. La Corte d'Appello, quindi, accerta, senza indugio e tramite istruttoria sommaria, se ricorrano cause ostative al riconoscimento, così come elencate tassativamente dal Regolamento CE 2201/2003, art. 23. La verifica documentale del giudice non può riguardare né la competenza giurisdizionale (art. 24), né comportare una revisione del merito (art. 26), poiché accertamenti di tale tenore violerebbero il principio di reciproca fiducia tra gli ordinamenti giudiziari appartenenti al sistema Bruxelles. L'attività istruttoria consiste in una verifica documentale, in assenza di contraddittorio ai sensi dell'art. 31 par. 1 secondo cui né la parte contro cui l'esecuzione è richiesta, né il minore possono presentare osservazioni.

Questa prima fase si conclude con un provvedimento del giudice di accoglimento o rigetto dell'istanza di *exequatur*, sulla base della sussistenza o meno dei requisiti di riconoscimento previsti dall'art. 23 del regolamento. Il provvedimento viene notificato al richiedente a cura del Cancelliere, secondo le modalità previste dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione (art. 32).

⁵¹³ Cfr. art 30 Reg. CE 2201/2003. JAENTERA-JAREBORG, *Marriage Dissolution in an Integrated Europe: The 1998 European Union Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (Brussels II Convention)*, in *Yearbook of Private International Law I*, The Hague/London/Boston 1999, p. 123 ritiene che la parte del regolamento sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere sia composta dal norme "*only half-finished*".

⁵¹⁴ BARATTA, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 192. In forza del combinato disposto degli artt. 30 par. 3, 37 e 38, occorre allegare all'istanza una copia della decisione che presenti tutte le condizioni di autenticità prescritte, nonché un certificato dell'autorità competente concernente le decisioni in materia matrimoniale o di responsabilità genitoriale. Questi documenti sono redatti secondo i moduli allegati al Regolamento. Inoltre, se la decisione da riconoscere è contumaciale, la parte che ne richiede il riconoscimento o l'esecuzione deve produrre l'originale o una copia autentica del documento comprovante che la domanda giudiziale o l'atto equivalente è stato regolarmente notificato o comunicato al convenuto, oppure un deve produrre un documento che il convenuto ha inequivocabilmente accettato la decisione.

La seconda ed eventuale fase si apre con l'opposizione proposta dalla parte soccombente nella prima fase. Se l'istanza di *exequatur* è stata respinta, l'opposizione verrà proposta da colui che aveva richiesto l'*exequatur* e a tal proposito si sottolinea come l'art. 33 del regolamento non indichi un termine per proporre l'opposizione: è ipotizzabile che tale scelta risponda all'esigenza di realizzare al meglio la circolazione delle decisioni, in modo tale da consentire al richiedente l'esecuzione di avere il tempo necessario per difendersi avverso le mancanze che hanno comportato il rigetto della sua istanza⁵¹⁵. Diversamente, nel caso in cui l'istanza di *exequatur* sia stata accolta, è la parte contro cui l'esecuzione è stata fatta valere che è legittimata ad agire in opposizione avanti lo stesso giudice: in tal caso, per opporsi alla dichiarazione di esecutività è previsto un termine di un mese dalla notificazione, ai sensi dell'art. 33.

Pertanto, è solo con l'opposizione della parte avverso cui la decisione straniera è destinata da essere eseguita che il procedimento assume i caratteri del contraddittorio. Infatti, non è necessario che il procedimento abbia anche natura contenziosa, essendo questo elemento lasciato alla legge regolatrice del processo⁵¹⁶.

A proposito di procedimento *inaudita altera parte* o in contraddittorio, la Corte del Lussemburgo ha precisato che, nonostante la lettera contraria dell'art. 31 del regolamento, nel caso in cui occorra esaminare un'istanza di non riconoscimento della decisione, depositata senza che sia stata precedentemente proposta un'istanza positiva di accertamento, è necessario instaurare il contraddittorio sin dall'avvio del procedimento. In altri termini, qualora la prima fase si sia aperta su istanza della parte che risulta soccombente dalla decisione straniera, la verifica della Corte d'Appello sulla sussistenza dei requisiti necessari al riconoscimento, non avverrà *inaudita altera parte*, bensì in contraddittorio delle parti. Ciò significa che in tale ipotesi, la parte convenuta può presentare osservazioni. Si legge infatti: "la situazione prospettata nel caso di un'istanza di non riconoscimento è diversa da quella presa in considerazione all'art. 31, n. 1. Pertanto, poiché il procedimento previsto dall'art. 31 del regolamento ha un carattere esecutivo ed unilaterale, esso non può ammettere osservazioni della parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, senza acquisire natura dichiarativa e contraddittoria, il che sarebbe in contrasto con la sua stessa logica, in base alla quale i diritti della difesa sono garantiti mediante l'opposizione prevista all'art. 33 del regolamento. Al contrario, nel caso di un'istanza di non riconoscimento di una decisione giudiziaria in cui il richiedente è la

⁵¹⁵ BARATTA, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 194.

⁵¹⁶ JAENTERA-JAREBORG, *Marriage Dissolution in an Integrated Europe*, cit., p. 127.

persona contro la quale avrebbe potuto essere presentata l'istanza per la dichiarazione di esecutività ed in cui non sono soddisfatte le condizioni che giustificano l'esclusione, per la parte contro cui è chiesta l'esecuzione, della possibilità di presentare osservazioni, l'oggetto del procedimento mira ad un giudizio negativo, che, per sua natura, esige il contraddittorio. Ne consegue che la parte contro la quale è presentata l'istanza di non riconoscimento non può, nel caso di un'istanza di non riconoscimento, essere privata della possibilità di presentare osservazioni.”⁵¹⁷.

Infine, a completamento della procedura di riconoscimento ed esecuzione, l'art. 34 del Regolamento CE 2201/2003 precisa che la decisione resa sull'opposizione sia suscettibile di impugnazione, secondo le procedure che ciascuno Stato membro ha comunicato alla Commissione ai sensi dell'art. 68 del regolamento. In Italia, l'impugnazione avviene con ricorso per Cassazione.

Il giudice dell'opposizione alla dichiarazione di esecutività *ex art. 28* e quello dell'eventuale impugnazione del provvedimento che decide dell'opposizione hanno la facoltà di sospendere il procedimento – su istanza di parte interessata – se la decisione straniera è stata, nel frattempo, impugnata con mezzo ordinario o non sia ancora scaduto il termine per proporlo⁵¹⁸. In quest'ultimo caso, il giudice può fissare un termine per esperire i mezzi di impugnazione ordinari, come disposto dall'art. 35. Mentre la decisione resa al termine del giudizio di opposizione è impugnabile, il provvedimento di sospensione sembra non essere soggetto ai gravami ordinari. Una simile soluzione si pone in linea con la finalità del sistema di riconoscimento previsto dal regolamento Bruxelles II bis: istituire una procedura di *exequatur* semplice e rapida, nonché valida anche per le decisioni non definitive. Infatti, è ben immaginabile come l'impugnazione del provvedimento che rigetti l'istanza di sospensione possa ritardare l'esecuzione della decisione resa in altro Stato membro, con la conseguenza che si presterebbe ad essere utilizzata per fini dilatori dalla parte contraria all'esecuzione⁵¹⁹.

⁵¹⁷ Cfr. CGCE, 11 luglio 2008, C- 195/08, *Rinau*, in *Raccolta*, 2008, p. I-05271, punti 101-107. Con la stessa pronuncia la Corte ha evidenziato la possibilità di presentare una “istanza di non riconoscimento”, senza che sia stata precedentemente proposta una “istanza di riconoscimento”. Ciò in considerazione del fatto che la proposta di un’istanza di non riconoscimento” risponde ad esigenze diverse dall’istanza positiva, tanto dal punto di vista sostanziale – stabilità o tranquillità della famiglia – quanto procedurale, permettendo di anticipare la produzione di mezzi di prova.

⁵¹⁸ La nozione di gravame ordinario non è certamente unitaria, pertanto essa viene ricostruita in maniera autonoma: DE CRISTOFARO, *Presupposti e rimedi per il provvedimento che sospende l'opposizione all'exequatur o il riconoscimento di sentenza comunitaria*, in *RDIPP*, 1998, p. 755.

⁵¹⁹ BARATTA, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 195.

2.1 Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti sul diritto di visita e sul ritorno del minore.

Anticipando le soluzioni accolte nel Regolamento CE 804/2005 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e rispettando il programma di riconoscimento reciproco adottato tra gli Stati membri nel 2001⁵²⁰, il Regolamento CE 2201/2003 dispone l'abolizione dell' *exequatur* per due categorie di decisioni afferenti alla materia della responsabilità genitoriale: il diritto di visita⁵²¹ ed il ritorno del minore⁵²². Tale scelta è dettata dall'esigenza di celerità del procedimento allo scopo di tutelare il benessere psico-fisico del minore, esigenza che è particolarmente sentita nell'ambito del diritto di visita e del ritorno del minore nello Stato di residenza abituale, dopo un illecito trasferimento. Il benessere del minore appare, infatti, rappresentato, da un lato, dalla possibilità di quest'ultimo di mantenere relazioni personali e contatti diretti regolari con entrambi i genitori⁵²³ e, dall'altro, dal fatto di non essere allontanato forzatamente dal luogo in cui ha stabilito il centro dei suoi legami affettivi e parentali⁵²⁴.

Prima di analizzare la procedura di esecuzione, è bene determinare il significato di diritto di visita ed individuare i soggetti ai quali esso può essere attribuito.

Il diritto di visita è definito all'art. 2 n. 10 del Regolamento CE 2201/2003 secondo il quale per diritto di visita si intende, in particolare, il diritto di condurre il minore in un

⁵²⁰ Cfr. Cap. IV, par. 1.

⁵²¹ Sul diritto di visita si vedano: MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita nel Regolamento (CE) 2201/2003*, in *RDIPP*, 2005, p. 339 ss.; MAGRONE, *L'esecuzione delle decisioni in materia familiare*, in CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 225; BARUFFI, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2005; BARUFFI, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 259 ss.; QUEIROLO, SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 277 ss..

⁵²² Sul riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti sul ritorno del minore si vedano: ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori*, cit., p. 283 ss.; BARUFFI, *Osservazioni sul Regolamento Bruxelles II bis*, in BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, pp.205-212; BIAGIONI, *Il nuovo Regolamento*, cit., p. 1033 ss.; BIAVATI, *Il riconoscimento ed il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2003, p. 1241 ss..

⁵²³ Cfr. art. 9 par. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 e l'art. 3 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulle relazioni personali riguardanti i minori, aperta alla firma a Strasburgo il 15 maggio 2003 ed entrata in vigore il 1° settembre 2005, non ancora ratificata dall'Italia, disponibile su www.coe.int/conventions. DE CESARI, *Principi e valori alla base della disciplina comunitaria*, in PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere. Atti del Convegno tenuto presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 1° ottobre 2005*, Trento, 2006, p. 30 ss..

⁵²⁴ Salvo che ciò non sia concretamente in contrasto con l'interesse preminente del minore stesso. Si vedano in giurisprudenza: Cass., 10 ottobre 2003, n. 15145, in *RDIPP*, 2004, p. 1023 ss.; Cass., 16 luglio 2004, n. 13167, in *RDIPP*, 2005, p. 147 ss..

luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo⁵²⁵. L'inciso "in particolare" indica come il Regolamento CE 2201/2003 abbia inteso il diritto di visita in modo ampio, riconducendo ad esso anche, ma non solo, il diritto di condurre il minore lontano dal luogo di abituale residenza, per un limitato periodo di tempo. Da tale nozione estensiva del diritto di visita, si può definire il diritto di visita transfrontaliero considerato dall'art. 41 co. 3. che consente il rilascio d'ufficio del certificato utile all'esecuzione agevolata della decisione solo qualora la fattispecie rivesta già all'atto della decisione carattere transfrontaliero, mentre esso sarà rilasciato su istanza di parte qualora la fattispecie acquisti tale carattere successivamente alla decisione⁵²⁶.

E' quindi opportuno distinguere il caso di diritto di visita transfrontaliero⁵²⁷. Considerando la nozione estensiva del diritto di visita è possibile affermare che sia applicabile la procedura di esecuzione agevolata (senza *exequatur*) ogni volta in cui l'esercizio del diritto di visita comporti lo spostamento di un soggetto – non necessariamente il minore, ma anche il titolare del diritto che si sposti dal suo Stato di residenza a quello di residenza abituale del minore - da uno Stato membro all'altro. Tale ampia nozione di diritto di visita transfrontaliero appare coerente con la tutela dell'interesse preminente del minore, poiché assicura un'esecuzione della decisione più celere⁵²⁸.

Un'ulteriore considerazione riguarda i titolari del diritto di visita *ex art 40 co. 1 lett a)*. Sul punto la dottrina è divisa. Da un lato, è possibile affermare che il diritto di visita

⁵²⁵ La norma si ispira all'art. 5 della Convenzione del Lussemburgo del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori che prevede che il diritto di visita può includere il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo.

⁵²⁶ La Guida pratica al Regolamento chiarisce che, qualora il diritto di visita abbia anche solo potenzialmente carattere transfrontaliero – ad esempio nel caso in cui i titolari della responsabilità genitoriale posseggano cittadinanze diverse – il giudice dovrebbe considerare "good practice" rilasciare il certificato contestualmente alla decisione. *Practice guide for the application of the new Brussels II Regulation*, disponibile sul sito www.europa.eu, p. 24; MAGRONE, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., p. 232.

⁵²⁷ MAGRONE, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., p. 232.

⁵²⁸ BARUFFI, *Il diritto di visita*, cit., p. 164; MAGRONE, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., p. 232. Per contro, BIAGIONI, *Il regolamento*, cit., p. 1033: l'autore non accoglie la nozione estensiva del diritto di visita, sostenendo che: "La soppressione dell'*exequatur* opera peraltro in un ambito assai limitato. In primo luogo, essa riguarda le decisioni in materia di diritto di visita, che il regolamento definisce come "in particolare, il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo" (art. 2 n. 10). La qualificazione così operata ha l'effetto di restringere la nozione, in quanto implica che il diritto di visita venga esercitato col trasferimento temporaneo della residenza del minore; il trasferimento deve avere carattere transfrontaliero, ma è sufficiente che questo carattere sussista al momento in cui si chiede l'esecuzione della decisione, anche se in origine il procedimento riguardava una situazione puramente interna. Non si è in presenza invece, stando all'interpretazione letterale del regolamento, di un diritto di visita, riconoscibile ed eseguibile secondo la procedura semplificata, quando esso debba essere esercitato nello Stato di residenza abituale del minore (diverso dallo Stato di origine della decisione).".

non sia attribuibile solo ai genitori, ma a chiunque sia il titolare della responsabilità genitoriale in base alla legge applicabile (nonni, altri parenti o terza persona). Ciò risulta dall'eliminazione dal testo definitivo dell'art. 40 dell'inciso "riconosciuto a un genitore del minore", che invece figurava nella proposta di Regolamento formulata dalla Commissione nel 2002⁵²⁹, ma non solo: la Guida pratica redatta dalla Commissione nell'ambito della rete giudiziaria civile e commerciale indica sempre gli "*holders of parental responsibility*" e non i "*parents*". Tale orientamento pare essere in linea con il sistema del Regolamento Bruxelles II bis, che, all'art. 2 n. 7, attribuisce la responsabilità genitoriale alla persona fisica o giuridica investita del diritto-dovere di occuparsi della persona e dei beni del minore e, all'art. 2 n. 8 indica esplicitamente che il titolare della responsabilità genitoriale può essere qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di un genitore su un minore. Di conseguenza, se i titolari della responsabilità genitoriale non sono necessariamente solo i genitori, non è comprensibile come il diritto di visita - ed in particolare le disposizioni sul riconoscimento delle decisioni in tema - sia limitato solo ad essi. Una spiegazione di tale limitazione può risiedere nelle notevoli diversità tra le normative statali in materia di diritto di visita dei titolari di responsabilità genitoriale che non siano i genitori (di solito più flessibili nei confronti dei genitori e più rigide quando l'esercizio del diritto di visita è attribuito ad altre persone, benché parenti del minore). Ancora, l'art. 24 par. 3 della CEDU stabilendo che ogni bambino abbia diritto ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, sembra sottolineare come il diritto di visita vada riconosciuto solo ai genitori o alle persone che in concreto esercitino la responsabilità genitoriale⁵³⁰.

Relativamente alla procedura di riconoscimento ed esecuzione, rilevano gli artt. 40 e seguenti del Regolamento CE 2201/2003. In particolare, gli artt. 41 co. 1 e 42 co. 1 del Regolamento prevedono che una decisione emessa in uno Stato membro che disponga, rispettivamente, l'attribuzione del diritto di visita o il ritorno del minore illecitamente sottratto ex art. 11 co. 8, qualora sia esecutiva nello Stato d'origine e sia ivi stata certificata in conformità delle disposizioni dello stesso Regolamento, è riconosciuta ed eseguibile in un altro Stato membro senza alcun procedimento, ma soprattutto senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento⁵³¹. Già dalla lettera delle disposizioni appare chiaro come il procedimento di riconoscimento ed esecuzione di tali decisioni sia

⁵²⁹ COM(2002)222 def. 3 maggio 2002. MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita*, cit., p. 363, nota 66.

⁵³⁰ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte generale.*, cit., p. 325.

⁵³¹ Per un commento si veda: TOMASI, *Artt. 40-46 Reg. CE 2201/2003*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 2491 ss..

decisamente più celere, e quindi agevolato, rispetto a quello previsto per gli altri istituti riconducibili alla responsabilità genitoriale⁵³², ma è bene sottolineare che tale sistema agevolato concorre con quello ordinario (*ex artt. 21*) ai sensi dell'art. 40 co. 2 secondo cui: “le disposizioni della presente sezione (esecuzione di talune decisioni in materia di diritto di visita e di talune decisioni che prescrivono il ritorno del minore) non ostano a che il titolare della responsabilità genitoriale chieda il riconoscimento e l'esecuzione delle disposizioni contenute nelle sezioni 1 (riconoscimento) e 2 (istanza per la dichiarazione di esecutività) del presente capo”. Ciò significa che il mancato rilascio del certificato non pregiudica la possibilità di ottenere l'esecuzione della decisione⁵³³. Tuttavia è bene osservare che, se il mancato rilascio del certificato è dovuto ad irregolarità procedurali, il riconoscimento della decisione sarà comunque ostacolato dalla previsione dell'art. 23 lett. c) e lett. d) secondo cui non sono riconosciuti i provvedimenti resi in materia di responsabilità genitoriale se sono stati emessi senza aver ascoltato il minore (salvo i casi d'urgenza), e se la domanda giudiziale non è stata notificata o comunicata al convenuto in modo tale da garantirgli il diritto di difesa.

Infatti, le condizioni per il rilascio del certificato, indicate all'art. 41 co. 2 attengono la regolarità procedurale del processo svoltosi dinnanzi al giudice dello Stato d'origine. Affinchè il giudice possa certificare la propria decisione in materia di diritto di visita, consentendo, quindi, l'esecuzione agevolata della stessa, devono sussistere le seguenti condizioni: a) nel caso di procedimento contumaciale, la domanda giudiziale (o l'atto equivalente) deve essere stata notificata o comunicata al convenuto in tempo utile, in modo tale che quest'ultimo abbia potuto presentare le proprie difese, o diversamente, che sia stato comunque accertato che il convenuto abbia inequivocabilmente accettato la decisione; b - c) tutte le parti interessate, compreso il minore, devono aver avuto la possibilità di essere ascoltate, a meno che l'audizione del minore non venga ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità⁵³⁴.

⁵³² McELEVAY, *Brussels II bis: Matrimonial matters, parental responsibility, child abduction, and mutual recognition*, in *Int. Comp. Law quarterly*, 2004, p. 511, ove l'autore parla di “fast track regime” per le decisioni sul diritto di visita e sul ritorno del minore.

⁵³³ Del tutto analogamente i considerando n. 20 e 27 del Reg. CE 804/2005 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati attribuiscono al creditore la possibilità di scegliere tra la disciplina agevolata di esecuzione prevista dallo stesso Regolamento o quella di cui al Reg. CE 44/2001.

⁵³⁴ Nella versione italiana del Regolamento CE 2201/2003 all'art. 41 lett. c) si legge: “ il minore ha avuto al possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione non sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità”. L'errore materiale di traduzione è evidente. Sull'audizione del minore si veda ampiamente: MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita*, cit., 2005, pp. 365-366.

Analogamente, il giudice che ha emesso un provvedimento di ritorno del minore rilascia il certificato soltanto se: A) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità; b) le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; c) l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso in conformità dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980.

Il certificato, quindi, attesta la sussistenza delle predette condizioni, la cui mancanza – secondo il normale meccanismo di riconoscimento - potrebbe costituire motivo di diniego del riconoscimento stesso: le condizioni di cui all'art. 41, infatti, compaiono anche tra i motivi di non riconoscimento *ex art. 23*⁵³⁵. Ciò dimostra come la regolarità della procedura, rivolta al rispetto del diritto di difesa, sia una condizione irrinunciabile ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione, tant'è vero che essa si riscontra in tutto il sistema di riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale, siano esse prese da uno Stato membro⁵³⁶ o da uno Stato terzo⁵³⁷.

Il certificato che consente l'esecuzione agevolata viene redatto nella lingua della decisione, sulla base dei modelli allegati III e IV al Regolamento CE 2201/2003, e depositato dinanzi al giudice dello Stato richiesto ai sensi dell'art 45: esso, oltre ad attestare la regolarità della procedura, contiene informazioni di carattere pratico utili a facilitare l'esecuzione del provvedimento: nomi ed indirizzi dei titolari del diritto di visita, obblighi specifici posti in capo al titolare della responsabilità genitoriale e del beneficiario del diritto di visita, con indicazione delle eventuali limitazioni connesse al suo esercizio⁵³⁸.

Ai fini dell'esecuzione, le decisioni certificate sono equiparate ai provvedimenti pronunciati nello Stato di esecuzione: sono le norme di tale Stato che disciplinano il procedimento di esecuzione (art. 47 co. 1), che si svolgerà alle stesse condizioni che si

⁵³⁵ BIAGIONI, *Il Regolamento*, cit., p. 1033.

⁵³⁶ Cfr. art. 23 Reg. CE 2201/2003.

⁵³⁷ Cfr. art. 64 l. 218/1995.

⁵³⁸ *Practice Guide*, cit., p. 26; Per qualche indicazione pratica: CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale di potestà parentale*, cit., 2004, p. 291 ss; BARUFFI, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 279, secondo la quale la parte che chiede l'esecuzione dei provvedimenti *ex artt. 41 e 42* deve produrre solo la copia autentica della decisione ed il relativo certificato (che, *ex art 43*, non è soggetto ad alcuna impugnazione, salvo rettifica di errori materiali). BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 143 ss; BIAVATI, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni*, cit., p. 1254, secondo l'autore non è necessario acquisire nello Stato richiesto anche un ordine di esecuzione, pur se attribuito in via automatica, poiché l'art. 47 del Reg. CE 2201/2003 con la locuzione "procedimento di esecuzione" si riferirebbe "unicamente alle regole esecutive-attuative in senso stretto, e non anche al conseguimento del titolo esecutivo in senso processuale".

applicherebbero se la decisione fosse stata pronunciata in tale Stato membro (art. 47 co. 2). Unico motivo ostativo all'esecuzione di una decisione già certificata è l'incompatibilità di quest'ultima con una decisione esecutiva emessa posteriormente (art. 47 co. 2).

Infine si sottolinea come il certificato, una volta rilasciato, non possa essere revocato. Esso, però, segue le vicende della decisione e della sua esecutività, come si deduce dall'art. 44 del Regolamento secondo cui il certificato ha effetto soltanto nei limiti del carattere esecutivo della sentenza". Da questo punto di vista, quindi, è possibile sostenere che la sospensione dell'esecutività della decisione nello Stato d'origine giustifichi anche la sospensione dell'esecuzione nello Stato richiesto⁵³⁹ e che se la decisione viene annullata o riformata nell'ordinamento di origine, il certificato perde parimenti effetto. Tale circostanza può esser fatta valere dinanzi al giudice dello Stato richiesto, in quanto fa venir meno il titolo esecutivo, con mezzi del genere dell'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 cod. proc. civ. italiano*. Con lo stesso mezzo si dovrebbe poter dedurre anche l'incompatibilità con un giudicato dello Stato richiesto o di un altro Stato membro, che nel regime previgente avrebbe prefigurato un motivo di non riconoscimento della decisione⁵⁴⁰.

Inoltre, il provvedimento con cui il certificato viene rilasciato non può essere impugnato neppure nello Stato d'origine, ma è soggetto a mera rettifica degli errori materiali secondo il diritto interno. Qualora il giudice dello Stato di origine abbia erroneamente rilasciato il certificato per una decisione che non è esecutiva (ad esempio, perché l'efficacia è sospesa in appello), la circostanza potrà dar luogo solo ad opposizione all'esecuzione nello Stato richiesto. Qualora, invece, i requisiti richiesti dall'art. 41 o dall'art. 42 risultino inesattamente certificati, la circostanza potrà semmai rilevare ai fini dell'impugnazione della decisione, ma non potrà essere dedotta nello Stato richiesto, risolvendosi in un controllo sull'esistenza dei requisiti, che il regolamento ha inteso sopprimere⁵⁴¹.

⁵³⁹ BIAGIONI, *Il Regolamento*, cit., p. 1033.

⁵⁴⁰ BIAGIONI, *Il Regolamento*, cit., p. 1033 secondo l'autore "L'incompatibilità dovrebbe evidentemente riguardare una decisione successiva, trattandosi di provvedimenti che vengono adottati allo stato degli atti e dunque sono destinati ad essere sostituiti da una decisione successiva sullo stesso minore e con lo stesso oggetto (cfr. in tal senso, nell'ambito della procedura di *exequatur*, anche l'art. 23, lettere *e*) ed *f*), del regolamento). Di conseguenza, viene a mancare il titolo esecutivo su cui l'esecuzione si fonda e diviene esperibile l'opposizione all'esecuzione." Analogamente cfr. art. 21 Reg. CE 805/2004.

⁵⁴¹ In questi termini: BIAGIONI, *Il Regolamento*, cit., p. 1034.

3. Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese negli Stati terzi.

In tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni rese in Stati terzi rispetto al sistema Bruxelles, vengono in rilievo gli artt. 64, 65 e 67 della l. 218/1995. La prima disposizione, l'art. 64, è la norma generale sul riconoscimento delle sentenze straniere⁵⁴²; l'articolo successivo, il 65⁵⁴³, disciplina il riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di *status* personali, rapporti di famiglia e diritti della personalità, l'art. 66 dispone il riconoscimento dei provvedimenti di volontaria giurisdizione⁵⁴⁴ ed, infine, l'art. 67 indica il procedimento necessario all'attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri, siano essi di volontaria giurisdizione che di contestazione del riconoscimento⁵⁴⁵. L'art 64 prevede il riconoscimento automatico delle sentenze straniere, al ricorrere dei requisiti espressi dalla stessa norma. Ciò significa che le sentenze straniere – senza che sia necessario ricorrere ad alcun procedimento – producono l'effetto di giudicato sostanziale e processuale sia tra le parti, sia nei confronti dell'autorità giurisdizionale. L'effetto di giudicato si esplica dal punto di vista positivo, e quindi nell'obbligo di attenersi alla decisione resa all'estero, sia dal punto di vista negativo, nel senso di impedimento al formarsi di un giudicato italiano sulla stessa controversia. In virtù dell'automaticità del riconoscimento, gli effetti appena descritti prescindono da qualsiasi atto del giudice italiano, o, più in generale, da qualsiasi attività giurisdizionale o amministrativa propria del nostro ordinamento ed, anzi, gli effetti di cosa giudicata

⁵⁴² Per un commento sull'art. 64 l. 218/1995 si vedano: BARIATTI, *Art. 64*, in AA.VV., *Commento alla legge 31 maggio 1995, n. 218*, in *RDIPP*, 1995, p. 1223 ss.; VISMARA, *Art. 64*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla riforma di diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 311 ss.; MARESCA, *Artt. 64,65, 66*, cit., p. 1460 ss.; BAREL, *Art. 64*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 2424 ss..

⁵⁴³ Per un commento sull'art. 65 l. 218/1995 si vedano: BARIATTI, *Art. 65*, in AA.VV., *Commento alla legge 31 maggio 1995, n. 218*, in *RDIPP*, 1995, p. 1232 ss.; VISMARA, *Art. 65*, cit., p. 322 ss.; MARESCA, *Artt. 64,65, 66*, cit., p. 1460 ss.; BAREL, *Art. 65*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 2435 ss.; PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma di diritto internazionale privato*, cit., p. 381 ss..

⁵⁴⁴ Per un commento sull'art. 66 l. 218/1995 si vedano: BARIATTI, *Art. 66*, in AA.VV., *Commento alla legge 31 maggio 1995, n. 218*, in *RDIPP*, 1995, p. 1240 ss.; VISMARA, *Art. 66*, cit., p. 326 ss.; MARESCA, *Artt. 64,65, 66*, cit., p. 1460 ss.; BAREL, *Art. 66*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 2438 ss..

⁵⁴⁵ Per un commento sull'art. 67 l. 218/1995 si vedano: BARIATTI, *Art. 67*, in AA.VV., *Commento alla legge 31 maggio 1995, n. 218*, in *RDIPP*, 1995, p. 1242 ss.; VISMARA, *Art. 67*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla riforma di diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 329 ss.; MARESCA, *Art. 67*, in BARIATTI (a cura di), *l. 31 maggio 1995, n. 218, Riforma di diritto internazionale privato*, in *NLCC*, 1996, p. 1482 ss.; BAREL, *Art. 67*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 2440 ss..

preesistono all'eventuale accertamento dei presupposti di riconoscimento della sentenza straniera⁵⁴⁶.

I presupposti per il riconoscimento automatico ai sensi dell'art. 64 sono, brevemente, i seguenti: *a)* sussistenza della competenza internazionale; *b)* regolare instaurazione del processo estero; *c)* regolare costituzione delle parti nel processo estero; *d)* passaggio in giudicato della decisione straniera; *e)* non contrasto della decisione straniera con un giudicato italiano; *f)* non pendenza in Italia di un processo per lo stesso oggetto e tra le stesse parti, iniziato prima dell'instaurazione del processo estero; *g)* non contrarietà all'ordine pubblico⁵⁴⁷.

La lettera dell'art. 64 non indica alcun limite all'applicazione *rationae materiae* della norma, di conseguenza, essa è applicabile ogniqualvolta vi sia necessità di riconoscere una sentenza resa all'estero, in uno Stato terzo. Si sottolinea come la rubrica ed il testo dell'articolo in esame facciano riferimento alle "sentenze" straniere, intendendosi per esse qualsiasi atto, di natura amministrativa o giurisdizionale, che abbia deciso un procedimento, il quale, se si fosse tenuto in Italia, si sarebbe concluso con una sentenza. Poiché "sentenza" è un termine tecnico che non sempre trova un esatto corrispondente negli ordinamenti stranieri, la Relazione prosegue precisando che, anche al di fuori della precisa corrispondenza tra atto straniero e sentenza italiana, è da considerare sentenza il provvedimento straniero che abbia per effetto l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un diritto soggettivo, di capacità o di una situazione personale⁵⁴⁸. Si ottiene, così, una definizione di sentenza molto ampia.

In materia di responsabilità genitoriale, accanto alla norma generale sul riconoscimento automatico, vengono in rilievo l'art. 65 sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di *status* personali, diritti della personalità e rapporti di famiglia e l'art. 66 sui provvedimenti di volontaria giurisdizione. Infatti, l'istituto della responsabilità genitoriale, comprendendo in sé i rapporti tra genitori e figli e le misure di protezione dei minore⁵⁴⁹, può essere ricondotto all'ambito dei rapporti familiari di cui all'art. 65; la rilevanza dell'art. 66 si giustifica con il frequente ricorso ai procedimenti di volontaria giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale, soprattutto con riferimento ai provvedimenti sulle misure di protezione del minore.

⁵⁴⁶ BARIATTI, *Art. 64*, cit., p. 1224; MIELE, *La cosa giudicata straniera*, Padova, 1989, p. 11 ss..

⁵⁴⁷ Vedi *infra* Cap. IV, par. 6.

⁵⁴⁸ Relazione ministeriale, cit., p. 942.

⁵⁴⁹ LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003*, cit., p. 1144 ss..

L'art. 65 contiene una forma di riconoscimento diversa da quella dell'art. 64. Da un lato il riconoscimento ex art. 65 è materialmente limitato, a differenza di quanto previsto dall'art. 64 in cui non vi è alcuna limitazione *rationae materiae*; dall'altro lato il riconoscimento ex art. 65 si presenta più esteso *ratione obiecti* rispetto a quello ex art. 64⁵⁵⁰, riferendosi il primo a tutti i provvedimenti resi all'estero (nelle materie previste dalla norma) ed intendendosi per provvedimenti tutti gli atti adottati da un'autorità dotata di competenza a conoscere e decidere una controversia, con la conseguenza che la categoria dei provvedimenti risulti più ampia di quella delle sentenze. Pertanto possano considerarsi provvedimenti stranieri anche le ordinanze e i decreti, nonché le stesse sentenze⁵⁵¹, restano, invece, esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 65 provvedimenti di volontaria giurisdizione, il cui riconoscimento è disciplinato dall'art. 66 l. 218/1995.

Anche per quanto riguarda i requisiti per il riconoscimento si riscontrano differenze tra le due norme: l'art. 65, infatti, considera come motivi ostativi al riconoscimento solo la contrarietà all'ordine pubblico internazionale ed il mancato rispetto dei diritti di difesa durante lo svolgimento del processo estero.

La differenza più rilevante tra la forma di riconoscimento prevista dall'art. 64 e quella ex art. 65 consiste nella previsione di quest'ultimo del c.d. riconoscimento mediante richiamo internazionalprivatistico⁵⁵², attraverso il quale i provvedimenti resi all'estero vengono riconosciuti nell'ordinamento del foro mediante l'applicazione delle norme di conflitto. In altri termini, sono le norme straniere richiamate dalla norma di conflitto dell'ordinamento del foro ad attribuire al provvedimento reso all'estero determinati effetti all'interno dell'ordinamento dello Stato richiesto di riconoscimento⁵⁵³.

⁵⁵⁰ VISMARA, *Art. 65*, cit., p. 323.

⁵⁵¹ Così Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, cit., p. 342 ss.

⁵⁵² Sul richiamo internazionalprivatistico si veda ampiamente: PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986. A p. 50 l'autore considera il c.d. metodo di coordinamento tra ordinamenti ai fini del riconoscimento delle sentenze straniere definendolo, brevemente, come il metodo di riconoscimento che si caratterizza "nell'ipotesi di creazione nel foro di una situazione giuridica, per il fatto che, attraverso l'assunzione del punto di vista di un determinato ordinamento straniero, l'ordinamento del foro tende a far sì che la situazione giuridica che vada creata al proprio interno sia valida, dal punto di vista internazionalprivatistico, e quindi, riconoscibile nell'ambito dell'ordinamento straniero in questione (...) il requisito della riconoscibilità in un ordinamento straniero di una situazione giuridica che vada creata nel foro si configura, formalmente, come un elemento condizionante la competenza internazionale dell'organo statale chiamato a costituire tale situazione, come un requisito materiale di validità della situazione medesima, o come un elemento che ne condizioni all'estero l'efficacia."; BARIATTI, *Art. 65*, cit., p. 328 ss.

⁵⁵³ Il riconoscimento mediante richiamo internazionalprivatistico non è una novità introdotta con la riforma del diritto internazionale privato, ma un principio già noto in dottrina ed in giurisprudenza, pur con differenti ricostruzioni teoriche. Si vedano: MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, p. 353 ss.; ZICCARDI, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1946, p. 63 ss.; ZICCARDI, *Considerazioni sul valore delle sentenze straniere*, in *RDIPP*, 1954, p. 481 ss.; BARILE,

Secondo il richiamo intenzionalprivatistico espresso dall'art. 65 l. 218/1995, i provvedimenti stranieri resi in materia di responsabilità genitoriale⁵⁵⁴ possono essere riconosciuti in Italia alla sola condizione che i medesimi siano efficaci nell'ordinamento straniero richiamato dalle norme di conflitto del foro, a nulla rilevando la competenza internazionale del giudice straniero e la legge applicata da quest'ultimo⁵⁵⁵. Pertanto essi otterrebbero l'efficacia di cosa giudicata, l'eventuale efficacia esecutiva, nonché l'efficacia sostanziale di diritto privato, in conseguenza dell'avvenuta concretizzazione normativa dei precetti generali di legge dettati dall'ordinamento competente, individuati secondo le nostre norme di conflitto applicabili ai rapporti giuridici considerati nella decisione straniera. Tale efficacia sostanziale delle pronunce giudiziali rese nell'ordinamento "competente" (quello richiamato dalle norme di conflitto) opererebbe senza che la decisione straniera venga confrontata con i requisiti previsti dalla norma generale sul riconoscimento (art. 64), rilevando, in materia di responsabilità genitoriale i requisiti previsti dallo stesso art. 65: la non contrarietà all'ordine pubblico degli effetti che la decisione straniera possa produrre all'interno dell'ordinamento del foro ed il rispetto dei diritti di difesa durante lo svolgimento del processo all'estero⁵⁵⁶.

E' bene specificare che il riferimento dell'art. 65 alla legge resa applicabile nei diversi casi dalle norme di conflitto italiane, ha un valore meramente indiretto e strumentale, in quanto tale legge serve a individuare gli ordinamenti nel cui ambito le sentenze straniere devono risultare efficaci per poter essere riconosciute in Italia. Vi è, quindi, un

Appunti di diritto pubblico straniero nell'ordinamento nazionale, Milano, 1948, p. 35 ss.; PICONE, *Ordinamento competente*, cit., p. 84 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 406 ss.. In giurisprudenza: Cass., S.U., 15 luglio 1974, n. 2126, in *RDIPP*, 1975, p. 133 ss.; Cass., S.U., 5 settembre 1986, n. 5426, in *RDIPP*, p. 1988, p. 94 ss.; Cass., 25 maggio 1985, n. 3187, in *RDIPP*, 1985, p. 871 ss.; Cass., 9 aprile 1990, n. 2966, in *RDIPP*, 1991, p. 742 ss..

⁵⁵⁴ CONSOLO, *Evoluzione*, cit., pp. 585-586 evidenzia come la dottrina del riconoscimento mediante le norme di conflitto riguardi non solo i provvedimenti di giurisdizione volontaria o i provvedimenti e le sentenze costitutive, ma anche i provvedimenti dichiarativi. Questi ultimi rivestirebbero - accanto all'efficacia di cosa giudicata e all'eventuale efficacia esecutiva, soggette entrambe alla delibazione siccome effetti processuali - una efficacia sostanziale di diritto privato, frutto dell'avvenuta concretizzazione normativa dei precetti generali di legge dettati dall'ordinamento competente, secondo le nostre norme di conflitto, a regolare quei rapporti.

⁵⁵⁵ PICONE, *L'art. 65 della legge italiana*, cit., p. 381.

⁵⁵⁶ BARIATTI, *Art. 65, Riconoscimento di provvedimenti stranieri*, cit., pp. 329-330; CONSOLO, *Evoluzione*, cit., p. 587 si dimostra critico nei confronti dell'interpretazione esposta: "Questa tesi si fonda su una distinzione tra efficacia di accertamento ed efficacia normativa privatistica delle sentenze che non è facilmente condivisibile in linea generale se non con riguardo alle sentenze costitutive che hanno appunto, e per definizione, l'effetto di intervenire nel tessuto sostanziale dell'ordinamento come fatti produttivi di vicende modificative delle situazioni giuridiche soggettive. Ad ogni buon conto, è certo che questa tesi ha ricevuto non solo un largo avallo dottrinale, ma altresì una significativa ricezione giurisprudenziale e dunque ha fortemente influenzato i redattori del progetto governativo che con l'art. 65 hanno appunto cercato di dare ingresso ai principali corollari applicativi di tale tesi".

riferimento all'ordinamento straniero richiamato, nel suo funzionamento complessivo⁵⁵⁷. Se l'ordinamento richiamato dalle norme di conflitto è da considerarsi nel suo complesso, allora sarà possibile il riconoscimento sia delle sentenze emanate in tale ordinamento, sia di quelle da quest'ultimo riconosciute (e quindi fatte valere da esso a pari titolo delle prime). Tale interpretazione del riconoscimento mediante richiamo internazionalprivatistico è alla base di un metodo di coordinamento dell'ordinamento del foro con gli ordinamenti stranieri, chiamato metodo del riferimento all'ordinamento (straniero) competente⁵⁵⁸.

Un ultimo profilo di analisi riguarda il controllo di competenza. La lettera dell'art. 65 indica che sia possibile il riconoscimento di provvedimenti stranieri quando essi siano pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme di conflitto della legge 218/1995. Il predetto dato fattuale, unito al richiamo dell'ordinamento straniero nel suo complesso⁵⁵⁹, potrebbe far pensare che, anche ai fini del riconoscimento *ex art. 65*, sia necessario un controllo sulla competenza internazionale del giudice che ha emesso il provvedimento da riconoscere. Tale controllo, tuttavia, è escluso. Si consideri, infatti, che l'art. 65 consente anche il riconoscimento delle sentenze straniere efficaci nell'ordinamento straniero di riferimento per essere state ivi riconosciute in quanto provenienti da un terzo Stato. In questi casi, il controllo della competenza internazionale del giudice del terzo Stato verrà evidentemente effettuato dall'ordinamento straniero in causa, mentre quello italiano si dovrebbe limitare a dar rilievo al solo fatto che la sentenza

⁵⁵⁷ BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma*, cit., pp. 162-164; BARIATTI, *Riflessioni sul riconoscimento delle sentenze civili e dei provvedimenti stranieri nel nuovo ius comune italiano*, in *Collisio Legum. Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1996, p. 47 ss.; PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti*, cit., pp. 659-661; PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, cit., p. 384.

⁵⁵⁸ Così PICONE, *L'ordinamento competente*, cit., p. 59 ss., dove l'autore indica alcuni esempi (ora risalenti) di ordinamenti stranieri che considerano il metodo dell'ordinamento competente al fine del riconoscimento delle decisioni straniere. Tra le norme sul riconoscimento che prevedono o prevedevano il metodo dell'ordinamento competente vi sono: l'art. 56 della legge federale svizzera del 24 dicembre 1874 sul matrimonio tra stranieri che prevedeva che: "l'istanza per il divorzio o nullità non può essere dai tribunali ammessa se non nel caso che venga provato che lo Stato a cui i coniugi appartengono riconoscerà il giudizio che sarà pronunciato"; l'art. 606b n. 1 della ZPO della Germania Federale, il quale subordina la competenza giurisdizionale dei tribunali federali in materia di cause matrimoniali tra stranieri, al fatto che almeno uno dei coniugi abbia la residenza in Germania e che la decisione resa dal Tribunale tedesco sarà riconosciuta nell'ordinamento nazionale del marito; l'art. 1 cap. VI della legge svedese dell'8 luglio 1904 sul matrimonio, la tutela e l'adozione secondo il quale "uno straniero non può adottare o essere adottato in Svezia se non quando l'adozione è valida nello Stato di cui ha la cittadinanza"; PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma di diritto internazionale privato*, cit., p. 385;

⁵⁵⁹ PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento*, cit., p. 705: "il riferimento alla legge per noi applicabile non ha lo scopo di richiedere che proprio tale legge sia stata applicata dal giudice straniero, ma ha un valore solo indiretto e strumentale, in quanto la legge medesima viene in rilievo al sol fine di individuare gli ordinamenti nel cui ambito le sentenze straniere devono risultare efficaci, al fine di poter essere riconosciute in Italia".

sia già efficace nel predetto ordinamento⁵⁶⁰. Di conseguenza il controllo sulla competenza giurisdizionale non dovrebbe effettuarsi nemmeno con riferimento alle sentenze pronunciate nello Stato il cui ordinamento è richiamato dalle norme della l. 218/1995, altrimenti si individuerebbero due procedure di riconoscimento diverse: una riferita ai provvedimenti resi dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della l. 218/1995, per i quali sarebbe necessario un controllo sulla competenza; l'altra riferita ai provvedimenti pronunciati in un terzo Stato ed efficaci nello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della l. 218/1995, per i quali non sarebbe necessario un controllo sulla competenza, poiché quest'ultimo sarebbe già stato effettuato dallo Stato in cui il provvedimento ha efficacia.

Alla luce della differente portata dell'art. 65 rispetto alla norma generale *ex art. 64*, ci si chiede, che rapporto vi sia tra le due norme considerate: se di complementarità o di alternatività. In proposito si riscontra un'argomentazione dottrinale vivace⁵⁶¹.

Un primo orientamento, confortato anche dalla giurisprudenza di merito⁵⁶², sostiene la tesi dell'alternatività tra le due forme di riconoscimento, affermando la prevalenza del riconoscimento *ex art. 65*, nelle materie in cui è ammesso ed a condizione che sussistano i presupposti indicati dalla stessa norma⁵⁶³. La tesi dell'alternatività è fondata sull'eliminazione dell'inciso di aperture dell'allora art. 67 del progetto presentato dalla Commissione ministeriale, (oggi art. 65 l. 218/1995) il quale così disponeva: "Oltre che nei casi di cui all'articolo precedente ...". Una simile locuzione esprimeva chiaramente la complementarità tra l'art. 64 e l'art. 65, di conseguenza la sua eliminazione dal testo di legge definitivo non può che leggersi nel senso di alternatività tra le due norme sul riconoscimento⁵⁶⁴.

Un secondo orientamento, invece, sostiene il carattere complementare tra l'art. 64 e l'art. 65, evidenziando due profili di criticità dell'alternatività tra le due norme o comunque di un'applicazione esclusiva dell'art. 65 negli ambiti da esso considerati concernono il funzionamento del procedimento di riconoscimento. In primo luogo un'applicazione esclusiva potrebbe comportare difficoltà pratiche di fronte a norme di

⁵⁶⁰ PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 705.

⁵⁶¹ PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, cit., pp. 390- 392; PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., pp. 708-709; BARIATTI, *Art. 65*, cit., p. 1232 ss..

⁵⁶² App. Milano, 23 marzo 1998, cit., p. 2008.

⁵⁶³ BARIATTI, *Art. 65*, cit., p. 1235.

⁵⁶⁴ BARIATTI, *Art. 65*, cit., pp. 1234-1235; CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 62 ss.

conflitto che prevedono criteri di collegamento alternativi o a cascata, oppure non chiaramente determinati, come ad esempio nel caso in cui la norma di conflitto richiami l'ordinamento nel quale il rapporto di famiglia è prevalentemente localizzato o quando i diversi aspetti della fattispecie *sub iudice* sono soggetti a leggi diverse, o ancora, nel caso in cui un soggetto abbia due o più cittadinanze. In questi casi, infatti, potrebbe risultare difficile individuare l'ordinamento competente, richiamando la norma di conflitto più leggi⁵⁶⁵.

Un secondo aspetto critico riguarda il fatto che la soluzione predisposta dall'art 65 (anche se in un contesto formalmente differente) si ricolleggi ad un orientamento affermatosi nel sistema pre-riforma, in cui erano le norme di conflitto a consentire automaticamente il richiamo nel foro di situazioni giuridiche privatistiche poste in essere da sentenze straniere, in aggiunta alla possibilità di riconoscimento delle medesime, in quanto atti giurisdizionali, sulla base del procedimento di delibazione (art. 17 disp. prel. cod. civ.)⁵⁶⁶.

La teoria della complementarità risulta più facilmente comprensibile se si ragiona attorno a due pronunce in materia di riconoscimento di provvedimenti esteri resi in materia matrimoniale: la sentenza della Corte d'Appello di Milano, del 23 marzo 1998⁵⁶⁷ e la sentenza della Corte di Cassazione del 28 maggio 2004, n. 10378⁵⁶⁸.

Con la sentenza del marzo 1998, la Corte d'Appello di Milano, aderendo alla teoria dell'alternatività tra art. 65 e art. 64 l. 218/1995, affermava che la disciplina prevista dall'art. 65 costituiva una deroga *rationae materiae* alla norma generale. Di conseguenza, l'art. 64 non sarebbe applicabile agli ambiti indicati dall'art. 65 (*status* personali, diritti della personalità e rapporti di famiglia), in particolare non si applicherebbe alla fattispecie concreta sottoposta alla Corte milanese: il divorzio di cittadini italiani, pronunciato da un giudice straniero.

Il caso riguardava il riconoscimento in Italia di una sentenza di divorzio pronunciata nei confronti i due cittadini italiani (marito italo americano e moglie italiana), dall'autorità giurisdizionale del Principato di Monaco, luogo in cui le nozze erano state celebrate. Il giudice monegasco applicava al rapporto la legge del luogo di celebrazione del matrimonio, quindi il diritto materiale del Principato.

⁵⁶⁵ PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 699 ss.; VISMARA, *Art. 65*, cit., p. 325.

⁵⁶⁶ PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, cit., p. 392.

⁵⁶⁷ App. Milano, 23 marzo 1998, in *Giust Civ.*, 1998, p. 2008. Per un commento si veda: PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, cit., pp. 381-392.

⁵⁶⁸ Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, in *RDIPP*, 2005, p. 342 ss..

La Corte d'Appello di Milano applica l'art. 65 della legge di riforma, in quanto il divorzio è riconducibile alla categoria dei rapporti familiari, ma nega il riconoscimento sostenendo che ciò non sia possibile ai sensi dell'art. 65 poiché tale norma, prevedendo il riconoscimento dei provvedimenti stranieri la cui legge è richiamata dalla legge di riforma del diritto internazionale privato, consente il riconoscimento dei divorzi pronunciati ai sensi dell'art. 31 della legge 218/1995, norma di conflitto che prevede come criterio di collegamento la legge nazionale comune dei due coniugi oppure la legge del luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale. Il provvedimento da riconoscere, invece, era stato pronunciato dal giudice del luogo di celebrazione delle nozze, il quale aveva applicato la *lex fori*, di conseguenza, non sussistevano le condizioni per il riconoscimento semplificato *ex art. 65*.

La soluzione accolta dalla Corte di Appello di Milano condurrebbe a escludere la riconoscibilità di divorzi intervenuti all'estero, tra cittadini italiani, in quanto pronunciati da giudici di uno Stato la cui legge non è richiamata dalle nostre norme di conflitto. Con l'ulteriore conseguenza che una coppia di italiani potrebbe ottenere una pronuncia di divorzio suscettibile di riconoscimento in Italia unicamente rivolgendosi ai giudici italiani⁵⁶⁹.

Un caso del tutto analogo può essere ipotizzato in materia di responsabilità genitoriale. Si pensi, ad esempio, al riconoscimento di un provvedimento sulla potestà genitoriale, pronunciato da un giudice americano che coinvolge una famiglia di italo-americani, residenti negli USA, il cui figlio ha solo la cittadinanza statunitense. Anche in questo caso, applicando l'art. 65 l. 218/1995 - in considerazione del fatto che la potestà genitoriale sia riconducibile alla categoria dei rapporti di famiglia - si giungerebbe a negare il riconoscimento in Italia del provvedimento del giudice del luogo di residenza del minore e della sua famiglia, poiché l'art. 65, attraverso il richiamo internazionalprivatistico, consente il riconoscimento dei provvedimenti sulla potestà genitoriale pronunciati solo ai sensi dell'art. 36 della legge 218/1995, norma di conflitto che prevede come criterio di collegamento la legge nazionale del figlio. Ne conseguirebbe, quindi, che i provvedimenti sulla potestà genitoriale resi in uno Stato diverso da quello di cittadinanza del minore non siano riconoscibili in Italia.

Una possibile soluzione alle problematiche appena esposte è costituita dalla complementarità dell'art. 65 con l'art. 64. Ciò significa che, qualora non sia possibile

⁵⁶⁹ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte Generale.*, cit., p. 343.

riconoscere un provvedimento straniero in materia di responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 65, si potrebbe ricorrere all'applicazione della norma generale dell'art. 64.

Tale soluzione è accolta dalla Corte di Cassazione⁵⁷⁰ che, con riferimento al riconoscimento di un divorzio pronunciato all'estero, esclude che la *ratio* dell'art. 65 sia "predisporre un trattamento differenziato ed in qualche modo esclusivo delle controversie in tema di rapporti di famiglia, riconducendoli obbligatoriamente al suo ambito di applicazione". Infatti, secondo il ragionamento della Corte, il legislatore della riforma "dopo aver descritto, nell'art. 64, un meccanismo di ordine più generale valido per tutti i tipi di controversie, ha inteso tracciare un percorso semplificato ed agevolato per tutti "i provvedimenti" in tema di rapporti di famiglia, emessi all'estero (in essi ricomprese quindi anche le sentenze), da giudici che, oltre ad essere muniti appunto di giurisdizione, siano anche quelli dello Stato la cui legge sia quella prescelta a regolare la controversia dalla disciplina di cui alla legge n. 218/95." Ne consegue che, qualora il provvedimento da riconoscere faccia applicazione di una legge non richiamata dalle norme di conflitto della legge 218/1995, allora si escluderà l'applicazione dell'art. 65, assoggettato la fattispecie alla sola disciplina di cui all'art. 64, ed in una tale prospettiva.

In considerazione delle critiche alla tesi dell'alternatività è possibile, quindi, affermare come sia auspicabile un'applicazione complementare delle due norme sul riconoscimento. A tal proposito si evidenzia come la complementarità corrisponda al modo complessivo di operare della legge di riforma⁵⁷¹, ai sensi della quale, è prevista un'applicazione concorrente dell'art. 64 (norma generale sul riconoscimento) e dell'art. 66 (norma speciale sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria). Pertanto, in prospettiva di armonia interna delle soluzioni, non pare ragionevole sostenere la complementarità tra l'art. 64 e l'art. 66 e l'alternatività tra l'art. 64 e l'art. 65 l. 218/1995.

In conclusione è possibile affermare che l'art. 64 goda di un'applicazione del tutto residuale rispetto agli artt. 65 e 66, vale a dire che esso troverà applicazione solo nel caso in cui non funzioni il richiamo internazionalprivatistico.

Sul riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale rileva, inoltre, l'art. 66 l. 218/1995 sul riconoscimento dei provvedimenti di giurisdizione volontaria.

⁵⁷⁰ Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, in *RDIPP*, 2005, p. 342 ss..

⁵⁷¹ PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, cit., p. 392; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte generale*, cit., p. 341.

In primo luogo è bene definire cosa si intenda per provvedimenti di volontaria giurisdizione. Secondo la qualificazione della *lex fori*, l'art. 66 si applica al riconoscimento dei provvedimenti di fonte giurisdizionale volti a realizzare, senza gli effetti propri del giudicato, un'attività di amministrazione pubblica del diritto privato, consistente, in particolare, nell'integrazione o nella realizzazione di fattispecie costitutive di stati o rapporti giuridici sia personali che familiari⁵⁷². Più in generale, la dottrina è uniforme nell'affermare che siano da considerare provvedimenti di volontaria giurisdizione, gli atti stranieri che, ove emanati in Italia, sarebbero considerati tali, in quanto aventi natura prevalentemente amministrativa e volti alla costituzione, modificazione o estinzione di situazioni o rapporti giuridici privati in seguito ad un procedimento che si svolge (nella maggior parte dei casi) in contraddittorio tra le parti, indipendentemente dalla materia nella quale sono stati pronunciati e dalla forma che rivestano all'estero⁵⁷³.

L'art. 66 l. 218/1995 presenta caratteristiche comuni sia all'art 64 che all'art 65: come l'art. 64, prevede il riconoscimento automatico del provvedimento straniero a condizione che quest'ultimo sia stato pronunciato da un'autorità avente competenza internazionale e, analogamente a quanto previsto dall'art. 65, consente il riconoscimento dei provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione mediante il c.d. richiamo internazionalprivatistico (quando questi siano pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle disposizione della legge di diritto internazionale privato italiano o producono effetti in quello stesso ordinamento ancorchè emanati da autorità di un altro Stato), fissando come limiti al riconoscimento la non contrarietà all'ordine pubblico e il rispetto dei diritti di difesa.

In altri termini, il riconoscimento automatico dei provvedimenti di volontaria giurisdizione risulta condizionato dalla presenza dei requisiti di cui all'art. 65 – non contrarietà all'ordine pubblico e rispetto dei diritti della difesa – in quanto applicabili, nonché dal controllo della competenza del giudice straniero che ha emanato il provvedimento. Ciò significa che il riconoscimento è possibile non solo nell'ipotesi in cui il provvedimento sia stato pronunciato dall'autorità dello Stato al cui legge è richiamata dalle norme di conflitto della l. 218/1995, o produca effetti nell'ordinamento di quello

⁵⁷² In questi termini: VENTURI, *Considerazioni sulla qualificazione dei provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione*, in *RDIPP*, 2003, p. 892.

⁵⁷³ SAULLE, *Giurisdizione volontaria (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 459 ss.; CAMPEIS, DE PAULI, *La procedura civile internazionale*, Padova, 1991, p. 380 ss.; ROSSOLILLO, *Identità personali*, cit., p. 4 ss.; BARIATTI, *Art. 66*, cit., p. 337.

Stato, ma anche quando esso è pronunciato da un'autorità che risulta competente in base ai criteri previsti dall'ordinamento italiano. Ai fini del controllo della competenza rilevano sia i criteri di collegamento operanti in tema di diritto applicabile, sia i criteri di giurisdizione interni. Si evidenzia come il controllo di competenza sulla base dei criteri di giurisdizione debba essere esperito valutando la corrispondenza tra gli effetti dell'applicazione del criterio utile ad individuare la competenza del giudice straniero e quelli che si sarebbero prodotti sulla base dell'applicazione delle norme interne⁵⁷⁴.

Infine è bene tenere presente che il riconoscimento *ex art. 66* consente di attribuire al provvedimento straniero di giurisdizione volontaria solo l'efficacia costitutiva, producendosi gli effetti esecutivi e/o di attuazione solo con l'esecuzione del provvedimento ai sensi dell'art. 67 l. 218/1995. Nell'ordinamento italiano potrà quindi essere riconosciuto una nomina di un tutore straniero di un minore, pronunciata nello Stato di cittadinanza di quest'ultimo, al fine di adottare le misure di protezione più idonee a conservare i beni del minore siti in Italia⁵⁷⁵.

Ricostruito il riconoscimento delle decisioni straniere rese in materia di responsabilità genitoriale è opportuno considerare l'esecuzione delle stesse, ai sensi dell'art. 67 l. 218/1995.

In via generale, l'automaticità del riconoscimento esclude l'intervento del giudice nazionale. Tuttavia, quando il precetto contenuto nella sentenza straniera non è stato ottemperato, oppure sorge la necessità di procedere ad esecuzione forzata, oppure, ancora, la parte nei confronti della quale si vuol far valere un provvedimento straniero può contestare l'idoneità di quest'ultimo a produrre effetti nell'ordinamento dello Stato che lo ha riconosciuto, chiunque ne abbia interesse può chiedere alla Corte d'Appello del luogo di attuazione della sentenza straniera di accertare i requisiti del riconoscimento, aprendo così la fase di esecuzione, volta ad ottenere un accertamento circa la sussistenza di motivi ostativi al riconoscimento o l'apposizione della formula esecutiva sul provvedimento riconosciuto⁵⁷⁶.

L'art. 67 non indica il procedimento da seguire al fine dell'esecuzione del provvedimento straniero, limitandosi a prevedere che "chiunque vi abbia interesse può chiedere alla corte d'appello del luogo di attuazione l'accertamento dei requisiti del

⁵⁷⁴ VISMARA, *Art. 66*, cit., p. 327; MARESCA, *Artt. 64,65,66*, cit., p. 1480 ss..

⁵⁷⁵ BARIATTI, *Art. 66*, cit., pp. 337-338.

⁵⁷⁶ BAREL, *Art. 67*, cit., p. 2441.

riconoscimento". Ne consegue che la disciplina dell'esecuzione deve essere necessariamente completata dalle norme del codice di procedura civile⁵⁷⁷.

In primo luogo si pone il problema relativo alla procedura da seguire quando occorra agire per l'accertamento dell'efficacia di sentenze.

La dottrina prevalente ha accolto la soluzione del rito ordinario: la Corte d'Appello del luogo di esecuzione viene adita con atto di citazione notificato alla controparte e decide con sentenza⁵⁷⁸.

La scelta del rito ordinario si ispira al principio per il quale le norme che disciplinano il processo di cognizione siano considerate come normativa base applicabile in assenza di esplicite indicazioni contrarie, almeno quando si tratti di accertare i requisiti relativi a "sentenze" straniere o quando, sul riconoscimento, manchi l'accordo tra le parti, potendosi viceversa applicare le norme che disciplinano i procedimenti speciali quando si debbano riconoscere provvedimenti di volontaria giurisdizione⁵⁷⁹.

Si precisa, infine, che il giudizio sull'esecuzione si risolve in mero accertamento della sussistenza dei requisiti previsti affinché l'atto straniero possa esplicare i propri effetti all'interno di un altro ordinamento⁵⁸⁰. Diversamente, per quanto riguarda l'esecuzione

⁵⁷⁷ Diversamente, l'abrogato art. 796 cod. proc. civ. prevedeva, al 1° comma, che chi volesse far valere nella Repubblica una sentenza straniera, dovesse proporre domanda mediante citazione, davanti alla corte d'appello del luogo in cui la sentenza doveva avere attuazione; la stessa corte, in base all'art. 797, avrebbe provveduto con sentenza dopo aver accertato la sussistenza dei requisiti prescritti. Era dunque chiaramente indicato il procedimento ordinario quale strumento per giungere ad un accertamento costitutivo, e produttivo di effetti che, a prescindere dalla delibazione, la sentenza straniera non era comunque idonea a produrre. CARLEVARIS, *Il nuovo procedimento per accertare l'efficacia delle sentenze straniere e le prime difficoltà applicative*, in *RDI*, 1999, p. 1005 ss..

⁵⁷⁸ CAMPEIS, DE PAULI, *Il riconoscimento automatico delle sentenze straniere nella legge di riforma: un'affermazione astratta che non elimina in concreto il controllo giudiziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 240, dove si legge: "È da notare, peraltro, che le modalità di accesso alla Corte, allo stato, non sono specificate né dal legislatore, né tanto meno dal Ministro, sì che deve inferirsene un iter procedimentale instaurato nelle forme ordinarie (atto di citazione notificato ai controinteressati)"; CAMPEIS, DE PAULI, *Delibazione camerale di sentenza straniera con decreto inaudito e tutela del controinteressato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 893: "In attesa di interventi normativi, l'unica strada non può essere allo stato che quella ordinaria: quindi la Corte d'Appello andrà adita con citazione e pronuncerà sentenza, ricorribile per cassazione sotto i profili consentiti dall'art. 360 cod. proc. civ."; in senso conforme, anche se meno netto, GAJA, *Le convenzioni internazionali e le nuove norme sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 837 (l'art. 67 della l. n. 218 sembra richiedere un procedimento ordinario").

⁵⁷⁹ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte generale, cit.*, p. 163, che ritiene che si debba far riferimento ("verosimilmente") alle norme che disciplinano i procedimenti speciali in materia di famiglia e stato delle persone, quando si tratti di provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione attinenti a quelle materie; BARIATTI, *Art. 67*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 1247; e BOSCHIERO, *Appunti, cit.*, p. 157, che indicano l'introduzione mediante ricorso per il riconoscimento di provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione "e nei rari casi di accordo delle parti" (essendo, nella grande maggioranza dei casi, proprio la contestazione o il mancato adempimento spontaneo i presupposti del procedimento di attuazione); in tutti gli altri casi, sarebbe invece necessaria la domanda proposta mediante citazione. Si dimostra critico invece CARLEVARIS, *Il nuovo procedimento per accertare l'efficacia, cit.*, p. 1006.

⁵⁸⁰ BAREL, *Art. 67, cit.*, p. 2441.

forzata, la pronuncia del giudice italiano sull'efficacia del provvedimento straniero, unitamente a quest'ultimo costituisce un titolo esecutivo completo⁵⁸¹.

Un'ultima considerazione attiene il riconoscimento e l'esecuzione delle misure di protezione dei minori.

Come si è detto l'art. 64 l. 218/1995 è norma generale sul riconoscimento delle sentenze straniere, la cui disciplina è integrata dal disposto dell'art. 65 l. 218/1995, che limita il suo ambito di applicazione ai rapporti di famiglia, ai diritti della personalità ed agli *status* personali. L'istituto della responsabilità genitoriale, comprensivo anche delle misure di protezione dei minori⁵⁸², potrebbe essere ricondotto alla categoria dei rapporti familiari di cui all'art. 65 con la conseguente applicazione della relativa procedura di riconoscimento. Tuttavia con riferimento al riconoscimento delle decisioni in materia di protezione dei minori, viene in rilievo anche l'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 1961 a norma del quale le misure prese dall'autorità competente, ai sensi della Convenzione, sono riconosciute in tutti gli Stati contraenti, precisando che – quando una misura protettiva comporta degli atti di esecuzione in uno Stato distinto da quello in cui è stata adottata – non soltanto l'esecuzione, ma anche il riconoscimento sono regolati dal diritto interno dallo Stato richiesto o, eventualmente, da altre convenzioni internazionali⁵⁸³.

Si pone, quindi il problema del coordinamento tra l'art. 7 della Convenzione e gli artt. 64 e 65 della l. 218/1995.

Con l'entrata in vigore della riforma del diritto internazionale privato italiano, la dottrina maggioritaria riteneva che anche il riconoscimento dei provvedimenti in materia di protezione dei minori dovesse essere automatico ai sensi dell'art. 64 l. 218/1995 e che, in caso di contestazione circa la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento o di mancata ottemperanza, il ricorrente potesse scegliere se avvalersi della procedura di cui all'art 4 della legge 64./1994⁵⁸⁴. – vale a dire *l'exequatur* del Tribunale dei minorenni) o di quella di cui all'art 64 della legge 218/1995, quindi *exequatur* della Corte d'Appello⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ App. Milano, 13 marzo 1998, in *RDIPP*, 1999, p. 570 ss..

⁵⁸² Cfr. Cap. I, par. 5.4; LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003*, cit., pp. 1144-1147.

⁵⁸³ Al fine di colmare la lacuna lasciata dall'art. 7 in relazione alla determinazione di un procedimento di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di protezione dei minori, il Consiglio d'Europa ha elaborato la Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, relativa al riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento che l'Italia ha ratificato con la legge n. 64 del 15 gennaio 1994. L'esperienza fatta con tale strumento non appare tuttavia del tutto soddisfacente, riguardando solamente le misure sull'affidamento del minore, a tal proposito si veda: BONOMI, *La Convenzione*, cit. p. 650, nota n. 135.

⁵⁸⁴ Legge n. 64 del 15 gennaio 1994, ratifica ed esecuzione della [Convenzione europea](#) sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, aperta alla firma a Lussemburgo il 20 maggio 1980, e della [Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione](#)

L'art. 4, primo comma stabilisce infatti che "il riconoscimento e l'esecuzione nel territorio dello Stato dei provvedimenti adottati dalle autorità straniere per la protezione dei minori, ai sensi dell'art. 7 della convenzione (...) sono disposti dal tribunale dei minorenni del luogo in cui i provvedimenti stessi devono avere attuazione"⁵⁸⁶.

E' bene subito sottolineare come tale modalità di attuazione non sia in contraddizione con gli obblighi derivanti dalla convenzione: gli interpreti riconoscono, infatti, che dall'art.7 non discende alcun obbligo di riconoscimento automatico delle misure protettive straniere. Ciò che conta, dal punto di vista convenzionale, è che la dichiarazione di efficacia non venga subordinata a condizioni già restrittive di quelle risultanti dall'art.7⁵⁸⁷.

Il fatto che l'art. 4 l. 64/1994 non disponga il riconoscimento automatico, pone a maggior ragione il problema del coordinamento tra la legge 64/1994 e la legge di riforma, la quale prevede all' art.64 che le sentenze straniere sono riconosciute in Italia, in presenza di determinati requisiti, senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, salva la possibilità di chiedere una sentenza di accertamento quando sia necessario procede ad esecuzione forzata ai sensi dell'art. 67.

Sarebbe paradossale, infatti, che il riconoscimento automatico dei provvedimenti stranieri ex l. 218/1995 risultasse inoperante proprio per le misure contemplate dalla Convenzione dell'Aja del 1961, per le quali sussiste un vero e proprio obbligo di riconoscimento sul piano internazionale. Tale incongruenza sistematica potrebbe essere evitata soltanto attraverso un'interpretazione restrittiva dell' art. 4, nel senso che il riconoscimento sia subordinato alla pronuncia del tribunale dei minorenni unicamente quando il provvedimento straniero deve essere posto in esecuzione in Italia e non anche in sede di mero riconoscimento. Quest'ultimo, quindi, potrà comunque essere automatico ai sensi dell' art. 64 l. 218/1995⁵⁸⁸.

Un'altra possibile soluzione di coordinamento tra le due fonti legislative potrebbe risolversi in favore della prevalenza della legge 64/1994 in quanto *lex specialis* rispetto

[internazionale di minori](#), aperta alla firma a l'Aja il 25 ottobre 1980; norme di attuazione delle predette convenzioni, nonche' della Convenzione in materia di protezione dei minori, aperta alla firma a [l'Aja il 5 ottobre 1961](#), e della Convenzione in materia di rimpatrio dei minori, aperta alla firma a l'Aja il 28 maggio 1970, in *Gazz. Uff.*, del 29 gennaio 1994, n. 23 suppl. ord.

⁵⁸⁵ LONG, *Riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti stranieri* de protestate, cit., pp. 977-978.

⁵⁸⁶ Almeno per quanto riguarda i provvedimenti stranieri da eseguirsi in Italia, la lacuna del sistema convenzionale in ordine alle modalità di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze sulla protezione dei minori (art. 7 Convenzione dell'Aja), è parzialmente superata in virtù delle norme attuative della Convenzione, dettate con la legge 64/1994.

⁵⁸⁷ OBERLOSKAMP, *Haager Minderjaerigenschutzabkommen*, cit., p. 96

⁵⁸⁸ BONOMI, *La Convenzione*, cit. p. 650

alla legge di riforma, con la conseguente attribuzione della competenza in materia di esecuzione esclusivamente ai tribunali dei minori. In tal caso, però verrebbe meno il riconoscimento automatico della decisione⁵⁸⁹. Nell'ipotesi in cui il provvedimento da seguire fosse reso da uno Stato non contraente la Convenzione dell'Aja del 1961, allora il riconoscimento sarebbe automatico ai sensi dell'art. 64 l. 218/1995⁵⁹⁰.

Infine si evidenzia come la legge 64/1994 non stabilisca delle condizioni particolari per l'esecuzione della misura straniera: l'equiparazione operata tra riconoscimento ed esecuzione induce anzi a ritenere che anche quest'ultima possa essere rifiutata soltanto per una delle cause che, secondo la convenzione, ostano al riconoscimento. Ciò significa che il tribunale per i minorenni potrà rifiutare il riconoscimento soltanto quando l'autorità straniera non era competente ai sensi della Convenzione⁵⁹¹ oppure quando essa ha agito sulla base dell'art. 8⁵⁹² o ancora quando il provvedimento straniero è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico italiano (art. 16), escludendo in ogni caso il riesame del merito.

Tale interpretazione, paradossalmente, darebbe luogo ad un regime di riconoscimento ed esecuzione delle misure di protezione dei minori, più favorevole rispetto a quello previsto dalla Convenzione di Lussemburgo del 1980, convenzione strutturata al fine di colmare la lacuna lasciata dall'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 1961, in ordine alle procedura da seguire per il riconoscimento e l'esecuzione delle misure di protezione dei minori. Infatti, le misure adottate in uno Stato contraente la Convenzione dell'Aja del 1961 potranno essere riconosciute ed eseguite in Italia a condizioni più favorevoli di quelle che promanano da uno Stato che sia parte della sola Convenzione di Lussemburgo. La Convenzione di Lussemburgo, infatti, introduce una serie di disposizioni volte a ristabilire l'affidamento dei minori che sia stato arbitrariamente interrotto. In particolare, essa riconosce e dà esecuzione ai provvedimenti stranieri in materia di affidamento e diritto di visita, attraverso la cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati coinvolti. Ai sensi della Convenzione di Lussemburgo, nel dare esecuzione al provvedimento straniero, l'autorità competente non può effettuare alcun esame sul merito, ma deve rendersi edotta del punto di vista del minore (art.16): è il Tribunale per i minorenni, che

⁵⁸⁹ LONG, *Riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti stranieri de protestate*, cit., pp. 977-978

⁵⁹⁰ LONG, *Riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti stranieri de protestate*, cit., pp. 977-978.

⁵⁹¹ Oppure non abbia rispettato le condizioni ed i limiti che gli artt. 1 e 4 stabiliscono per la competenza giurisdizionale.

⁵⁹² Ai sensi dell'art. 8, secondo comma, gli Stati contraenti non sono obbligati riconoscere le misure adottate, in caso di grave pericolo, dalle autorità dello Stato di residenza del minore.

decide, entro 30 giorni dalla presentazione del ricorso, con decreto, contro il quale può essere proposto ricorso per cassazione. In Italia, il decreto viene eseguito dalla Procura presso il Tribunale dei minori⁵⁹³.

In conclusione, è bene tenere presente che, se l'esecuzione in Italia dei provvedimenti degli altri Stati contraenti appare assicurata grazie alle norme di attuazione, non altrettanto si può dire per l'esecuzione delle misure italiane negli altri Stati contraenti che sarà regolata o da una delle convenzioni del 1980 oppure alle norme di diritto comune dello Stato richiesto⁵⁹⁴.

4. I motivi ostativi al riconoscimento: analogie e differenze tra il Regolamento CE 2201/2003 e la legge n. 218/1995.

I motivi ostativi al riconoscimento sono indicati agli artt. 64, nonché 65 e 66, della l. 218/1995 e 23 del Regolamento CE 2201/2003.

Per quanto riguarda le cause non riconoscimento previste dalla legge di riforma è bene precisare sin d'ora che i motivi ostativi di cui all'art. 64 trovano applicazione in via residuale, essendo applicabili in materia di responsabilità genitoriale gli artt. 65 e 66, i quali prevedono il riconoscimento mediante il c.d. metodo del richiamo internazionalprivatistico, individuando come limiti al riconoscimento la contrarietà degli effetti della sentenza straniera all'ordine pubblico ed il mancato rispetto dei diritti di difesa nel processo svoltosi all'estero. Solo nel caso in cui il richiamo alla legge straniera non operi, troverà quindi applicazione l'art. 64.

I due sistemi normativi di riconoscimento presentano sia caratteristiche comuni che differenze.

Dal punto di vista formale, la principale differenza attiene la lettera delle norme: l'art. 64, l. 218/1995 elenca in modo positivo i requisiti al ricorrere dei quali il riconoscimento

⁵⁹³ TEDIOLI, *Reg. CE 2201/2003 ed esecuzione delle decisioni in tema di affidamento*, in *Fam. Pers. e succ.*, 2007, p. 888 ss.: "I presupposti per invocare l'applicazione della Convenzione di Lussemburgo del 1980 sono l'illecito trasferimento del minore da uno Stato contraente ad un altro (o il suo espatrio nell'esercizio del diritto di visita ed il mancato rientro presso il genitore affidatario), nonché l'esistenza di un provvedimento di affidamento o di esercizio del diritto di visita che si vuol far riconoscere o eseguire nell'altro Stato (art.7). La Convenzione impedisce al genitore, che sottrae il minore, di legalizzare in un altro Stato la situazione di affidamento, ovvero garantisce, in via preventiva, che il provvedimento di affidamento venga riconosciuto in un altro Stato per scongiurare eventuali trasferimenti illeciti o il mancato ritorno del minore."

⁵⁹⁴Sul riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti sulla protezione dei minori, si veda: BONOMI, *La Convenzione*, cit., pp. 650-655.

è automatico, diversamente, l'art. 23 del Regolamento indica in negativo i motivi ostativi al riconoscimento. Dal punto di vista sostanziale, si riscontrano due fondamentali differenze. La prima consiste nell'accertamento della competenza internazionale del giudice che ha pronunciato la sentenza da riconoscere.: l'art. 64 e l'art. 66 sul riconoscimento dei provvedimenti di volontaria giurisdizione lo considerano necessario, mentre il Regolamento CE addirittura lo vieta, ai sensi dell'art. 24. Ciò significa che il legislatore italiano non ha ritenuto opportuno rinunciare a controllare che il provvedimento straniero sia stato pronunciato da un giudice di un ordinamento che presenti una significativa connessione con la fattispecie e, in particolare, una connessione considerata dalle norme di diritto internazionale processuale italiano. Invece il principio di reciproca fiducia tra gli ordinamenti giudiziari europei ha comportato l'esplicito divieto di riesame della competenza internazionale dei giudici che hanno emesso decisioni nelle materie regolate dal Regolamento CE 2201/2003 (art. 24).

La seconda differenza attiene la definitività della sentenza straniera da riconoscere: l'art. 64 richiede il passaggio in giudicato del provvedimento da riconoscere, ai sensi della legge del luogo in cui è stato pronunciato; il Regolamento CE 2201/2003, invece, considera idonee a produrre effetti in tutto lo spazio giudiziario europeo anche le decisioni non ancora definitive (quindi di carattere provvisorio o cautelare), essendo la definitività un requisito necessario alla sola esecuzione.

Venendo alle analogie tra le due norme sul riconoscimento, si sottolinea come entrambi i sistemi normativi considerino limiti al riconoscimento la manifesta contrarietà del diritto straniero all'ordine pubblico internazionale, il mancato rispetto dei diritti di difesa durante il processo svolto all'estero⁵⁹⁵, il contrasto del provvedimento da riconoscere con un altro provvedimento emesso nello Stato richiesto.

Il Regolamento CE 2201/2003 elenca i motivi ostativi al riconoscimento agli artt. 22 e 23, ma solo quest'ultimo si riferisce alle decisioni in materia di responsabilità genitoriale⁵⁹⁶. La sussistenza di uno dei motivi di non riconoscimento può essere fatta valere nel procedimento ai sensi dell'art. 21 co. 3 e, a tal proposito, si sottolinea come i divieti posti dall'art. 24 (divieto di riesame della competenza giurisdizionale del giudice d'origine) e dall'art. 26 (divieto di riesame del merito) escludano che il mancato

⁵⁹⁵ BERTOLI, *La Corte di Giustizia*, cit. p. 120 ss..

⁵⁹⁶ CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma?*, cit., p. 645, dove l'autrice precisa come i requisiti per il riconoscimento elencati all'art. 23 del Regolamento coincidano con quelli previsti dalla Convenzione dell'Aja del 1996 all'art. 23, ad eccezione della peculiarità dell'art. 23 lett. f) della Convenzione sul riconoscimento dei provvedimenti di *kafalah* islamica, sui quali si veda *infra* Cap. IV par. 4.2.

riconoscimento possa dipendere dalla incompetenza del giudice dello Stato d'origine o dal diritto sostanziale applicato⁵⁹⁷.

In via generale, i motivi di non riconoscimento possono essere ricondotti a tre gruppi.

Il primo attiene al limite dell'ordine pubblico, che, in materia di responsabilità dei genitori, è specificamente orientato alla tutela dell'interesse superiore del minore (art. 23 lett. a)) All'art. 23 si legge, infatti: “le decisioni in materia di responsabilità genitoriale non sono riconosciute (...) a) se, tenuto conto dell'interesse del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto”. A tal proposito è bene chiedersi se l'ordine pubblico orientato all'interesse superiore del minore sia un limite al riconoscimento solo in relazione alla legge applicata alla fattispecie da riconoscere oppure se il riferimento sia anche alla competenza giurisdizionale.

Sotto questo punto di vista, il sistema del Regolamento può apparire parzialmente incoerente⁵⁹⁸. Infatti, esso, da un lato, collega il radicamento della competenza giurisdizionale alla tutela dell'interesse superiore del minore (artt. 12 e 15); dall'altro esclude che il criterio dell'ordine pubblico - che dell'interesse superiore del minore deve costituire espressione - possa essere applicato alle norme sulla competenza, dato che l'art. 24 vieta espressamente il riesame della competenza del giudice che ha pronunciato il provvedimento da riconoscere. Tale incongruenza è conseguenza della scelta di considerare l'interesse superiore del minore come un requisito di competenza giurisdizionale. Essa può essere superata ritenendo che l'art. 23 intenda riferirsi esclusivamente alle violazioni dell'interesse superiore del minore che attengano al contenuto della decisione di merito, senza tener conto delle eventuali disapplicazioni del principio nelle questioni di rito. L'art. 24 del regolamento, inoltre, stabilisce che il criterio dell'ordine pubblico non può essere applicato "alle norme sulla competenza di cui agli articoli da 3 a 14". Da ciò sembrerebbe doversi dedurre che l'ordine pubblico può esser fatto valere in relazione all'art. 15 del regolamento, il quale ammette il trasferimento della competenza sulla base dell'interesse superiore del minore. Ma tale interpretazione non soddisfa, in termini sistematici, sia perché l'applicazione dell'art. 15 presuppone la duplice valutazione del giudice che trasferisce la competenza e di quello a cui questa viene trasferita, sia perché in tal modo non si spiegherebbe il diverso trattamento riservato

⁵⁹⁷ BONOMI, *Il regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, cit., p. 327 ss.: nemmeno l'inosservanza di una competenza esclusiva prevista dal regolamento può essere motivo di non riconoscimento. L'autore si riferisce all'abrogato Reg. CE 1347/2001, ma la medesima osservazione può valere per Reg. CE 2201/2003.

⁵⁹⁸ In tal senso, BIAGIONI, *Il nuovo regolamento*, cit., p. 1031, nota 112.

all'art. 12 del regolamento, in cui egualmente la competenza giurisdizionale è condizionata all'interesse superiore del minore⁵⁹⁹.

Il secondo gruppo di motivi comprende la violazione di alcune regole processuali fondamentali attinenti per lo più al principio del contraddittorio (art. 23 lett. *b) c) d) g)*): la mancata o tardiva comunicazione dell'atto introduttivo al convenuto contumace, che non abbia accettato la decisione (in tal caso la violazione è sanata), la mancata audizione del minore - quando sia prevista come obbligatoria dal diritto processuale dello Stato richiesto⁶⁰⁰ - ovvero di chi pretenda di essere titolare della responsabilità genitoriale⁶⁰¹, ed infine la violazione dell'art. 56 del Regolamento, sul collocamento del minore in un altro stato membro.

Le violazioni procedurali non tipizzate dalla norma, che pongono in essere un contrasto con un principio considerato irrinunciabile dalla comunità internazionale, possono rilevare ai fini del c.d ordine pubblico processuale⁶⁰².

Il terzo gruppo di motivi concerne l'incompatibilità con un'altra decisione resa tra le stesse parti o riguardanti lo stesso minore (art. 23 lett. *e, f*).

In particolare, per le decisioni sulla responsabilità genitoriale, il Regolamento CE 2201/2003 prevede tre casi di contrasto di giudicati rilevanti ai fini del non riconoscimento, tutti riguardanti sentenze provenienti da uno Stato membro⁶⁰³: il contrasto tra la decisione che deve essere riconosciuta e una decisione resa successivamente nello Stato richiesto tra le stesse parti (art. 23 lett. *e*); il contrasto tra la decisione che deve essere riconosciuta e una decisione successivamente emessa in uno Stato terzo in cui il minore risiede, che sia riconoscibile nello Stato richiesto (art. 23 lett. *f*); il contrasto tra la decisione che deve essere riconosciuta e una decisione emessa

⁵⁹⁹ BIAGIONI, *Il nuovo regolamento*, cit., p. 1031, nota 112: tale limitazione, però, non sembra giustificata sul piano testuale: l'art. 23 non fa differenza tra applicazione del limite dell'ordine pubblico nelle questioni di merito o di rito. Sul tema dell'utilizzazione dell'ordine pubblico al fine di raggiungere determinati obiettivi materiali v. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, cit., p. 489 ss.

⁶⁰⁰ Come risulta dal 19° Considerando, il Regolamento, pur valorizzando l'audizione del minore, non la rende obbligatoria; tale aspetto continua ad essere pertanto regolato dalla legge nazionale (ed infatti l'art. 23, lett. *b*), richiede che sia avvenuta una "violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto". Cfr. anche in proposito l'art. 12 della Convenzione di New York del 1989.

⁶⁰¹ BIAGIONI, *Il nuovo regolamento*, cit., p. 1030: sebbene il regolamento indichi espressamente solo questo motivo come rilevabile unicamente su eccezione della parte interessata, tali dovrebbero essere all'art. 23, lett. *c*) anche quelli di cui all'art. 22, lett. *b*), in materia matrimoniale.

⁶⁰² Cfr. CGCE, 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, in *Raccolta*, 2000, p. I-1935. NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e "ordine pubblico europeo"*, in *RIPP*, 2002, p. 659 ss.

⁶⁰³ Sull' *exceptio rei iudicatae* si veda: TONOLO, *Pluralità di giudicati ed opposizione all'esecuzione delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1277 e ss.

successivamente tra le stesse parti in un altro Stato membro e riconoscibile nello stato richiesto (art. 22 lett. d).

Si precisa a riguardo che in materia di responsabilità genitoriale, il contrasto rilevante *ex art. 23* può determinarsi soltanto con una decisione successiva, in considerazione della modificabilità nel tempo delle statuizioni sulla responsabilità dei genitori⁶⁰⁴, mentre, in materia matrimoniale, deve trattarsi di una decisione anteriore. Diversamente, in tema di trasferimento del minore, l'art. 11, par. 8, del Regolamento CE 2201/2003, prevede che una decisione relativa al ritorno del minore, adottata da un giudice competente in base al Regolamento, può comunque prevalere su una decisione contraria resa nello Stato in cui il minore è stato illecitamente trasferito o trattenuto, ciò ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980. Ciò significa che, anche se è già stata emessa una decisione che non prevede il ritorno del minore nello Stato della precedente residenza abituale, il provvedimento emesso in quest'ultimo Stato deve comunque essere riconosciuto ed eseguito negli altri Stati membri, qualora tale provvedimento sia certificato conformemente alla procedura *ex art. 42*, par. 2 del Regolamento CE 2201/2003, secondo cui debba essere in ogni caso considerata la motivazione del giudice che ha emesso il provvedimento ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980⁶⁰⁵.

Venendo alle condizioni del riconoscimento delle decisioni rese negli Stati terzi, rileva in primo luogo l'art. 64, l. 218/1995, che consente il riconoscimento automatico delle decisioni straniere al ricorrere dei requisiti ivi indicati. A tal proposito, è bene ricordare come il riconoscimento automatico sia subordinato alla necessaria coesistenza dei requisiti di cui all'art. 64: la mancanza di una sola delle condizioni legittima il non riconoscimento della decisione straniera all'interno dell'ordinamento italiano.

Il primo requisito concerne la sussistenza della competenza internazionale. I giudici dello Stato del riconoscimento o dell'esecuzione devono accertare la competenza giurisdizionale del giudice *a quo*, secondo i criteri di giurisdizione previsti dal nostro sistema di diritto internazionale processuale. Il legislatore italiano, infatti, non ha ritenuto possibile rinunciare in via generalizzata a controllare che il provvedimento straniero

⁶⁰⁴ Una considerazione analoga attiene il riconoscimento dei provvedimenti di volontaria giurisdizione *ex art. 66 l. 218/1995*: secondo la qualificazione dei provvedimenti di volontaria giurisdizione alla luce dell'ordinamento italiano, essi sono per loro natura suscettibili di modifica e di revoca. Tale caratteristica giustifica una disciplina nazionale difforme da quella del diritto comunitario che prevede, invece, obblighi di stabilità diversamente garantiti. In questi termini: SALERNO, *La giurisdizione volontaria nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *RDI*, 2005, p. 620 e ss.

⁶⁰⁵ CARELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980*, cit., pag. 781.

provenza dal giudice di un ordinamento col quale la causa presentava una significativa connessione e, più precisamente, una di quelle connessioni che in casi analoghi sarebbero idonee a determinare la giurisdizione internazionale dei giudici italiani. Come accennato, il riconoscimento è subordinato alla verifica della competenza internazionale solo ai sensi dell'art. 64, lett. a), e dell'art. 66 relativo alle decisioni di volontaria giurisdizione, mentre il sistema di riconoscimento previsto dal Regolamento CE 2201/2003 vieta esplicitamente tale sindacato all'art. 24.

Il secondo e il terzo requisito a cui sono assoggettate la riconoscibilità e la forza esecutiva della sentenza straniera riguardano la regolare instaurazione del processo, a conclusione del quale essa è stata pronunciata ed attengono alla regolare notifica dell'atto introduttivo del giudizio, nonché al regolare svolgimento del contraddittorio (costituzione in giudizio delle parti, eventuale dichiarazione di contumacia di una delle parti). In altri termini, sono riconoscibili in Italia solo le sentenze emesse a seguito di un procedimento nel quale siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa. L'accertamento di tali requisiti va effettuato alla luce della legge dello Stato nel quale si è svolto il processo e dal quale proviene la sentenza da riconoscere⁶⁰⁶.

Il quarto requisito attiene al passaggio in giudicato della decisione straniera (art. 64, lett. d)). Anche tale condizione segna una profonda differenza rispetto al sistema di riconoscimento previsto dal Regolamento CE 2201/2003, dove anche le decisioni non definitive rese in uno Stato membro sono idonee a produrre effetti in tutto lo spazio giudiziario europeo sebbene, ovviamente, soltanto le decisioni esecutive nello stato d'origine possono essere dichiarate esecutive negli Stati membri.

La verifica del passaggio in giudicato della decisione straniera comporta che venga accertato l'esaurimento di tutti i mezzi di impugnazione ordinari, pertanto per "passaggio in giudicato" deve intendersi l'immutabilità o incontestabilità relativa della sentenza straniera, secondo la legge dello Stato d'origine, che lasci spazio, eventualmente, solo alle impugnazioni di tipo straordinario⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ MARESCA, *Art. 64*, cit., p. 1473 e ss.: i requisiti *sub b)* e *c)*, che includono ed ampliano quelli già previsti dall'art. 797, nn. 2) e 3), c.p.c., valgono ad estendere il controllo su tutto il procedimento straniero per accertare il rispetto del diritto di difesa nelle sue principali espressioni (diritto al contraddittorio e diritto alla prova), rendendo così superfluo il ricorso, spesso utilizzato prima della riforma, al c.d. ordine pubblico processuale, per escludere il riconoscimento in forza dell'art. 797, n. 6), c.p.c. in presenza di situazioni non immediatamente riconducibili alle condizioni previste dai nn. 2) e 3) della stessa norma.

⁶⁰⁷ App. Milano, 27 febbraio 1998, in *RDIPP*, 1999, p. 563 e ss.: "si deve fare riferimento alla nozione di passaggio in giudicato secondo l'ordinamento italiano, pur nella diversità dei sistemi di impugnazioni stranieri, mentre si effettuerà l'accertamento dei requisiti concreti per la definitività della sentenza in base alla legge dello Stato d'origine".

Ai sensi dell'art. 64, lett. e), il contrasto della decisione straniera con un giudicato italiano è motivo ostativo al riconoscimento. Tale norma è posta a tutela della coerenza interna dell'ordinamento e, a tal proposito, si sottolinea come, a differenza di quanto previsto dal Regolamento comunitario, solo sentenze italiane passate in giudicato sono di ostacolo al riconoscimento all'esecuzione. Da questo punto di vista, la disposizione che potrebbe rappresentare una maggiore apertura del diritto comune a confronto di quello europeo è facilmente comprensibile se si riflette sul fatto che nel sistema dei regolamenti il requisito del passaggio in giudicato non sussiste nemmeno per le sentenze straniere da riconoscere. Tuttavia, il fatto che si sia limitata alle sentenze italiane definitive l' idoneità a ostacolare il riconoscimento di decisioni straniere esprime una reale maggiore apertura sia rispetto al diritto comune previgente, sia rispetto ad altri accordi internazionali di cui l'Italia è parte⁶⁰⁸.

La sussistenza di quest'ultimo requisito è lasciata all'eccezione di parte, non potendosi attribuire alla Corte d'Appello il compito diabolico di accertare che nessun altro giudice italiano abbia pronunciato una sentenza contraria a quella straniera da riconoscere.

Anche la litispendenza internazionale è considerata motivo di non riconoscimento di una sentenza straniera. In particolare, l'art. 64, lett. f) esclude il riconoscimento quando sia pendente in Italia un processo per lo stesso oggetto e tra le stesse parti, iniziato prima del processo straniero, pertanto è il mero fatto che la medesima controversia sia stata anteriormente instaurata in Italia a costituire ostacolo al riconoscimento della sentenza straniera⁶⁰⁹.

Ultimo requisito per il riconoscimento delle decisioni straniere è la compatibilità del diritto straniero espresso in sentenza con l'ordine pubblico internazionale ed interno dello Stato richiesto, ciò significa che non potrà essere riconosciuta in Italia una decisione straniera che comporti effetti contrari ai principi ritenuti fondamentali ed irrinunciabili dalla comunità internazionale⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale. Parte generale.*, cit., pag. 337. Cfr. App. Milano, 28 dicembre 1999: la Corte milanese ritiene che risulti idonea a turbare la coerenza del nostro sistema giuridico – sociale non solo una contraddizione formale, ma anche un contrasto logico.

⁶⁰⁹ Rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 64, lett. f) è la nozione di litispendenza internazionale, sulla quale si veda MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale. Parte generale.*, cit., pag. 125 e ss.; CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, cit., pag. 5 e ss.

⁶¹⁰ Cfr. *infra* Cap. IV, par. 4.1.

4.1 Il limite dell'ordine pubblico internazionale: caratteri fondamentali.

L'ordine pubblico opera come limite al riconoscimento delle decisioni straniere sia nel sistema del Regolamento CE 2201/2003, sia in quello della legge 218/1995, dove peraltro funge anche da limite all'applicazione del diritto straniero, ai sensi dell'art. 16⁶¹¹. L'applicazione del limite dell'ordine pubblico permette di proteggere l'armonia interna e la coerenza di un ordinamento, facendo in modo che questo, di fronte a possibili turbative, possa correggerle⁶¹².

In primo luogo è bene precisare come sia le disposizioni del Regolamento sia quelle della legge di riforma del diritto internazionale privato considerino il c.d. ordine pubblico internazionale (benché non lo qualificano come tale in modo esplicito)⁶¹³, vale a dire, l'insieme dei principi ritenuti fondamentali – e per questo irrinunciabili – dall'ordinamento del foro e dalla Comunità internazionale, i quali costituiscono un limite successivo e generale all'applicazione e al riconoscimento del diritto straniero i cui effetti contrastano con essi⁶¹⁴.

Il giudice, quindi, per decidere se applicare o meno il limite dell'ordine pubblico, deve guardare all'insieme di principi che l'ordinamento percepisce come irrinunciabili, fondanti e caratterizzanti i suoi istituti. Di conseguenza, il primo problema che si pone all'interprete riguarda l'individuazione dei principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico. La Costituzione, in quanto legge fondamentale, può rappresentare il punto di partenza per il giudice, poiché i principi base di un ordinamento sono spesso contenuti nelle sue disposizioni. Tuttavia la ricerca costituzionale può non essere esaustiva: tra gli articoli di una Carta costituzionale si trovano, infatti, regole tecniche sull'organizzazione politica di uno Stato, che non rilevano ai fini limitatori del diritto straniero; inoltre, non tutti i principi ed i valori irrinunciabili per una comunità trovano la loro collocazione nella

⁶¹¹ BADIALI, *Ordine pubblico internazionale*, in *Enc. Giur.*, XXII, 1990, Roma.; BOSCHIERO, *Appunti*, cit., p. 335; MOSCONI, *Art. 16*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATTO, CLERICI, *Commentario al nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 80.

⁶¹² MOSCONI, *Art. 16*, cit., p.78; MOSCONI, *Exceptions to the operation of choice of law rules*, in *Recueil des Cours*, tome 217, 1989., p. 27.

⁶¹³ CONETTI, *Art. 16*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge 31 maggio 1995 n. 218*, p. 51. La Relazione ministeriale al disegno di legge, cit., pp. 410-411 esplicita che l'omissione dell'aggettivo "internazionale" è stata determinata dal fatto che lo stesso aggettivo potesse essere fuorviante: in primo luogo avrebbe potuto far pensare a situazioni strettamente internazionali legate all'eccezione di ordine pubblico e, in secondo luogo, avrebbe indotto l'interprete a ritenere internazionale ciò che è eminentemente nazionale; infatti, si tratta di un principio del foro, che opera in ambito internazionale.

⁶¹⁴ MOSCONI, *Art. 16*, cit., p. 78. Parallelamente, l'ordine pubblico interno, essendo composto dai principi su cui è fondato l'ordinamento giuridico nazionale, consiste in limite all'autonomia dei privati, a sostegno dei peculiari interessi e delle specifiche esigenze dello Stato del foro.

Costituzione⁶¹⁵: altre fonti del diritto utili all'individuazione dei principi fondamentali possono essere, ad esempio, le Convenzioni internazionali.

Ad ogni modo, anche una volta individuate le fonti dei principi di ordine pubblico, i margini di discrezionalità del giudice restano piuttosto ampi, proprio per consentire all'ordine pubblico di potersi adattare ai mutamenti del sentire sociale. Si dice, infatti, che tale limite sia funzionale e relativo nel tempo e nello spazio.

Il limite è funzionale in quanto il suo contenuto non è mai predeterminato, ma si precisa solo in relazione alla funzione cui è preordinato, è relativo perché necessita sempre di essere contestualizzato⁶¹⁶. La relatività nel tempo deriva dalla possibilità che mutino i caratteri dell'ordinamento del foro, come risultato dell'evoluzione della coscienza sociale⁶¹⁷. La relatività nello spazio indica che le concezioni morali, sociali e politiche differiscono tra i vari ordinamenti statali, anche notevolmente⁶¹⁸. Un esempio piuttosto incisivo è fornito dall'ordinamento spagnolo, che ha permesso alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, posizione che, però, non è stata seguita da altri ordinamenti⁶¹⁹.

Accanto alla relatività, un altro punto fermo per la valutazione del giudice è la manifestazione della contrarietà di un effetto all'ordine pubblico.

Le norme che individuano l'ordine pubblico, come limite al riconoscimento di sentenze straniere - art. 23 Regolamento CE 2201/2003 e all'art. 64 l. 218/1995 - considerano la contrarietà degli effetti di una sentenza all'ordine pubblico del foro in modo, a prima vista, diverso; infatti, l'art. 23 del Regolamento CE 2201/2003⁶²⁰ esplicita l'esigenza di rinvenire una manifesta contrarietà ai principi d'ordine pubblico dello Stato richiesto al

⁶¹⁵ Si pensi, ad esempio, alla possibilità di sciogliere il vincolo matrimoniale: essa non è espressa nella nostra Costituzione, ma è ritenuta di fondamentale importanza dal comune sentire, tant'è vero che qualora un giudice si trovasse davanti ad una norma straniera che non prevedesse questa facoltà, potrebbe applicare la legge italiana (ispirata al *favor divortii*), come sancito dall' art. 31 l. 218/95. Sempre in relazione al matrimonio si pensi, ad esempio, agli ordinamenti islamici che considerano intollerabile il matrimonio tra individui di religione diversa e, viceversa, agli ordinamenti di stampo "occidentale" che ritengono intollerabile questo atteggiamento, riferendosi alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo (art. 16) e alle diverse convenzioni internazionali sul tema. MOSCONI, *Exceptions to the operation of the choice of law rules*, cit., pp. 77-79.

⁶¹⁶ BADIALI, *Ordine pubblico internazionale*, cit.; CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in *Dir. Imm. e citt.*, 2000, p. 18; In giurisprudenza: Corte Cost. ordinanza 30 gennaio 2003, n. 14, in *RDIPP*, 2003, p. 936 ss

⁶¹⁷ ne è esempio la legge sul divorzio del 1970, che ha introdotto in Italia lo scioglimento del matrimonio, rendendo possibile - tra i vari effetti - al giudice italiano l'applicazione di leggi divorziste straniere, applicazione che fino a quell'epoca era esclusa in forza dell'ordine pubblico.

⁶¹⁸ BADIALI, *Ordine pubblico internazionale*, cit.; BOSCHIERO, *Appunti*, cit., p. 335; MOSCONI, *Art. 16*, cit., p. 80.

⁶¹⁹ Sul riconoscimento di un matrimonio omosessuale in Italia si veda: Trib. Latina, decreto 10 giugno 2005, in *RDIPP*, 2005,, p.1095 ss..

⁶²⁰ Così come l'art. 34 Reg. CE 44/2001 in materia civile e commerciale e l'art. 22 Reg. CE 2201/2003 in materia matrimoniale.

fine di non riconoscere una sentenza straniera, viceversa, l'art. 64 lett. f) l. 218/95 non accenna in alcun modo a questa particolare evidenza⁶²¹.

Occorre quindi chiedersi se per poter negare efficacia alle sentenze straniere sia necessaria una manifesta contrarietà dei loro effetti con l'ordine pubblico del foro. La risposta a questo interrogativo può essere positiva. Infatti, in più convenzioni internazionali e anche in quelle che sono state richiamate dalla l. 218/95 (Convenzione dell'Aja del 1961 sulla competenza dell'autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, all'art. 16; Convenzione dell'Aja del 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, all'art. 11; Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali all'art. 16) si dispone che il non riconoscimento della decisione straniera (la disapplicazione della norma straniera) per contrarietà all'ordine pubblico può aversi solo in presenza di una manifesta incompatibilità⁶²².

Le modalità secondo cui l'eccezione di ordine pubblico è prevista nelle convenzioni internazionali può determinare un'interpretazione restrittiva dello stesso, in modo tale che i giudici non dispongano di un'eccessiva discrezionalità al riguardo ed evitino di sfruttare tale limite ogni qual volta ritengano opportuna l'applicazione delle norme del loro ordinamento⁶²³.

Quindi, se in più convenzioni internazionali e nei regolamenti comunitari la formulazione dell'ordine pubblico è restrittiva, al contrario di ciò che emerge dalla lettera degli artt. 16 e 64 della l. 218/1995, si potrebbe dedurre che ci sia un doppio regime di rilevanza dell'ordine pubblico: l'uno più esteso, ex artt. 16 e 64 l. 218/95, l'altro più restrittivo, nell'ambito delle Convenzioni internazionali. Tuttavia questa conclusione non è accettabile poiché sembra esagerato trarre dalle difformità terminologiche conseguenze che alterano l'unità dell'istituto dell'ordine pubblico ed il suo funzionamento. Il limite, allora, deve essere ispirato sempre alla stessa funzione di difesa della coerenza dell'ordinamento, difesa che, però, deve restare eccezionale affinché si riesca a bilanciare il principio dell'armonia internazionale delle soluzioni e quello dell'armonia interna⁶²⁴.

Anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee accoglie la visione restrittiva dell'ordine pubblico, sostenendo l'esigenza di rinvenire la manifesta contrarietà degli effetti di una norma straniera ai principi irrinunciabili dell'ordinamento del foro. Nella

⁶²¹ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte generale*, cit., p. 275 e p. 313.

⁶²² CONETTI, *Ordine pubblico del foro*, in *Questioni di diritto internazionale privato e processuale*, *Studium Iuris*, 2004, p. 29.

⁶²³ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte generale*, cit., p. 232.

⁶²⁴ CONETTI, *Art. 16*, cit., p. 52; MOSCONI, *Art. 16*, cit., p. 80.

sentenza 11 maggio 2000, causa C-38/98, *Renault* la Corte precisa che l'avverbio "manifestamente" indica che il ricorso al limite dell'ordine pubblico deve essere eccezionale ed adeguatamente motivato. Inoltre aggiunge che "sebbene non spetti alla Corte definire il contenuto dell'ordine pubblico di uno Stato contraente, essa è però tenuta a controllare i limiti entro i quali il giudice di uno Stato contraente può ricorrere a tale nozione per non riconoscere una decisione emanata da un giudice di un altro Stato contraente"⁶²⁵.

Un'ultima considerazione attiene il particolare funzionamento del limite dell'ordine pubblico in materia di responsabilità genitoriale: l'art. 23 del Regolamento CE 2201/2003 prevede che una decisione emessa in uno Stato membro non possa essere riconosciuta quando contrasti manifestamente con l'ordine pubblico in considerazione dell'interesse superiore del minore. Ciò significa che, in materia di responsabilità genitoriale, l'interpretazione del limite dell'ordine pubblico debba essere orientata alla tutela dell'interesse preminente del minore⁶²⁶. Una simile interpretazione del limite dell'ordine pubblico potrebbe comportare uno sbilanciamento della valutazione del giudice a totale favore del minore. Infatti, in materia di responsabilità genitoriale, si potrebbe ipotizzare che, nella valutazione circa la contrarietà all'ordine pubblico, il bilanciamento dei valori propenda incondizionatamente per la prevalenza del principio dell'interesse superiore del minore sugli altri valori giuridici egualmente irrinunciabili. Ne conseguirebbe che una decisione straniera contrastante con l'interesse del minore non potrà certamente essere riconosciuta in quanto contraria all'ordine pubblico *ex art. 23*; diversamente, una decisione straniera che tuteli il minore, ma contrasti con un altro principio fondamentale dell'ordinamento richiesto potrebbe essere riconosciuta, in quanto non contraria all'ordine pubblico, secondo la sua interpretazione orientata all'interesse prevalente del minore. Un simile riconoscimento comporterebbe comunque un *vulnus* all'ordinamento dello Stato richiesto, sebbene la decisione riconosciuta sia idonea a garantire la tutela dell'interesse preminente del minore. Ragionando a contrario, e quindi immaginando il mancato riconoscimento di una simile decisione, si potrebbe rilevare comunque il contrasto con ordine pubblico, poiché non riconoscere una decisione che tuteli il minore significherebbe negare tutela al minore stesso, violando un principio fondamentale dell'ordinamento: ancora una volta, l'interesse del minore.

⁶²⁵ Cfr. CGCE, 11 maggio 2000, causa C-38/98, *Renault*, paragrafo n. 28, in *Raccolta*, 2000, Vol 3/4, p. 2937 ss..

⁶²⁶ Cfr. Cap. II par. 3.

In materia di responsabilità genitoriale, quindi, la valutazione circa la contrarietà degli effetti di una sentenza all'ordine pubblico risulta particolarmente delicata.

4.2 Il riconoscimento della *kafalah islamica* nell'ordinamento italiano.

Uno degli istituti riconducibili alla responsabilità genitoriale che incontra maggiori ostacoli per il suo riconoscimento è la *kafalah islamica*⁶²⁷, istituto posto a protezione del minore, espressamente riconosciuto dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (art.20)⁶²⁸ e assimilato alle misure “occidentali” di protezione del minore dalla Convenzione dell’Aja del 1996 in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (art. 3 lett. e)⁶²⁹.

Il problema del riconoscimento della *kafalah islamica* si pone con maggiore frequenza in relazione al ricongiungimento familiare, soprattutto alla luce dell’interpretazione dell’ordine pubblico in materia di responsabilità genitoriale, interpretazione che va necessariamente orientata all’interesse preminente del minore, ai sensi dell’art. 23 del Regolamento CE 2201/2003. L’applicazione del limite dell’ordine pubblico orientata all’interesse del minore implica che il riconoscimento della *kafalah*, ai fini del ricongiungimento familiare, debba, *in primis*, tenere conto della tutela del minore: il giudice dovrà, quindi, valutare se il riconoscimento dell’istituto agevoli la posizione del minore, tutelando i suoi interessi oppure comporti un aggravio delle condizioni di quest’ultimo. Solo nel primo caso il provvedimento di *kafalah* potrà essere riconosciuto nel nostro ordinamento; nel secondo caso, invece, il riconoscimento non sarà possibile a causa della contrarietà all’ordine pubblico dell’istituto della *kafalah*, in considerazione della tutela degli interessi del minore.

⁶²⁷ Per una panoramica sugli istituti di diritto islamico contrastanti con l’ordine pubblico si veda: CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *RDIPP*, 2008, p.70

⁶²⁸ Cfr. art. 20 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989: “ il fanciullo temporaneamente privo del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto ad una protezione e ad aiuti speciali dallo Stato (...) tale protezione sostitutiva può concretizzarsi tra l’altro per mezzo di sistemazione in famiglia, della *kafalah* di diritto islamico, dell’adozione o in caso di necessità, del collocamento in un adeguato istituto per l’infanzia.

⁶²⁹ Si ricorda che la Convenzione dell’Aja del 1996 non è ancora entrata in vigore per l’Italia ma la Decisione del Consiglio 2003/93/ CE del 19 dicembre 2002, che autorizza gli Stati membri a firmare, nell’interesse della comunità, la Convenzione dell’Aja del 1996, concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori, in *G.U.U.E. L* 48 del 21 febbraio 2003; CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 46 e 70.

Prima di analizzare la prassi italiana sul riconoscimento della *kafalah* islamica è opportuno tracciarne le caratteristiche.

In base alla *kafalah* un soggetto (ma anche una coppia), detto *kafil*, si impegna, in presenza di un giudice o di un notaio, a prendersi cura del minore, *makful*, ma non instaura con lui alcun legame giuridico di filiazione. L'istituto è funzionale al soccorso dei minori abbandonati e presenta caratteristiche simili a quelle dell'affidamento illimitato; tuttavia, non interrompendo il legame giuridico con la famiglia di origine, non determina in capo al minore un cambiamento di *status*, per cui questi non assume il cognome della famiglia che lo accoglie. Inoltre, la *kafala* è revocabile e termina col raggiungimento della maggiore età; è, quindi, evidente che si discosta dall'adozione prevista dal nostro ordinamento⁶³⁰.

Il fondamento culturale di questo istituto si trova nel fatto che l'adozione è vietata dal diritto islamico, poiché rescinde i legami tra il minore e la sua famiglia; inoltre, l'unico rapporto di filiazione giuridicamente riconosciuto è quello biologico-naturale⁶³¹.

La procedura di *kafalah* si apre con la dichiarazione dello stato di abbandono del minore da parte del tribunale, solo in seguito il piccolo potrà essere affidato a coppie coniugate. Per il problema del riconoscimento della *kafalah* in un ordinamento non islamico sono state prospettate tre diverse soluzioni: ci si chiede se sia possibile il riconoscimento pieno di tale provvedimento, oppure se il riconoscimento debba avvenire con gli effetti dell'adozione *semiplaena* o, ancora, se il provvedimento di *kafalah* non possa produrre alcun effetto o debba essere ritenuto contrario all'ordine pubblico⁶³².

I giudici italiani si sono occupati del riconoscimento della *kafalah* in relazione al ricongiungimento familiare (in Italia) e all'adozione o all'affidamento preadottivo da parte di coppie italiane, per poi giungere ad un'ipotesi di qualificazione giuridica di quest'istituto ad opera della Corte di Cassazione⁶³³ nel 2005. Secondo il giudizio della

⁶³⁰ Sull'istituto della *kafalah* si vedano: LANG, *Considerazioni su kafalah*, cit., 2011, p. 52 ss.; CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 46; GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Dir. Fam.*, 2004, p. 138 ss. PIZZOLANTE, *La kafala islamica e il suo riconoscimento*, cit., p. 948.

⁶³¹ Corano, sura XXXIII, 4-5: "Dio non ha posto nelle viscere dell'uomo due cuori, né ha fatto... dei vostri figli adottivi dei veri figli. (...) Agli adottivi dovete dare il cognome del padre loro: questo è assai giusto davanti a Dio! Se ignorate la paternità, vi siano fratelli nella religione, essi sono dei vostri". LANG, *Kafala e ricongiungimento familiare*, in *Dir., imm. e citt.*, 2008, p. 76 ipotizza che la *ratio* del divieto di adozione derivi dalla concezione islamica della famiglia come istituzione di origine divina: poiché i vincoli di filiazione sono espressione della volontà divina, l'uomo non può artificialmente determinarne la cessazione e costituirne di nuovi al di fuori della generazione biologica; PIZZOLANTE, *La kafala*, cit., p. 948;

⁶³² PIZZOLANTE, *La kafala*, cit., pp. 948-949.

⁶³³ Cass., 4 novembre 2005 n. 21395, in *Dir. imm. e citt.*, p. 150 ss.; PIZZOLANTE, *La kafala*, cit., pp. 949-952.

Corte i *kafil* non sono tutori del minore né possono definirsi tali. L'istituto della *kafalah*, infatti, attribuisce loro un potere-dovere di custodia, a tempo sostanzialmente indeterminato, con i contenuti educativi di un vero e proprio affidamento preadottivo, senza conferire né tutela né rappresentanza legale. La Corte specifica che il titolare della tutela dev'essere l'autorità marocchina e nella specie, il governatore della prefettura a cui spetta la tutela dei minori in stato di abbandono, qualora invece venga autorizzato l'espatrio del minore, la tutela viene attribuita al Console del Marocco competente per l'area dove il minore e la famiglia risiedono.

Nel 2002 il Tribunale per i minorenni di Trento⁶³⁴ è stato adito da due coppie italiane a ciascuna delle quali, in qualità di *kafil*, l'autorità giudiziaria marocchina aveva affidato un minore: le coppie chiedevano la pronuncia di adozione dei piccoli marocchini, autorizzati dalla Commissione per le adozioni internazionali ad entrare e risiedere permanentemente nel nostro Paese. Il Tribunale ritiene la *kafalah* non equiparabile a un affidamento preadottivo e quindi non riconoscibile in Italia. Nella motivazione si legge infatti: “appare evidente l'impossibilità di pronunciare l'efficacia di un provvedimento che non ha corrispondente nel diritto nazionale⁶³⁵”.

Tuttavia, respingendo la domanda di adozione legittimante ordinaria, il Tribunale ha considerato la situazione dei minori ormai residenti in Italia, alla luce dell'art. 20 della convenzione sui diritti del fanciullo, ritenendo “non... preclusa ai coniugi...la possibilità di chiedere, nel preminente interesse del minore, l'adozione del medesimo secondo le forme degli artt. 44 ss. della legge n. 184 del 1983”, ossia l'adozione prevista per i c.d. casi particolari (tra cui figura la “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”). Stupisce comunque il fatto che la Commissione abbia autorizzato l'ingresso in Italia in base all'art 32, a fini adottivi, di minori ben sapendo – perché così risulta dagli atti processuali – che la *kafalah* non è equiparabile né all'adozione né all'affidamento preadottivo: e che, più in generale, essa abbia autorizzato un ente a gestire le adozioni in un Paese – il Marocco, appunto – dove l'adozione è vietata⁶³⁶. In questo caso il Tribunale non confronta la *kafalah* con l'ordine pubblico orientato all'interesse del minore, limitando solo a ragionare intorno alla qualificazione dell'istituto.

⁶³⁴ Trib. min. Trento, decreto 11 marzo 2002, in *RDIPP*, 2002, p. 1056 ss..

⁶³⁵ Cfr “motivazione della decisione” sent. cit., p. 1057.

⁶³⁶ GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino*, cit., p. 138 ss..

Diversamente, la tendenza a salvaguardare l'interesse del minore, valorizzando l'istituto islamico ha trovato applicazione nel provvedimento della Corte d'Appello di Bari⁶³⁷ relativo all'efficacia della *kafalah* ai fini del ricongiungimento familiare. Nel 2004 alla Corte d'Appello di Bari viene avanzata la richiesta di riconoscimento di provvedimento di omologa di una *kafalah* emesso dal Tribunale di Casablanca, in modo tale da permettere il ricongiungimento del minore alla *kafil* marocchina, nel frattempo trasferitasi per lavoro in Italia. La Corte, dopo aver qualificato quello in oggetto come provvedimento di volontaria giurisdizione, come tale suscettibile di riconoscimento automatico *ex art.* 66 l. 218/95 dichiara inammissibile la domanda perché, in mancanza di una contestazione della controparte, non è necessario valutare l'aderenza della norma all'ordine pubblico⁶³⁸.

Ciò che si evince da queste pronunce è che, da un lato, si dichiara la non contrarietà dell'ordine pubblico della *kafalha* e dunque la sua efficacia automatica in Italia, con la conseguenza che il minore in Italia non dovrebbe essere considerato in stato di abbandono, e quindi di adottabilità; dall'altro, si conclude che in base ad una norma processuale italiana, i *kafil* non sono legittimati ad opporsi al decreto che dichiara lo stato di adottabilità perché non figurano nell'elenco tassativo dei soggetti legittimati⁶³⁹.

Ciò non esclude, naturalmente, che nel singolo caso concreto, la *kafalah* possa produrre effetti contrari all'ordine pubblico e non sia pertanto riconoscibile. E' il caso affrontato dal Tribunale di Reggio Emilia nel 2005, che ha negato il riconoscimento di un provvedimento di *kafalah* perché in contrasto con l'ordine pubblico, interpretandolo alla luce dell'interesse del minore, come sancito dall'art. 23 del Regolamento CE 2201/2003. La motivazione della decisione è imperniata sul fine dell'istituto, che, secondo il tribunale, è quello di garantire al minore in stato di abbandono o di debolezza il diritto di crescere ed essere educato, tendendo così alla tutela del benessere del minore. Nel caso esaminato si rileva, che i genitori biologici del minore, rispetto ai *kafil*, sono in condizioni migliori per mantenerlo ed educarlo, per cui se si riconosce l'atto di *kafalah* e, quindi, si legittima la sottrazione del bambino al suo ambiente familiare, la *kafalah* risulta incompatibile col diritto fondamentale all'unità familiare e alla tutela dei minori (artt. 29

⁶³⁷ App. Bari, decreto 16 aprile 2004, in *Dir. imm. e citt.*, 2004, n. 2, p. 178 ss.; tra i casi più recenti ed analoghi a quest'ultimo si ricordano: App. Firenze, decreto 2 febbraio 2007, in *Dir. imm. e citt.*, 2007, p. 139 ss.; App. Torino, decreto 30 maggio 2007, in *Dir. imm. e citt.*, 2008, p. 191 ss. con nota di LANG, *Kafala e ricongiungimento familiare*; App. Torino, decreto 28 giugno 2007, in *Dir., imm. e citt.*, 2007, p. 142 ss.;

⁶³⁸ CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 72; App. Firenze, decreto 2 febbraio 2007, in *Dir. imm. e citt.*, 2007, p. 139 ss..

⁶³⁹ CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 73.

– 30 Cost.). Nella fattispecie si ritiene che l’interesse superiore del minore, oltre ad essere canone interpretativo, sostanzialmente faccia valere il limite dell’ordine pubblico in materia familiare: la *kafalah*, nel caso in esame, avrebbe inciso ingiustificatamente sul diritto del minore alla propria famiglia. Il giudice italiano, ai fini del riconoscimento della *kafalah* ha, dunque, il compito di individuare quale sia l’interesse concreto ed effettivo del minore⁶⁴⁰.

Come si è accennato, i giudici italiani si sono occupati della *kafalah* in relazione alla sua rilevanza giuridica ai fini del ricongiungimento familiare: dai casi presi in considerazione risulta che la *kafalah* sia astrattamente idonea a produrre effetti nel nostro ordinamento in base alle norme di diritto internazionale privato, a questo punto è necessario, quindi, valutare la possibilità di equiparare gli effetti della *kafalah* all’”adozione”, all’”affidamento” e alla “tutela” di cui all’art. 29 comma 2 del Testo Unico sull’immigrazione⁶⁴¹, con la logica conseguenza di consentire al minore affidato *sub kafalah* l’ingresso in Italia a titolo di ricongiungimento familiare. La questione è molto delicata: è opportuno, infatti, bilanciare la volontà dello Stato di limitare i diritti degli immigrati, in quanto potenziali perturbatori dell’ordine pubblico e della pubblica sicurezza, con la volontà di promuovere i diritti individuali fondamentali, *in primis* il rispetto della vita familiare, tenendo anche conto del fatto che l’ istituto della *kafalah* può essere facilmente usato come espediente per aggirare la disciplina sull’immigrazione. La tensione tra queste contrapposte esigenze emerge con evidenza proprio in relazione alla protezione dei diritti delle famiglie o dei minori immigrati (cui è dedicato il Titolo IV del Testo Unico). Il riconoscimento di tali diritti, infatti, impone un adattamento e talvolta anche una deroga alle norme comunitarie in materia di immigrazione: si pensi, ad esempio, al riconoscimento all’immigrato del diritto al ricongiungimento con familiari che di per sé non avrebbero i requisiti per l’ingresso ed il soggiorno in Italia (*ex art. 29 T.U.*), al divieto di espulsione per i minorenni (*ex art. 19 comma 2 lett. a*) e *ex art. 31 comma 4 T.U.*), all’inversione della regola generale secondo cui il figlio segue la condizione giuridica del genitore, con riconoscimento della possibilità per i genitori di chiedere “ per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell’età e

⁶⁴⁰ MIAZZI, *Scheda all’ordinanza 9 febbraio 2005*, Trib. Di Reggio Emilia, in *Dir. imm. citt.* n. 2, p. 185 ss..

⁶⁴¹ D. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, “ *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*”, in *Gazz. Uff.* n. 157 del 31 agosto 1998, e in *RDIPP*, 1999, p. 712 ss.

delle condizioni di salute de minore che si trova nel territorio italiano”, di entrare o soggiornare in Italia per un periodo di tempo determinato (*ex art. 31 comma 3 T.U.*)⁶⁴².

Malgrado la diversità dei contenuti delle decisioni che hanno avuto ad oggetto la qualificazione della *kafalah*,⁶⁴³ è agevole rinvenire un orientamento pressoché unanime della giurisprudenza italiana, volto ad estendere alla *kafalah* la portata dell’art. 29 comma 2 del Testo Unico sull’immigrazione che, in tema di ricongiungimento familiare equipara ai figli i minori adottati, affidati o sottoposti a tutela. Infatti, dopo una serie di pronunce⁶⁴⁴ è intervenuta la Corte Cassazione⁶⁴⁵ che ha ribadito la necessità di un’interpretazione “costituzionalmente adeguata” dell’art. 29 T. U., anche alla luce di un necessario bilanciamento tra i valori costituzionali relativi alla protezione del minore e la tutela democratica dei confini dello Stato, bilanciamento che porta in ogni caso alla prevalenza del primo. Sembrano così superati gli ostacoli frapposti dalle autorità consolari italiane accreditate in Marocco (unico Stato islamico nei cui confronti cono stati prospettati in Italia problemi relativi alla *kafalah*) all’ingresso di minori destinati a tale misura di protezione, anche qualora essa derivi da un atto notarile, sebbene pur sempre omologato da un’autorità locale⁶⁴⁶. In altri termini, la Corte ha considerato la *kafalah* come un valido fondamento per il ricongiungimento familiare, dal momento che l’art. 29 del Testo Unico sull’Immigrazione stabilisce che il minore affidato possa ottenere un permesso di soggiorno per motivi familiari e la *kafalah* presenta analogie con l’istituto dell’affidamento previsto dal diritto italiano.

Il caso appena esaminato riguardava cittadini stranieri, diversamente, si segnala che la Corte di Cassazione ha negato che un provvedimento di *kafalah* potesse fondare valida ragione per il ricongiungimento familiare quando l’affidatario richiedente il ricongiungimento era cittadino italiano. Ciò in ragione del fatto che il decreto legislativo

⁶⁴² LANG, *Kafala e ricongiungimento familiare*, cit., p. 81; GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell’immigrazione*, in *Fam. dir.*, 2008, pp. 677-680.

⁶⁴³ Tra le più recenti cfr. Cass., 20 marzo 2008 n. 7472, in *Fam. dir.*, 2008, p. 675, per un commento della quale si vedano: GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi*, cit., p. 675 ss.; RACHELI, *La kafalah di diritto islamico è un presupposto per il ricongiungimento familiare*, in *fam. pers e succ.*, 2008, p. 891 ss.. Ad essa hanno fatto seguito, con contenuto identico: Cass., 2 luglio 2008, n. 18174, in *Fam. dir.*, 2008, p. 1238 ss.; Cass., 17 luglio 2008, n. 19734, in *Fam. dir.*, 2008, p. 1243 ss. sulla quale si veda: LONG, *Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, p. 112 ss.; DE FEIS, *La kafala islamica come strumento di tutela dei minori e presupposti per il riconoscimento in Italia*, in *fam. dir.*, 2009, p. 481 ss.. Da ultimo si evidenzia la sentenza Cass., 28 gennaio 2010, n. 1908.

⁶⁴⁴ Il riferimento è alle già viste: App. Bari, decreto 16 aprile 2004; Trib. Reggio Emilia, ordinanza 9 febbraio 2005; App. Torino, decreto 30 maggio 2007; App. Torino, decreto 28 giugno 2007.

⁶⁴⁵ Cfr. Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, cit..

⁶⁴⁶ GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell’immigrazione*, cit., pp. 672-680.

30/2007 non prevede l'affidamento come idoneo a identificare il minore il cui ricongiungimento può essere disposto.

La Corte nega che la differenza di trattamento tra italiani e stranieri possa costituire una discriminazione, dal momento che il cittadino italiano può ricorrere all'adozione, istituto idoneo a costituire un legame qualificato con il minore⁶⁴⁷.

Da questa casistica e dalla funzione del limite di ordine pubblico si evince che l'istituto della *kafalah*, al di là della possibilità od opportunità di riconoscerlo come adozione legittimante o come adozione mite, pare non essere qualificabile come tale poiché non crea alcun vincolo di filiazione, ma piuttosto è da considerarsi come istituto di protezione dei minori⁶⁴⁸; in questa prospettiva, quindi, non può essere considerata contraria ai principi fondamentali del nostro ordinamento perché l'Italia, aderendo alla Convenzione di New York, riconosce la *kafalah* come mezzo di protezione dei fanciulli temporaneamente o definitivamente privati del loro ambiente familiare; tuttavia il contrasto con l'ordine pubblico può verificarsi in concreto quando gli effetti della stessa siano inconciliabili coi valori fondanti il nostro ordinamento⁶⁴⁹.

Oltre alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, bisogna tener presente la futura possibile applicazione dell'art. 3 lett. e) della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla

competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità parentale e di misure di protezione dei minori che enumera tra le misure a protezione del minore il "*recueil légal par kafalah ou par une institution analogue*". In particolare, la Convenzione considera espressamente il riconoscimento dei provvedimenti di *kafalah*⁶⁵⁰: l'art. 23 lett. f) prevede tra i motivi ostativi il riconoscimento di un provvedimento straniero la violazione della procedura prevista dall'art. 33, norma che sancisce che, nel caso in cui il provvedimento straniero abbia ad oggetto il collocamento

⁶⁴⁷ Cfr. Cass., 1 marzo 2010, n. 4868, per un commento si vedano: LONG, *Kafalah: la Cassazione fa il passo del gambero*, in *NGCC*, 2010, p. 835 ss.; LONG, *L'ingresso del minore straniero affidato con kafalah ad un cittadino italiano*, in *Minori e Giustizia*, 2010, p. 325 ss.; VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafala: i richiedenti sono cittadini italiani!*, in *dir. fam pers.*, 2010, p. 1629 ss..

⁶⁴⁸ PIZZOLANTE, *La kafala*, cit., pp. 951-959

⁶⁴⁹ PIZZOLANTE, *La kafala*, cit., p. 958; CAMPIGLIO, *Il diritto di famigliarità islamico*, cit., p. 74.

⁶⁵⁰ Decisione del Consiglio dell'Unione europea del 5 giugno 2008, in *G.U.U.E. L*, n. 151 dell'11 giugno 2008. In realtà la Convenzione dell'Aja del 1996 vincola già una decina di Stati membri. L'art. 33 della Convenzione prevede l'obbligo di un accordo preliminare tra le Autorità centrali delle parti contraenti interessate, ai fini del riconoscimento della *kafalah* all'estero ex art. 23 n. 2 lett. f), ma tale disposizione è stata interpretata in senso critico, come uno strumento di controllo preventivo dell'immigrazione dei minori: così PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., p. 739 ss.; LAGARDE, *La nouvelle Convention de la Haye sur la protection des mineurs*, in *Rev. crit. Droit int. Privé*, 1997, p. 234 ss..

del minore in una famiglia o in un istituto, oppure disponga l'affidamento legale tipo *kafalah* o mediante istituti analoghi, allora è necessaria la consultazione diretta tra le Autorità centrali (o comunque tra le autorità competenti), consultazione che può essere anche preventiva. La consultazione preventiva tra l'Autorità centrale che intende adottare una misura di collocamento o di *kafalah* e l'Autorità centrale dello Stato in cui il collocamento avrà luogo è oggetto di critiche: in primo luogo, essa risulta particolarmente onerosa, in quanto la decisione della prima Autorità centrale è subordinata alla preventiva approvazione da parte della seconda (sia pure tenuto conto dell'interesse preminente del minore); in secondo luogo la norma *ex art. 33* pare avere un contenuto piuttosto indeterminato, considerato che il collocamento del minore può servire agli scopi più vari ed avere un carattere provvisorio e cautelare⁶⁵¹.

Attualmente gli artt. 23 lett. *f*) e 33 sono applicabili solo nei confronti delle competenti autorità del Marocco, unico Stato di matrice islamica che ha sinora ratificato la Convenzione dell'Aja del 1996.

La vigenza futura della Convenzione potrebbe imporre anche allo Stato italiano l'obbligo di riconoscere efficacia alla *kafalah* e di escluderne, contestualmente, la sua contrarietà con l'ordine pubblico, ma altresì l'obbligo di non manipolarne la natura e gli effetti⁶⁵². Tale effetto dell'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1996 pare essere una delle ragioni che osta maggiormente alla ratifica della Convenzione da parte dell'Italia⁶⁵³. Infatti, è bene considerare che l'incorporazione della Convenzione nel sistema italiano di diritto privato internazionale potrebbe comportare deroghe all'applicazione degli artt. 65-67 della legge 218/1995, tuttavia, si sottolinea che essa non è suscettibile di imporre gli obblighi di cui all'art. 33 agli Stati islamici non contraenti. Pertanto, finché la Convenzione dell'Aja del 1996 non sarà largamente ratificata, la procedura di riconoscimento della *kafalah* in essa contenuta avrà un'applicazione molto limitata⁶⁵⁴.

La preoccupazione dell'Italia in merito al riconoscimento della *kafalah*, o meglio all'esclusione *ex lege* della contrarietà della *kafalah* all'ordine pubblico, non sembra

⁶⁵¹ PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja*, cit., p. 740: l'autore considera la preventiva consultazione come condizione non necessaria, che poteva anche essere omessa dal testo della norma, poiché la possibilità di ricorrere ad una consultazione preventiva – quando opportuno o necessario – era già garantita dai meccanismi di cooperazione della Convenzione e avrebbe dovuto essere lasciata al prudente apprezzamento, caso per caso, dell'autorità dello Stato contraente chiamata a prendere le misure di cui all'art. 33. Pare che la norma sia strutturata come strumento di controllo dell'immigrazione, soprattutto con riguardo a minori musulmani, affidati tramite *kafalah*; CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma?*, cit., pp. 647-648.

⁶⁵² CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano*, cit., pp. 207- 208.

⁶⁵³ CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma?*, cit., p. 647.

⁶⁵⁴ CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma?*, cit., p. 647.

tuttavia essere assecondata dall'orientamento giurisprudenziale più recente, che, come si è visto, nei casi in cui il richiedente il ricongiungimento sia cittadino extracomunitario, esclude già la contrarietà della *kafalah* all'ordine pubblico, in considerazione dell'interesse superiore del minore, e la ritiene una misura di protezione idonea a fondare il diritto al ricongiungimento familiare.

5. Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti provvisori in materia di responsabilità genitoriale e protezione dei minori.

L'art. 64 lettera *d*) prevede il riconoscimento automatico a condizione che la sentenza da riconoscere sia passata in giudicato, secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; diversamente né l'art. 21 né l'art. 23 del Regolamento CE 2201/2003 indicano tra le condizioni di riconoscimento automatico il passaggio in giudicato del provvedimento da riconoscere. Il requisito della definitività della sentenza da riconoscere rappresenta una profonda differenza tra il sistema di riconoscimento previsto dalla legge di riforma e quello disciplinato dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 e dai regolamenti comunitari a quest'ultima ispirati. La procedura di riconoscimento prevista dal sistema Bruxelles considera, infatti, che anche le decisioni non definitive rese in uno Stato contraente o in uno Stato membro siano idonee a produrre effetti in tutto lo spazio giudiziario europeo, sebbene soltanto le decisioni esecutive nello Stato d'origine possano essere dichiarate esecutive negli altri Stati e siano predisposte cautele per le decisioni soggette ad impugnazioni ordinarie⁶⁵⁵. E', opportuno quindi chiedersi se in Italia sia possibile riconoscere *ex art. 64 l. 218/1995* un provvedimento provvisorio o temporaneo emesso in uno Stato terzo. A tal proposito si riscontrano in dottrina tre orientamenti differenti.

Secondo un primo orientamento, piuttosto risalente, il riconoscimento di provvedimenti di natura cautelare o provvisoria dovrebbe essere possibile solo quando il provvedimento straniero abbia natura di sentenza, così come intesa nel nostro ordinamento. Ciò significa

⁶⁵⁵ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte generale*, cit., p. 336.

che tutti i provvedimenti strettamente ed esclusivamente strumentali alla prosecuzione del processo all'estero non sono suscettibili di essere riconosciuti⁶⁵⁶.

Tuttavia, l'orientamento appena esposto non sembra essere in linea con le interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali più recenti sulla definizione di decisione. Si ricorda, infatti che la giurisprudenza comunitaria interpreta il termine decisione in modo molto ampio, riconducendo ad essa gli atti giurisdizionali od amministrativi, resi a conclusione di un procedimento a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza od ordinanza⁶⁵⁷. Analogamente la dottrina italiana, con riferimento al termine sentenza di cui all'art. 64 l. 218/1995, considera sentenza il provvedimento straniero che abbia per effetto l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un diritto soggettivo, di capacità o di una situazione personale⁶⁵⁸. Alla luce di una definizione di decisione e di sentenza che prescinde dal termine tecnico-giuridico utilizzato per identificare il provvedimento, non sembra quindi più accettabile la teoria per la quale solo i provvedimenti provvisori riconducibili ad una sentenza in senso stretto possano essere riconosciuti all'interno dell'ordinamento italiano.

Un secondo orientamento, altrettanto risalente, prende in considerazione la possibilità di riconoscere i provvedimenti cautelari o provvisori alla stregua di atti di volontaria giurisdizione⁶⁵⁹, sebbene non sempre un provvedimento cautelare sia strutturalmente paragonabile ad un provvedimento di volontaria giurisdizione⁶⁶⁰.

Infine, secondo un terzo orientamento, la mancata previsione di una norma *ad hoc* sul riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti provvisori, comporterebbe l'impossibilità di riconoscerli. E' evidente come quest'ultima posizione sia molto lontana dall'apertura ai valori giuridici stranieri a cui si ispira il sistema di diritto internazionale privato italiano⁶⁶¹. Inoltre, molte convenzioni internazionali, tra cui la Convenzione di

⁶⁵⁶ ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, 1942, pp. 432-433; MONACO, *Il giudizio di delibazione secondo il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, p. 81; MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 309.

⁶⁵⁷ Sulla nozione di decisione accolta dalla giurisprudenza comunitaria in materia civile e commerciale cfr. CGCE, 16 giugno 1981, C-166/80, *Kloms*, in *Raccolta*, 1981, p. 1593 ss.; CGCE, 13 luglio 1995, C-474/93, *Hengst*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2113 ss..

⁶⁵⁸ Relazione ministeriale, cit., p. 942.

⁶⁵⁹ MONACO, *L'efficacia delle sentenze straniere secondo il nuovo codice di procedura civile*, in *RDI*, 1941, p. 313. Cfr.: Cass., S.U., 24 ottobre 1958, n. 3456, in *Temi*, 1959, p. 10 con nota di FABOZZI; App. Milano, 10 settembre 1968, in *Dir. Int.*, 1970, p. 142.

⁶⁶⁰ CIPRIANI, QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, Napoli, 1988, p. 281, ove si conducono i provvedimenti provvisori presi in pendenza di separazione o divorzio ad ipotesi di giurisdizione volontaria.

⁶⁶¹ Nettamente contrari a questo orientamento: CAMPEIS, DE PAULI, *La procedura civile internazionale*, cit., p. 331 ss.; BROGGINI, *Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze civili straniere nello ius commune italiano*, in *RDIPP*, 1993, pp. 833-835.

Bruxelles del 1968 e la Convenzione dell'Aja del 1961, considerano espressamente l'estensione del riconoscimento anche ai provvedimenti di natura temporanea. Pertanto, sulla scorta di tali sviluppi, è opportuno considerare una soluzione favorevole al riconoscimento dei provvedimenti provvisori all'interno dell'ordinamento italiano.

La Corte di Cassazione si è pronunciata sulla possibilità di riconoscere un provvedimento straniero di carattere temporaneo, senza tuttavia approfondire la questione⁶⁶². Il caso riguardava il riconoscimento di due *orders* emanati dalla Corte di Giustizia di Hong Kong, in pendenza di una causa di divorzio, ai sensi dei quali il giudice aveva posto a carico del marito un assegno di mantenimento in favore della moglie e del figlio. In sede di riconoscimento degli *orders* in Italia, il marito si opponeva assumendo che i predetti provvedimenti difettassero del requisito di definitività *ex art. 64 lett. d) l. 218/1995*.

La Corte ha accolto le doglianze del marito opponente ed ha escluso di poter considerare i provvedimenti provvisori alla stregua di provvedimenti di volontaria giurisdizione, applicandone la relativa disciplina del riconoscimento. Tuttavia ha evitato di svolgere un'analisi approfondita sul tipo di provvedimento di cui si richiedeva il non riconoscimento in Italia, benché una disamina dettagliata sarebbe stata utile al fine di valutare la possibilità di applicare l'art. 64 lett. *d)* in modo più flessibile e più conforme agli sviluppi internazionalprivatistici della materia⁶⁶³.

E' proprio un'interpretazione più flessibile della norma generale sul riconoscimento che è auspicata dalla dottrina, anche in considerazione delle peculiarità della materia familiare, materia in cui è possibile riscontrare una tendenziale stabilità del provvedimento provvisorio, dovuta al fatto che il provvedimento possa avere una significativa durata temporale, reggendo di fatto una situazione giuridica per un apprezzabile lasso di tempo, ma non solo, la stabilità di una misura provvisoria può anche essere rappresentata dai mezzi di impugnazione della stessa, che sono analoghi a quelli previsti per i provvedimenti non cautelari⁶⁶⁴.

Contrariamente a quanto auspicato, la giurisprudenza e la dottrina hanno fin'ora interpretato il requisito della definitività del provvedimento da riconoscere, privilegiando

⁶⁶² Cass., 9 gennaio 2004, n. 115, in *RDIPP*, 2004, p. 1377 ss.; FIORENTINI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di condanna al mantenimento*, in *fam. dir.*, 2004, p. 581 ss.; SAVARESE, *Sul riconoscimento di provvedimenti provvisori stranieri in materia familiare*, in *RDIPP*, 2007, p. 723 ss..

⁶⁶³ SAVARESE, *Sul riconoscimento di provvedimenti provvisori*, cit., p. 732.

⁶⁶⁴ SAVARESE, *Sul riconoscimento di provvedimenti provvisori*, cit., p. 734.

il tenore letterale dell'art. 64 lett. d)⁶⁶⁵, sottolineando che affinché una sentenza possa definirsi “passata in giudicato”, ai sensi dell'art. 64, non deve più essere soggetta ai mezzi di impugnazione ordinari, in modo tale che ottenga l'autorità di cosa giudicata. L'accertamento circa l'esaurimento di tutti i mezzi ordinari di impugnazione va operata alla luce della legge dello Stato che ha emesso il provvedimento da riconoscere⁶⁶⁶.

Un'ulteriore ipotesi favorevole al riconoscimento delle misure provvisorie emesse in uno Stato terzo, consiste nella possibilità di riconoscere i provvedimenti provvisori, in qualche modo assimilabili per struttura e funzione ai provvedimenti che avrebbe adottato il giudice italiano in casi analoghi⁶⁶⁷. Letta a contrario, una simile interpretazione comporterebbe l'impossibilità di riconoscere i provvedimenti provvisori che non siano assimilabili a quelli conosciuti dall'ordinamento dello Stato richiesto di esecuzione. Ciò non pare ragionevole, soprattutto in considerazione del funzionamento di un altro motivo ostativo al riconoscimento di decisioni straniere: la contrarietà all'ordine pubblico di cui all'art. 64 lett. g) e all'art. 65. La dottrina sull'ordine pubblico, infatti, ha escluso che si possa negare il riconoscimento ad una sentenza straniera per il solo fatto che essa riguardi istituti sconosciuti dall'ordinamento dello Stato richiesto⁶⁶⁸. Una considerazione analoga può essere svolta in riferimento al riconoscimento ed all'esecuzione dei provvedimenti provvisori, resi all'estero e non assimilabili a quelli previsti dall'ordinamento dello Stato richiesto: limitare il riconoscimento dei provvedimenti provvisori resi in Stati terzi ai soli che presentino analogie sostanziali e funzionali con le misure che potrebbero essere disposte in Italia in casi simili (a quello oggetto del provvedimento da riconoscere) non sembra coerente con l'apertura ai valori giuridici stranieri né con il sistema di riconoscimento *ex art. 64 l. 218/1995* nel suo complesso considerato.

Ad ogni modo, la tendenziale chiusura verso il riconoscimento dei provvedimenti provvisori resi in Stati terzi, anche in materia di responsabilità genitoriale, in forza di una rigida interpretazione dell'art. 64 lett. d), può apparire in contrasto con l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori, secondo il cui disposto: “un

⁶⁶⁵ App. Milano, 27 febbraio 1998, in *RDIPP*, 1999, p. 563 ss.. La Corte milanese non riconosceva una sentenza egiziana di condanna al pagamento di una somma di denaro poichè la parte che ne chiedeva l'esecuzione non forniva prova della definitività del provvedimento, non essendo sufficiente la sua provvisoria esecuzione. Sulla stessa linea: App. Bari, 11 maggio 2000, in *RDIPP*, 2001, p. 135 ss..

⁶⁶⁶ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte generale*, cit., p. 336

⁶⁶⁷ SAVARESE, *Sul riconoscimento di provvedimenti provvisori*, cit., pp. 733-735.

⁶⁶⁸ MOSCONI, *Qualche riflessione in tema di ordine pubblico nel progetto di riforma e nella Convenzione di Bruxelles*, in GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1994, p. 361 ss; CONETTI, *Art. 16*, cit., p. 51 ss.

rapporto d'autorità, disposto di pieno diritto dall'autorità dello Stato in cui il minore è cittadino, è riconosciuto in tutti gli Stati contraenti”.

Benchè tale norma non attenga specificamente al riconoscimento delle decisioni, veicola il principio per cui i provvedimenti presi ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1961 debbano essere riconosciuti in tutti gli Stati contraenti⁶⁶⁹. Poiché la Convenzione considera esplicitamente, con norme *ad hoc*, i provvedimenti provvisori (artt. 8 e 9) non vi è ragione di ritenere che il riconoscimento a cui fa riferimento l'art. 3 non riguardi anche questo tipo di provvedimenti, la cui circolazione è da agevolare, in considerazione dello scopo pratico della Convenzione: la protezione del minore⁶⁷⁰.

Partendo dal presupposto che le misure di protezione dei minori disciplinate dalla Convenzione dell'Aja del 1961 siano riconducibili all'istituto della responsabilità genitoriale, al pari dei rapporti familiari di cui all'art. 65 l. 218/1995, è possibile ragionare intorno al combinato disposto degli artt. 3 della Convenzione e 65 della legge di riforma. Negare il riconoscimento ad un provvedimento in materia di responsabilità genitoriale, solo perché provvisorio, potrebbe contrastare con il disposto dell'art. 3, a maggior ragione quando non si riscontrino i motivi ostativi al riconoscimento previsti dall'art. 65, norma che integra la disciplina del riconoscimento ai sensi della legge di riforma, prevedendo un procedimento di riconoscimento semplificato. Pertanto, con riferimento ai provvedimenti provvisori in materia di responsabilità genitoriale, l'art. 65 l. 218/1995 potrebbe prevalere sulla norma generale *ex art.* 64, superando così il requisito della definitività previsto alle lettere *d)*, agevolando, così, la circolazione delle decisioni in materia di protezione dei minori, rese tra gli Stati contraenti la Convenzione dell'Aja del 1961.

L'ipotesi appena esposta si riferisce principalmente alle misure di protezione dei minori, che corrispondono all'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione. Tuttavia, considerando l'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione della Convenzione⁶⁷¹, essa può assumere rilevanza per una buona parte dei provvedimenti provvisori in materia di responsabilità genitoriale.

⁶⁶⁹ VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., pp. 1-2 e p. 10.

⁶⁷⁰ VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 3.

⁶⁷¹ Cfr. Cap. II, par. 5

CONCLUSIONI

I. L'analisi degli ambiti di applicazione del Regolamento CE 2201/2003, della Convenzione dell'Aja del 1996 e della legge 218/1995 ha evidenziato la loro ampia coincidenza⁶⁷² e la complessità della nozione di responsabilità genitoriale, che certamente tra le categorie giuridiche oggetto di questo studio è quella più estesa, poiché in essa possono essere ricompresi i poteri-doveri dei genitori nei confronti dei figli e le misure di protezione dei minori.

Questo approccio funzionale contribuisce al superamento delle difficoltà insite nella distinzione tra rapporti tra genitori e figli, da un lato, e protezione dei minori, dall'altro, individuando, quindi, come questioni riconducibili alla responsabilità genitoriale tutte quelle attinenti la materia dei rapporti tra genitori e figli, naturalmente con le espresse e dovute limitazioni⁶⁷³.

Tale approccio determina in concreto due effetti: a livello di competenza giurisdizionale, permette un trattamento unitario di tutte le questioni inerenti la responsabilità genitoriale (art. 8 Reg.) e a livello di riconoscimento, consente allo Stato membro di rifiutare il riconoscimento di una decisione in materia di responsabilità genitoriale incompatibile, indipendentemente dalla sua qualificazione formale, con decisioni rese successivamente nello Stato richiesto del riconoscimento o in un altro Stato membro o in uno Stato terzo (art. 23 lett. e) e f) Reg.).

Tuttavia non si può trascurare il fatto che una qualificazione così ampia dell'istituto – dal punto di vista del contenuto, dei soggetti titolari della responsabilità e della figura del minore stesso – può determinare differenti interpretazioni a seconda del Paese dove le norme sulla responsabilità genitoriale devono essere applicate⁶⁷⁴.

Infine, considerando che la Convenzione dell'Aja del 1996 è destinata a sostituire quella del 1961⁶⁷⁵ ed ipotizzando una futura riforma⁶⁷⁶ dell'art. 42 della legge 218/1995 con un richiamo alla nuova Convenzione dell'Aja, anziché a quella attualmente in vigore, si

⁶⁷² Non si dimentichi che il Regolamento CE 2201/2003 attiene anche la materia matrimoniale, che, però, esula da questa trattazione.

⁶⁷³ LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003*, cit., p. 1148.

⁶⁷⁴ ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione europea*, cit., p. 291. Il riferimento è soprattutto alle differenze tra i diritti materiali degli Stati membri, ad esempio in relazione agli istituti della tutela e della curatela, o ancora in merito alle diverse modalità di esercizio della responsabilità genitoriale a seconda che ci si riferisca a genitori sposati o meno o al tutore del minore.

⁶⁷⁵ I segnali in tal senso sono piuttosto espliciti, cfr. Cap. I par. 1.

⁶⁷⁶ CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma?*, cit., p. 644 ss.

potrebbe prospettare che le categorie giuridiche considerate distintamente in questa ricerca, possano essere ricondotte alla nozione di responsabilità genitoriale così come già espressa nel Regolamento CE 2201/2003 e nella Convenzione dell'Aja del 1996.

Utilizzando come unica categoria giuridica comprendente i rapporti genitori – figli quella della responsabilità genitoriale, si potrebbe pervenire ad una disciplina internazionalprivatistica uniforme e caratterizzata da una maggiore certezza circa la qualificazione di una fattispecie concreta. Di conseguenza, l'unica distinzione utile al fine di individuare la fonte di disciplina, deriverebbe dalla localizzazione della residenza del minore in uno Stato membro dell'Unione Europea o in uno Stato terzo.

II. Nella complessa questione del coordinamento delle fonti concernenti i rapporti tra i genitori ed i figli, rileva innanzitutto la disciplina della giurisdizione.

A tale riguardo occorre evidenziare che il Regolamento CE 2201/2003 considera la responsabilità genitoriale, mentre la legge 218/1995, distintamente, la potestà dei genitori e la protezione dei minori. Tuttavia, la definizione di responsabilità genitoriale contenuta nel Regolamento CE 2201/2003 si estende anche alle misure di protezione del minore: certamente la responsabilità genitoriale comprende le misure di protezione dei beni del minore, per espressa previsione dell'art. 1 par. 2 lett. e) e dell'art. 2 n. 7⁶⁷⁷.

Pertanto, da questo punto di vista, con riferimento alla giurisdizione, la previsione dell'art. 42 perde rilevanza in relazione ai minori residenti nell'Unione europea, per i quali risulta applicabile il Regolamento.

Per quanto riguarda la potestà dei genitori, invece, potrebbe considerarsi ancora applicabile, anche ai minori residenti nell'Unione europea, l'art. 37 della legge 218/1995, non essendo la potestà dei genitori esplicitamente ricompresa nella definizione comunitaria di responsabilità genitoriale. Tuttavia, ragionando intorno alla nozione di potestà dei genitori, secondo l'ordinamento italiano⁶⁷⁸, ci si avvede di come essa si componga di tutti i diritti ed i doveri dei genitori nei confronti dei figli minori: doveri di educazione, istruzione, mantenimento, diritti di visita e di affidamento etc., tutti ricompresi nella nozione di responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 2 n. 7 del Regolamento CE 2201/2003.

Di conseguenza, si può affermare che una violazione e/o una lesione di tali diritti-doveri comporta l'emanazione di un provvedimento, dell'autorità competente, che disponga

⁶⁷⁷ Cfr. Cap. I, par. 3.

⁶⁷⁸ Cfr. Cap. III, par. 4.

misure di protezione del minore, al fine di garantire a quest'ultimo le tutele che gli vengono negate dalle condotte negligenti di uno o di entrambi i genitori.

E', quindi, evidente come il confine tra potestà dei genitori, responsabilità genitoriale e protezione dei minori sia di incerta individuazione.

Nell'ipotesi in cui il minore sia residente in uno Stato terzo, la giurisdizione è determinata dai criteri previsti dagli artt. 37 e 42 della legge 218/1995, il primo, attinente la potestà genitoriale (come contenuto dei rapporti genitori – figli), il secondo, alle misure di protezione dei minori.

Fermo restando quanto appena esposto sul problema di qualificare una fattispecie come questione di potestà genitoriale o di protezione dei minori, si evidenzia il richiamo in ogni caso alla Convenzione dell'Aja del 1961, *ex art. 42*, il quale, tra l'altro, comporta l'estensione della disciplina convenzionale anche ai minori non residenti in uno Stato contraente⁶⁷⁹. Sebbene tale interpretazione possa essere ritenuta un raro esempio di uniformità della materia oggetto di questa trattazione, da un'analisi dei criteri di giurisdizione previsti dall'art. 37 e dalla Convenzione, emerge una disciplina disomogenea⁶⁸⁰. Infatti, in materia di potestà dei genitori, l'art. 37 della legge 218/1995 attribuisce la giurisdizione al giudice italiano, se l'Italia è il luogo di residenza o di cittadinanza di uno dei due genitori o del figlio⁶⁸¹; mentre, in materia di protezione dei minori, la Convenzione dell'Aja del 1961 fonda la giurisdizione in base al criterio generale della residenza abituale del minore, ammettendo, in via eccezionale ed alternativa, il criterio della nazionalità del minore⁶⁸².

Pertanto, nel caso in cui i rapporti tra genitori e figli riguardino un minore residente in uno Stato terzo, i criteri di giurisdizione sono: la residenza o la cittadinanza del minore, oppure, la residenza o la cittadinanza di uno dei genitori⁶⁸³.

II. Fermi restando i problemi di sussunzione di una fattispecie concreta entro l'ambito della potestà dei genitori o della protezione dei minori, il coordinamento delle fonti sulla legge applicabile risulta più agevole rispetto a quello delle fonti sulla giurisdizione,

⁶⁷⁹ Cfr. Cap. I, par. 2.3.

⁶⁸⁰ Cfr. Cap. par. 3 e 4.

⁶⁸¹ Ferma restando l'applicazione dei criteri generali di giurisdizione previsti agli artt. 3 e 9 della legge 218/1995. Cfr. Cap. II, par. 4.

⁶⁸² L'applicazione del criterio della nazionalità del minore è comunque limitata al caso in cui sia l'interesse superiore del minore a richiedere l'intervento del suo Stato di cittadinanza, purchè si informino preventivamente le autorità dello Stato di residenza del minore. Cfr. Cap. II, par. 3.

⁶⁸³ Si considerino anche gli artt. 6, 8 e 9 della Convenzione dell'Aja del 1961, che prevedono, oltre ai criteri della cittadinanza e della residenza abituale del minore, anche il criterio del *locus rei sitae*.

poiché vengono in rilievo solo l'art. 36 e l'art. 42 della legge 218/1995, con il descritto rinvio alla Convenzione dell'Aja del 1961.

Il criterio unico previsto dall'art. 36⁶⁸⁴, è la cittadinanza del figlio, indipendentemente dallo *status* di figlio legittimo o naturale.

Nell'ambito di applicazione materiale dell'art. 36 rientrano tutte le questioni riguardanti i rapporti personali e patrimoniali, nonché la potestà genitoriale. Di conseguenza, è possibile affermare che l'art. 36 si estenda a tutti i diritti e doveri reciproci, di carattere personale (quali quelli relativi all'assistenza morale e materiale, e quelli relativi all'istruzione ed educazione in generale) e di carattere patrimoniale (quali i poteri dei genitori di amministrazione dei beni dei figli, ed in generale di rappresentanza ed usufrutto legale), a prescindere dalla natura del rapporto di filiazione ed esercitati nell'interesse dei figli, ad esclusione di quanto attiene alla protezione dei minori ed agli obblighi alimentari, espressamente regolati rispettivamente dagli artt. 42 e 45 l. 218/1995 nonché dagli accordi internazionali richiamati da queste ultime norme e dagli atti dell'Unione europea per gli aspetti ad essi sottoposti

L'art. 36, riconducendo alla legge nazionale del figlio anche la causa di cessazione della potestà genitoriale, risulta in piena coerenza con le statuizioni della Convenzione dell'Aja del 1961 - richiamata dall'art. 42 per disciplinare la protezione dei minori – in base alla quale la cessazione degli “istituti protettivi”, nonché dei rapporti di autorità cui il minore sia assoggettato, è disciplinata dalla legge nazionale di quest'ultimo, sebbene, in generale, tale Convenzione rimandi alla legge dello Stato di residenza abituale del minore⁶⁸⁵.

In realtà, l'affermazione che la Convenzione dell'Aja del 1961 preveda come criterio di collegamento la residenza abituale del minore è riduttiva. Il quadro della legge applicabile alle questioni concernenti la protezione dei minori risulta, infatti, piuttosto articolato⁶⁸⁶.

La regola generale, risultante dal combinato disposto degli artt. 1 e 2 della Convenzione, indica come giudice competente quello del luogo di residenza abituale del minore, il quale applicherà la legge materiale del foro. Eccezione a tale regola è rappresentata

⁶⁸⁴ Cfr. Cap. III, par. 4.

⁶⁸⁵ BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 456: è ancora la legge nazionale del figlio a regolare la titolarità della potestà, le sue modalità di esercizio nonché i poteri di amministrazione e di rappresentanza spettanti sui beni dei figli, però, per le cause di cassazione della potestà e per le altre misure protettive che possono incidere sul suo esercizio, occorre tener conto anche delle altre norme della Convenzione dell'Aja del 1961, ed ancora, ad esse bisogna ricorrere anche per la risoluzione delle questioni relative alla contrarietà all'ordine pubblica di una legge straniera che non preveda la decadenza della potestà, neppure nei casi più gravi.

⁶⁸⁶ La Convenzione dell'Aja del 1961, si ricorda, non indica in modo esplicito i criteri di collegamento, ma fa solamente riferimento alla coincidenza tra *forum et ius*.

dall'art. 3, che prevede che, per i rapporti giuridici che trovano la loro fonte diretta nelle disposizioni di legge, si debba applicare la legge nazionale del minore, anziché quella della residenza abituale di quest'ultimo.

Pertanto, si riscontrano due criteri di collegamento differenti: per i rapporti *ex lege*, la legge nazionale del minore, per gli altri rapporti, la *lex fori* del luogo di residenza del minore, a meno che l'interesse preminente del minore non esiga l'applicazione della sua legge nazionale.

Il problema di maggiore interesse in tema di legge applicabile è rappresentato dal coordinamento dell'art. 36 della legge 218/1995 con la Convenzione dell'Aja del 1961, posto che è pacifico che la Convenzione comprende nel suo ambito di applicazione materiale anche la potestà dei genitori, disciplinata dall'art. 36⁶⁸⁷.

In particolare, si è visto⁶⁸⁸ come sia più opportuno considerare la potestà genitoriale come rapporto *ex lege*, con la conseguenza che il criterio di collegamento rilevante risulterebbe quello della legge nazionale del figlio, sia ai sensi dell'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1961, sia ai sensi dell'art. 36 della legge 218/1995.

Viene, quindi, in evidenza un altro – sempre raro – aspetto di uniformità della disciplina internazionalprivatistica della materia trattata.

III. Per quanto riguarda il riconoscimento delle decisioni, il coordinamento delle fonti prende necessariamente le mosse dal luogo di emissione del provvedimento.

Se la decisione è stata presa da un'autorità giurisdizionale o amministrativa di uno Stato membro dell'Unione europea ed attiene alla responsabilità genitoriale, allora il riconoscimento deve avvenire secondo la procedura prevista agli artt. 21 e seguenti del Regolamento CE 2201/2003⁶⁸⁹.

Diversamente, se non sussiste una delle predette condizioni – vale a dire se il provvedimento è stato emesso da un'autorità di uno Stato terzo e/o non concerne la responsabilità genitoriale, bensì la potestà dei genitori (ove non riconducibile alla prima) o la protezione dei minori – allora il riconoscimento segue la procedura ex artt. 64, 65 e 66 della legge 218/1995⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ VON STEIGER, *Rapport explicatif*, cit., p. 224: risulta con chiarezza l'inclusione della potestà genitoriale tra gli istituti oggetto della Convenzione. Dello stesso avviso: CAPOTORTI, *La capacité en droit International privé*, cit., p. 231; DROZ, *La protection des mineurs*, cit., p. 609; BENVENUTI, *Art. 21 disp. prel. cod. civ.*, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano di famiglia*, Vol. I, Padova, 1992, p. 247.

⁶⁸⁸ Cfr. Cap. III, par. 6.

⁶⁸⁹ Cfr. Cap. IV, par. 2.

⁶⁹⁰ Cfr. Cap. IV, par. 3.

Per entrambe le ipotesi è necessario fare alcune precisazioni.

Il Regolamento CE 2201/2003 prevede il riconoscimento automatico delle decisioni, ponendosi in linea con il programma europeo di riconoscimento reciproco delle decisioni⁶⁹¹.

Tuttavia si sottolinea come, in materia di responsabilità genitoriale, il riconoscimento automatico *ex art. 21* del Regolamento venga condizionato, dall'applicazione dell'art. 28 dello stesso, che prevede la procedura di dichiarazione di esecutività, su istanza tanto della parte che ha interesse al riconoscimento, quanto della parte che ha interesse contrario. In altri termini, il riconoscimento, in sé, avviene senza l'instaurazione di un procedimento *ad hoc*, ma, ai fini dell'esecuzione, è necessario avviare la procedura prevista dall'art. 28 e volta ad ottenere *l'exequatur*. Tale procedura può essere introdotta sia dalla parte che ha interesse all'esecuzione, sia da quella che vi si oppone e, pertanto, vi si ricorre di frequente, limitando di fatto i vantaggi del riconoscimento automatico.

Proprio perché *l'exequatur* richiesto ai fini dell'esecuzione sembra privare di effettività il riconoscimento automatico, in materia di diritto di visita e ritorno del minore, il Regolamento dispone l'abolizione *dell'exequatur*, prevedendo che una decisione, resa in uno Stato membro ed ivi esecutiva, è riconosciuta ed eseguibile in un altro Stato membro, se viene munita dall'autorità che l'ha emessa del certificato di cui all'art. 41 del Regolamento CE 2201/2003, che attesta la regolarità del processo con riferimento ai diritti di difesa, alla regolarità delle notifiche e delle comunicazioni e all'audizione del minore.

Il Regolamento, quindi, dispone un modello di riconoscimento più snello, dedicato al rientro del minore ed al diritto di visita, in considerazione delle peculiarità di tali aspetti. Si è visto, tuttavia, come tale procedura di riconoscimento concorra con quella "ordinaria" *ex artt. 21* e seguenti, con la conseguenza (positiva) che il mancato rilascio del certificato non pregiudica la possibilità di ottenere l'esecuzione della decisione.

In conclusione, quindi, la soluzione di prevedere due differenti procedimenti per il riconoscimento delle decisioni emesse da uno Stato membro, in materia di responsabilità genitoriale, è condivisibile, in considerazione della *ratio* di tale scelta e, soprattutto, in una prospettiva di definitiva abolizione dell'*exequatur* finalizzata all'esecuzione.

⁶⁹¹ Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, adottato dal Consiglio e pubblicato in *G.U.C.E.* 15 gennaio 2001 C 12, p. 1 ss. Cfr.: documento di lavoro della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni relative alla potestà dei genitori del 27 marzo 2001, COM/2001/0166 def..

Per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in Stati terzi, è necessario coordinare gli ambiti di applicazione degli artt. 64,65 e 66 della legge 218/1995⁶⁹².

Come si è detto, il rapporto tra tali norme non è sempre pacifico; tuttavia nell'ottica della più ampia possibilità di riconoscimento, è stata ritenuta più convincente la teoria della complementarità tra l'applicazione dell'art. 64 (norma generale sul riconoscimento) e gli artt. 65 e 66 della legge 218/1995 (rispettivamente sul riconoscimento delle decisioni in materia di *status* e diritti della personalità e sul riconoscimento dei provvedimenti di volontaria giurisdizione). In altri termini, in materia di potestà genitoriale⁶⁹³ protezione dei minori – e comunque in tema di diritto di famiglia in generale – l'art. 64 trova applicazione solo nel caso in cui non funzioni il richiamo internazionalprivatistico di cui agli artt. 65 e 66. In primo luogo, quindi, potrà riconoscersi all'interno dell'ordinamento italiano, una decisione emessa in uno Stato terzo, se la stessa è resa dall'autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme di conflitto della legge 218/1995, quasi a garantire la vicinanza del collegamento con l'ordinamento straniero.

Nel caso in cui ciò non si verifichi, il riconoscimento sarà comunque possibile, applicando l'art. 64 della legge 218/1995.

IV. Come si è visto, la principale causa della frammentarietà della disciplina dei rapporti familiari oggetto di questa ricerca è l'incerta qualificazione di una fattispecie concreta entro gli ambiti di applicazione delle fonti rilevanti.

A tal proposito, è opportuno trarre le conclusioni circa le possibili qualificazioni degli ambiti della potestà dei genitori, della responsabilità genitoriale e della protezione dei minori.

La potestà dei genitori è considerata esplicitamente dall'art. 36 della legge 218/1995, come espressione più significativa dei rapporti tra genitori e figli, di conseguenza è possibile qualificarla alla luce dell'ordinamento italiano⁶⁹⁴.

⁶⁹² Cfr. Cap. IV, par. 3.

⁶⁹³ Cfr. Cap. IV, par. 3.

⁶⁹⁴ La soluzione tradizionale in dottrina ed in giurisprudenza, circa il problema della qualificazione, prevede l'interpretazione della fattispecie secondo la *lex fori*, vale a dire con riferimento al significato dei termini impiegati dalla norma di conflitto nell'ordinamento a cui essa appartiene. Ciò significa che, per quanto riguarda le norme di conflitto autonomamente poste dal legislatore italiano, la qualificazione deve essere operata sulla base del diritto italiano, nel suo complesso. In giurisprudenza si veda: Cass., 27 marzo 1961, n. 690; Cass., 29 gennaio 1964, n. 237; Cass., 12 maggio 1969, n. 1617; App. Roma, 16 ottobre 1978; App. Roma, 6 settembre 1983. In dottrina si veda: MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto. Parte generale*, cit, p. 185; VITTA, *Qualificazione (dir. int. priv.)*, in *Enc. Giur.*, Roma. Il problema della qualificazione è stato preso in considerazione per la prima volta da KAHN, in *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des*

Essa è da intendersi come il complesso dei poteri che l'ordinamento attribuisce ai genitori, per l'adempimento dei loro doveri nei confronti dei figli, primi fra tutti, il mantenimento, l'educazione e l'istruzione⁶⁹⁵. Si ribadisce che tali poteri si esercitano in ragione della debolezza psico – fisica del figlio, dovuta alla sua minore età, di conseguenza, essi sono *latu sensu* strumenti di protezione del minore.

Le misure di protezione del minore, propriamente dette, sono considerate, ma non definite, dalle Convenzioni dell'Aja del 1961 e del 1996, nonché dal Regolamento CE 2201/2003, che le ricomprende nella nozione di responsabilità genitoriale⁶⁹⁶.

Come si è visto⁶⁹⁷, la Convenzione dell'Aja del 1961 distingue le misure di protezione dei minori tra rapporti *ex lege* e rapporti che traggono la loro fonte necessariamente da una pronuncia dell'autorità competente. Per brevità e per maggiore chiarezza, si riportano a titolo esemplificativo alcune misure di protezione dei minori previste dal diritto materiale italiano⁶⁹⁸: la tutela, comprese la sua instaurazione e la sua decadenza (artt. 343, 346, 361, 371 e 384 cod. civ.), le misure di intervento della pubblica amministrazione a favore dei minori in stato di abbandono (art. 403 cod. civ.), i provvedimenti relativi all'affidamento del minore (artt. 2, 3, 4, 5 l. 184/1983), i provvedimenti di esercizio della potestà genitoriale demandati al giudice tutelare (art. 337 cod. civ.) e quelli demandati al tribunale per i minorenni (art. 336 cod. civ.).

Da una rapida rassegna delle misure di protezione dei minori previste dall'ordinamento italiano, si deduce con massima chiarezza che esse sono strettamente collegate alla potestà genitoriale, soprattutto quando vengono applicate a fronte della decadenza della potestà stessa.

internationalen Privatrechts, 1891, p. 1 ss., ma è stato studiato anche da BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits des lois*, in *Clunet*, 1897, p. 225 ss., il quale prese le mosse dalla sentenza del Tribunale di Algeri del 24.12.1889 nel celebre caso Bartholo (in *Clunet*, 1891, p. 1171). La questione riguardava la quarta uxoria spettante alla vedova sui beni del marito: i coniugi Bartholo, originari di Malta, dove si erano sposati, si erano trasferiti in Algeria e algerina era la cittadinanza del marito. Il diritto maltese considerava la questione come successoria, mentre quello algerino come attinente ai rapporti tra coniugi. Bartin osservò che, sebbene le norme di diritto internazionale dei due Stati fossero identiche, l'applicazione dell'una o dell'altra legge avrebbe comportato effetti diversi: se a decidere la controversia fossero stati i giudici di Malta, essi avrebbero considerato la questione come ereditaria ed avrebbero applicato al legge nazionale del defunto al momento del decesso e, quindi, la legge algerina; mentre, essendo la controversia radicata avanti i giudici algerini, questi ultimi hanno considerato la norma di conflitto sui rapporti tra coniugi che richiamava la legge nazionale comune ai coniugi al momento della celebrazione del matrimonio, e, quindi la legge materiale maltese.

⁶⁹⁵ Per una definizione completa di potestà dei genitori si veda: RUSCELLO, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, cit., pp. 75-199. Nel diritto sostanziale italiano alla potestà genitoriale è dedicato il Titolo IX del Libro I del codice civile, a cui si aggiunge la norma dell'art. 147 c.c. che sancisce l'obbligo per entrambi i genitori di mantenere, istruire ed educare la prole.

⁶⁹⁶ Art. 2 n. 7 e art. 1 par. 2, lett. e) del Regolamento CE 2201/2003.

⁶⁹⁷ Cfr. Cap. I, par. 2.2.

⁶⁹⁸ Sulla riconducibilità di tali misure ai rapporti *ex lege*, si veda Cap. I, par. 2.2.

A tal proposito, il confine tra potestà genitoriale e protezione dei minori appare talora difficilmente individuabile in concreto⁶⁹⁹ ed in merito si è espressa la Corte di Cassazione italiana, che, chiamata ad individuare l'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori rispetto al diritto comune, ha delineato un'interpretazione funzionale della distinzione tra provvedimenti in materia di potestà genitoriale e provvedimenti in materia di protezione dei minori⁷⁰⁰. Secondo la Corte, infatti, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, rientrano nell'ambito delle misure di protezione dei minori: la tutela (che comprende la nomina del tutore, del protutore, i provvedimenti urgenti che il giudice può disporre prima della nomina del tutore, i provvedimenti del giudice tutelare circa l'educazione del minore e l'amministrazione dei suoi beni, nonché la rimozione e la sospensione del tutore), i provvedimenti di esercizio della potestà genitoriale demandati al giudice *ex art. 337 cod. civ.*, gli interventi diretti a porre termine ad un rapporto di autorità *ex lege* (come la decadenza della patria potestà di genitore *ex art. 330 cod. civ.*) nonché gli altri provvedimenti che possono essere presi contro uno dei genitori che tenga una condotta pregiudizievole al figlio a norma degli artt. 333 e 334 cod. civ. o, in casi di urgenza, i provvedimenti adottati dal tribunale per i minorenni *ex art. 336 cod. civ.*⁷⁰¹. Da tale ricostruzione emerge chiaramente la contiguità dei provvedimenti in materia di protezione dei minori con quelli relativi alla potestà

⁶⁹⁹ LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003*, cit., p. 1147, dove l'autrice porta come esempio di questa confusione il caso, frequente nella giurisprudenza italiana, della distinzione tra affidamento extrafamiliare disposto *ex art. 333 cod. civ.*, sul provvedimento limitativo della potestà genitoriale, oppure *ex art. 2 l. 184/1983* sulle misure di protezione dei minori in difficoltà. Dall'esame della giurisprudenza in materia, infatti, emerge che la scelta tra i due affidamenti dipenda non da differenze sostanziali (quali ad esempio la rigorosa temporaneità della misura, richiesta espressamente solo dalla legge sull'adozione), ma dal modo in cui la situazione di difficoltà del minore è giunta a conoscenza delle autorità pubbliche: se è stato adito direttamente il tribunale dei minorenni, l'affidamento è disposto *ex art. 333 cod. civ.*; se invece vi è stato un intervento preventivo dei servizi territoriali, la procedura si svolge secondo le norme della l. 184/1983

⁷⁰⁰ Cass., 9 gennaio 2001, n. 541, in *RDIPP*, 2002, p. 128 ss.. Il caso riguardava l'allontanamento dalla madre di due minori bipoliti (con cittadinanza italiana e tedesca) residenti abitualmente in Germania. Il provvedimento era disposto dal Tribunale di Roma, che fondava la propria *potestas iudicandi* sugli artt. 36 e 37 l. 218/1995, poiché la controversia riguardava la potestà genitoriale ed i figli, come il padre avevano al cittadinanza italiana.

⁷⁰¹ Anche la dottrina è favorevole da un'interpretazione ampia ed estesa delle "misure tendenti alla protezione del minore" di cui all'art. 1 Conv. Dell'Aja del 1961, tale da ricomprendervi tutte le misure individuali di diritto privato o di diritto pubblico che tendono alla protezione della persona o dei beni del minore. In sostanza, ciò che rileva è che si tratti di provvedimenti della pubblica autorità (amministrativa e giudiziaria) aventi lo scopo di proteggere il minore. Si vedano: BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1996, p. 485; BONOMI, *La Convenzione dell'Aja del 1961*, cit., p. 607 ss., FRANCHI, *La protezione dei minori*, cit., p. 55 ss. in cui si legge un elenco dettagliato delle misure di protezione dei minori ai sensi della Convenzione; MONTANARI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni sulla protezione del minore bipolite tra Convenzione dell'Aja del 1961 e diritto comune*, in *RDIPP*, 2002, p. 101.

genitoriale, tuttavia la Corte li distingue a seconda del loro obiettivo, ossia, in relazione alla loro specifica funzione di protezione del minore⁷⁰².

Lo sforzo interpretativo della Suprema Corte non dissipa, tuttavia, i dubbi di qualificazione. Tali dubbi appaiono pertanto confermati dal confronto tra la nozione di la responsabilità genitoriale, delineata dal Regolamento CE 2201/2003, e quella della Convenzione dell'Aja del 1996.

L'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1996 include nel suo ambito di applicazione *ratione materiae* le misure concernenti:

- a) l'attribuzione, l'esercizio e la revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale, nonché la sua delega;
- b) il diritto di affidamento, che comprende il diritto di occuparsi della persona del minore, e in particolare il diritto di decidere sul suo luogo di residenza, nonché il diritto di visita, che comprende il diritto di portare il minore, per un periodo di tempo limitato, in un luogo diverso da quello di abituale residenza;
- c) la tutela, la curatela e gli istituti analoghi;
- d) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o organismo incaricato di occuparsi della persona o dei beni del minore, di rappresentarlo o di assisterlo;
- e) il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafalah* o istituto analogo;
- f) la supervisione da parte delle autorità pubbliche dell'assistenza fornita al minore da qualsiasi persona che se ne faccia carico;
- g) l'amministrazione, la conservazione o la facoltà di disporre dei beni del minore.

Del tutto analogamente, l'art. 1 del Regolamento CE 2201/2003, nell'ambito di applicazione dello stesso, con particolare riferimento alla responsabilità genitoriale, ricomprende le questioni riguardanti:

- a) il diritto di affidamento ed il diritto di visita;
- b) la tutela la curatela ed altri istituti analoghi;
- c) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino od assistano;
- d) la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto;

⁷⁰² Cass., 9 gennaio 2001, n. 541, cit., p. 132 dove si legge: i provvedimenti di cui all'art. 333 cod. civ. pur incidendo sulla potestà genitoriale, devono essere ricompresi – in riferimento alla loro precipua funzione di protezione dei minori – nell'art. 1 della Convenzione dell'Aja del 1961 il quale attribuisce la competenza giurisdizionale ed amministrativa alle autorità di residenza abituale del minore.

e) la misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione, o all'alienazione dei suoi beni.

Inoltre, lo stesso Regolamento definisce la responsabilità genitoriale come: “ i diritti ed i doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita”.

Alla luce di quanto considerato, quindi, la potestà dei genitori può essere un aspetto ricompreso, ma non esaurito, nella responsabilità genitoriale, la quale, tra l'altro, comprende anche le misure di protezione dei minori, per esplicita previsione del Regolamento CE 2201/2003 e della Convenzione del 1996.

E' quindi possibile ipotizzare un assorbimento degli ambiti della potestà dei genitori e della protezione dei minori entro la più ampia nozione di responsabilità genitoriale. Ciò potrebbe portare all'auspicata uniformità della disciplina internazionalprivatistica della materia, eliminando o quantomeno riducendo, i dubbi circa la sussunzione di una fattispecie concreta con una delle fattispecie astratte considerate dalle diverse fonti rilevanti. In questo senso, l'assorbimento di tali aspetti entro la responsabilità genitoriale potrebbe rappresentare un metodo interpretativo valido per la generalità dei rapporti endofamiliari, utile a ricostruirne in modo uniforme la disciplina internazionalprivatistica, facendo venire meno la frammentarietà che la caratterizza.

In una prospettiva futura, una simile ipotesi può essere avvalorata dall'auspicabile entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del 1996, che, come si è visto, contiene la stessa nozione di responsabilità genitoriale prevista dal Regolamento CE 2201/2003.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Unification et droit comparé dans la théorie et la pratique, Contribution en l'honneur de Jean George Sauveplanne*, Deventer, 1985
- AA.VV., *Liber memorialis François Laurent*, Bruxelles, 1989
- AA.VV., *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'Honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990
- ALSTON, *The best interest of a child: reconciling culture and human rights*, Oxford, 1994
- ANCEL, MUIR WATT, *La désunion européenne*, in *Rev. crit.*, 2001, p. 441 ss.
- ANCEL, MUIR WATT, *L'interet supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II-bis*, in *Rev. crit.*, 2005, p. 560 ss.
- ANCESCHI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Torino, 2006
- ANCESCHI, *I rapporti tra genitori e figli*, in ANCESCHI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Torino, 2006, p. 253 ss.
- ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, 1942
- ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007
- ANTON, *Private International Law – A Treatise from the standpoint of Scots law*, Edimburgh, 1967
- ANTON, *The Hague Convention on International Child Abduction*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 1981, p. 537 ss.
- ARTIGLIERE, ANGOTTA, GENNARELLI, DANAUHE, *Brevi cenni sulla Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dei minori*, in BEGHE' LORETI, (a cura di), *La protezione dei minori nelle Convenzioni internazionali*, Roma, 1982, p. 31 ss.
- ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione e riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 730 ss.

- ATZENI, *Conflitti di competenza in materia di mantenimento dei figli nati da genitori non coniugati*, in CARBONE, QUEIROLO, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 315 ss.
- AULETTA (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a 30 anni dalla riforma*, Milano, 2007
- BADIALI, *Ordine pubblico internazionale*, in *Enc. Giur.*, XXII, 1990, Roma
- BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 1974
- BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982,
- BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1996
- BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999,
- BALLARINO, *Le codificazioni recenti nel diritto internazionale privato in Europa*, in BROGGINI, (a cura di) *Il nuovo diritto internazionale privato della Svizzera*, Milano, 1990, p. 430 ss..
- BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto dei contratti*, Milano, 1991
- BARATTA, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in *Giust. Civ.*, 2002, p. 463 ss..
- BARATTA, *Il Regolamento CE sul diritto internazionale privato della famiglia*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 163 ss.
- BARATTA, *Verso la “comunitarizzazione” dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *RDIPP*, 2005, p. 573 ss.
- BARBANERA, *La responsabilità dei genitori*, in FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia, Vol. III, Filiazione e adozione*, Bologna, 2008, p. 201 ss.
- BAREL, voce “Apolidia”, in *Enc Giur.*, Roma, 1988, p. 2 ss.
- BAREL, *Art. 19*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *NLCC*, 1996, p. 1079.
- BAREL, *Art. 64*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 2424 ss.

- BAREL, *Art. 65*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 2431 ss.
- BAREL, *Art. 66*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 2436 ss.
- BAREL, *Art. 67*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 2443 ss..
- BARIATTI, *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986
- BARIATTI, *Riflessioni sul riconoscimento delle sentenze civili e dei provvedimenti stranieri nel nuovo ius comune italiano*, in *Collisio Legum. Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1996, p. 47 ss.;
- BARIATTI, *Art. 3*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *NLCC*, 1996, p. 889 ss.
- BARIATTI, *Art. 3*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *NLCC*, 1996, p. 890 ss.
- BARIATTI, *Art. 64*, *Riconoscimento di provvedimenti stranieri*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATTO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario al nuovo diritto internazionale italiano*, Milano, 1996, p. 328 ss.
- BARIATTI, *Art. 65*, *Riconoscimento di provvedimenti stranieri*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATTO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario al nuovo diritto internazionale italiano*, Milano, 1996, p. 332 ss.
- BARIATTI, *Art. 66*, *Riconoscimento di provvedimenti stranieri*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATTO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario al nuovo diritto internazionale italiano*, Milano, 1996, p. 336 ss.
- BARIATTI, *Art. 67*, *Riconoscimento di provvedimenti stranieri*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATTO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario al nuovo diritto internazionale italiano*, Milano, 1996, p. 341 ss.
- BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato e comunitario*, in *RDIPP*, 2003, p. 671 ss.

- BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione del diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in *RDIPP*, 2006, p. 369 ss..
- BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007
- BARIATTI, *Multiple nationality and EU private International law*, in *Yearbook of Private int. law*, 2011, Vol. XII, p. 1 ss.
- BARILE, *Appunti di diritto pubblico straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1948, p. 35 ss.
- BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*, in *Clunet*, 1897, p. 225 ss.
- BARTIN, *Principes de droit International selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, 1931, Vol. II.
- BARUFFI, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2005
- BARUFFI, *Osservazioni sul Regolamento Bruxelles II bis*, in BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 200 ss.
- BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in CARBONE, QUEIROLO, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 259 ss.
- BARUFFI, *artt. 8 – 20 Regolamento CE 2201/2003*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2011, p. 2467
- BATIFOL, LAGARDE, *Droit International privé, I*, Paris, 1993
- BEAUMONT, *Great Britain national report*, in FAWCETT (a cura di), *Declining Jurisdiction in private international law*, Oxford, 1995, p. 207 ss.
- BEERNAERT, COIBION, *La doctrine du forum non conveniens – réconciliation avec le texte de la Convention de Bruxelles*, in *Journal des Tribunaux*, 2000, p. 409 ss.
- BEGHE' LORETI, (a cura di), *La protezione dei minori nelle Convenzioni internazionali*, Roma, 1982

- BEGHE' LORETI, *I figli delle coppie plurinazionali*, in *Giust. Civ.*, 1989, p. 303 ss.; LAGARDE, *La protection du mineur*, cit., p. 532 ss.
- BEGHE' LORETI (a cura di), *La tutela dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995
- BELLISSARIO, *Parental responsibilities: i lavori della Commission on European Family Law*, in *Minori e giust.*, 2007, p. 61 ss.
- BELVEDERE, voce “ *Potestà dei genitori*”, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990
- BENVENUTI, *Art. 20 disp. prel. cod. civ.*, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano di famiglia*, Vol. I, Padova, 1992, p. 196 ss.
- BENVENUTI, *Art. 21 disp. prel. cod. civ.*, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano di famiglia*, Vol. I, Padova, 1992, p. 247.
- BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005
- BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Clunet*, 2004, p. 991 ss.
- BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 143 ss;
- BIAVATI, *Il riconoscimento ed il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2003, p. 1241 ss..
- BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*, in *Nuova Giur. comm.*, 2006, I, p. 91 ss.
- BISCOTTINI, voce “ *Cittadinanza*”, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, p. 144 ss.
- BOELE WOELKI (a cura di), *Common Core and better law in European family law*, Antwerpen, 2005
- BOELE WOELKI, GONZALES BEILFUSS (a cura di), *Bruxelles II-bis: its impact and application in the Member States*, Antwerpen-Oxford, 2007
- BOELE WOELKI, SUERDRUP, *European changes in contemporary family law*, Portland, 2008

- BONELL, voce “Unificazione internazionale del diritto”, in *Enc. Del dir.*, 1992, Milano, p. 720 ss.;
- BONILINI, CATTANEO (a cura di), *Il diritto di famiglia, Vol. I – famiglia e matrimonio*, Torino, 1998
- BONINO, *La figura del padre tra ruolo sociale e ruolo affettivo*, in *Minori e giust.*, 2007, p. 13 ss.
- BONOMI, *La Convenzione dell’Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l’avvio dei lavori di revisione*, in *RDIPP*, 1995, p. 607 ss.
- BORRAS, *Relazione esplicativa alla convenzione stabilita sulla base dell’art. K.3 del Trattato dell’Unione europea sulla competenza, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni matrimoniali*, in *G.U.C.E C. n. 221/27 del 16 luglio 1998*
- BORRAS, *Diritto internazionale privato e rapporti con gli Stati terzi*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 449 ss.
- BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1996
- BOSCHIERO, *Les couples homosexuelles à l’épreuve du droit International privé italien*, in *RDI*, 2006, p. 53 ss.;
- BOTTI, *Prime precisazioni sull’ambito di applicazione del regolamento n. 2201/2003/Ce in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Giust. Civ.* 2008, p. 2340 ss.
- BOUTARD (a cura di), *L’ordre public à la fin du XXème siècle*, Paris, 1996
- BOUTARD, LABARDE, *L’ordre public en droit communautaire*, in BOUTARD (a cura di), *L’ordre public à la fin du XXème siècle*, Paris, 1996, p. 50 ss.;
- BROGGINI (a cura di), *Il nuovo diritto internazionale privato della Svizzera*, Milano, 1990,
- BROGGINI, *Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze civili straniere nello ius commune italiano*, in *RDIPP*, 1993, p. 829 ss..

- BRUCH, *How to Draft a Successful Family Law Convention*, in DOEK, LOON, VLAARDINGERBROEK (a cura di) *Children on the Move*, Hague-Boston-London, 1996, p. 47 ss.;
- BUCCIANTE, voce “*Potestà dei genitori*”, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, 1985
- BUCHER, *La LDIP et le Conventions Internationales*, in AA.VV., *Conflits et harmonisation, Mélanges en l’Honneur d’Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, p. 265 ss.
- BUCHER, *La Dix-Huitième session de la Conférence de la Haye de droit International privé*, in *Schweizerische Zeitschrift fuer internationales und europaeische Recht*, 1997, p. 67 ss.
- BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2009, tome 341, pp. 320 ss.;
- CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio sudicia europeo*, Madrid, 2007
- CALIENDO, *Richiesta di riconsegna del minore sottratto*, in *Fam. dir.*, 1998, p. 137 ss.
- CALO’, *L’influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Familia*, p. 509 ss.
- CAMPEIS, DE PAULI, *La procedura civile internazionale*, Padova, 1991
- CAMPEIS, DE PAULI, *Delibazione camerale di sentenza straniera con decreto inaudito e tutela del controinteressato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 893 ss.
- CAMPEIS, DE PAULI, *Il riconoscimento automatico delle sentenze straniere nella legge di riforma: un'affermazione astratta che non elimina in concreto il controllo giudiziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 240
- CAMPEIS, DE PAULI, *Le regole europee ed internazionali del processo civile italiano*, Padova, 2009, p. 582
- CAMPIGLIO, *Art. 36*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATTO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario al nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 188 ss

- CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *RDIPP*, 2008, p.70
- CAMPIGLIO, MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Digesto, IV, Disc. Pubbl.*, aggiornamento Torino, 2005
- CANNIZZARO, *Sull'utilizzazione delle riserve come strumento per assicurare la compatibilità fra convenzioni multilaterali e diritto comunitario*, in *RDIPP*, 2002, p. 372 ss
- CANNONE, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000
- CAPOTORTI, *La capacité en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, tome 110, 1963-III, p. 229 ss.
- CAPOTORTI (a cura di), *Il nuovo sistema di diritto internazionale privato*, in *Corr. Giur*, 1995, p. 1230 ss.
- CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino, 1995
- CARBONE, *Applicabilità del diritto italiano al cittadino musulmano: il minore "a carico" può ricongiungersi alla madre, cittadina del Marocco, in Italia con permesso di soggiorno*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 357 ss..
- CARBONE, QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, 2008
- CARELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *RDIPP*, 1994, p. 777 ss.;
- CARELLA, *Art. 36*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, in *NLCC*, 1996, p. 1195 ss.
- CARELLA, *Art. 37*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, in *NLCC*, 1996, p. 1209 ss.
- CARELLA (a cura di) *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007

- CARELLA, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in CARELLA (a cura di) *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 27 ss.;
- CARLEVARIS, *Il nuovo procedimento per accertare l'efficacia delle sentenze straniere e le prime difficoltà applicative*, in *RDI*, 1999, p. 1005 ss..
- CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007
- CARPI, *Dal riconoscimento delle decisioni all'esecuzione automatica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1127 ss.
- CASSESE, *Per la determinazione dello "statuto personale" di rifugiati e apolidi*, in *RDI*, 1964, p. 50 ss.;
- CASTELLANETA, *Con le nuove integrazioni normative, più difficile la sottrazione illecita dei fanciulli*, in *guida al diritto, Dir. Com. int.*, 2005, n.1, p. 18 ss.
- CATTANEO, *La legislazione familiare in Italia dall'unità ad oggi*, in BONILINI, CATTANEO (a cura di), *Il diritto di famiglia, Vol. I – famiglia e matrimonio*, Torino, 1998, p. 1 ss.
- CIAN, OPPO, TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano di famiglia, Vol. I*, Padova, 1992
- CIPRIANI, QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, Napoli, 1988,
- CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano 2001
- CLERICI, *Art. 19*, in AA.VV., *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – Commentario*, in *RDIPP*, 1995, p. 999
- CLERICI, *Ancora sulle regole internazionali in materia di sottrazione di minori*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 171 ss.
- CLERICI, *Le prospettive europee del diritto di famiglia: diritto internazionale privato o diritto privato?*, in *Rivista AIAF*, 2005, p. 50
- CLERICI, *Dieci anni di applicazione delle nuove norme di diritto internazionale privato sui rapporti familiari*, in PASCUZZI (a cura di) , *La famiglia senza*

frontiere – Atti del Convegno Università di Trento 1 ottobre 2005, Trento, 2006, p. 83 ss.

- CLERICI, *E' ora di riformare la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995?*, in *RDIPP*, 2011, sub art. 42, p. 644 ss.
- CONETTI, *Norme di conflitto uniformi sullo statuto personale di rifugiati ed apolidi e diritto internazionale privato italiano*, in *Studi in memoria di Udina*, Milano, 1975, p. 986 ss.
- CONETTI, voce "Rifugiati", in *Noviss. Digesto it., Appendice IV*, Torino, 1986, p. 819 ss.;
- CONETTI, *Art. 20 disp. prel. cod. civ.*, in CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, Torino, 1994, p. 91 ss.
- CONETTI, *I rapporti di famiglia nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 320
- CONETTI, *Ordine pubblico del foro*, in *Questioni di diritto internazionale privato e processuale, Studium Iuris*, 2004, p. 29.
- CONETTI, *Art. 3*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 12 ss.
- CONETTI, *Art. 4*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma di diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 17 ss.
- CONETTI, *Art. 7*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma del diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 22 ss.
- CONETTI, *Art. 9*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 27 ss.
- CONETTI, *Art. 16*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla Legge n. 218/1995*, Torino, 2009, p. 51 ss.
- CONETTI, *Art. 19*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 60
- CONETTI, *Art. 36*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma del diritto internazionale italiano*, Torino, 2009, p. 143 ss.

- CONETTI, *Art. 37*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma del diritto internazionale italiano*, Torino, 2009, p. 148 ss.
- CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009
- CONFORTI, *Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme*, in *RDIPP*, 1988, p. 233 ss..
- CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 575 ss.
- CONSOLO, *Profili di litispendenza internazionale*, in *RDI*, 1997, p. 66
- CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 268 ss.
- CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in *Dir. Imm. e citt.*, 2000, p. 18
- CORBETTA, *Rapporti di coppia con elementi di estraneità e ordine pubblico internazionale*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, pp. 331
- DAVI, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, Roma, 1981
- DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *RDI*, 1990, p. 590 ss.
- DAVI, *Il diritto internazionale privato della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *RDI*, 2002, p. 861 ss.
- DE CRISTOFARO, *Presupposti e rimedi per il provvedimento che sospende l'opposizione all'exequatur o il riconoscimento di sentenza comunitaria*, in *RDIPP*, 1998, p. 755.
- DE CESARI, *Principi e valori alla base della disciplina comunitaria*, in PASCUIZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere. Atti del Convegno tenuto presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 1° ottobre 2005*, Trento, 2006, p. 30 ss..
- DE FEIS, *La kafala islamica come strumento di tutela dei minori e presupposti per il riconoscimento in Italia*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 481 ss

- DI BLASE, *Art. 7*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *NLCC*, 1996, p. 950 ss.
- DI LIETO, *Il Regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale di responsabilità genitoriale. Commento a Reg. 2201/2003*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 2004, p. 117 ss.
- DICEY, MORRIS, *Conflict of Laws*, London, 2000
- DJEMNI, WAGNER, *L'evolution du droit communautaire de la famille*, in GABDIN, KERNALEGUEN (sous la direction de), *Le Statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruxelles, 2004, p. 100 ss.
- DOEK, LOON, VLAARDINGERBROEK (a cura di), *Children on the move*, The Hague - Boston, 1996
- DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore?*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1992, p. 1093 ss;
- DOGLIOTTI, *I rapporti familiari nel nuovo diritto internazionale privato*, in *Dir. fam.*, 1997, p. 297 ss.
- DONNARUMMA, *La Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la normativa di adattamento nell'ordinamento italiano*, in *dir. fam.*, 1982, p. 179.
- DROZ, *La protection des mineurs en droit International privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de la Haje 1961*, in *Clunet*, 1973, p. 609 ss.
- DUINTJER TEBBENS, *Abaenderung einer deutschen Umgangsregelung in den Niederlanden*, in *IPRax*, 1981, p. 205 ss.
- DYER, *International Child Abduction by Parents*, in *Recueil des Cours*, tome 168, 1980, p. 237 ss.;
- ESPINOSA, CALABUIG, *La responsabilidad parental y el Nuevo regolamento de "Bruselas II-Bis"*, in *RDIPP*, 2003, p. 735 ss.
- ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione europea tra regolamento 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in CARBONE, QUEIROLO, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 283 ss.
- FAWCETT, *A new approach to jurisdiction over companies in private international law*, in *Int. and Comparative Law*, 1988, p. 645 ss

- FAWCETT (a cura di), *Declining Jurisdiction in private international law*, Oxford, 1995
- FAWCETT, *General Report*, in FAWCETT (a cura di), *Declining jurisdiction in private international law*, Oxford, 1995, p. 1 ss.
- FAWCETT, NORTH (a cura di), *Current Legal Issues in International private law*, Singapore, 1997
- FERACI, *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare:alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, in *RDIPP*, 2011, p. 109 ss.
- FERRANDO, *Diritti ed interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. Dir.*, 1998, p. 167 ss.;
- FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Bari, 2005
- FERRANDO, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2008, p. 2344 ss.
- FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia, Vol. III, Filiazione e adozione*, Bologna, 2008
- FILZ, *Crisi familiari e figli contesi:responsabilità genitoriale e figli contesi*, in PASCUZZI (a cura di) , *La famiglia senza frontiere – Atti del Convegno Università di Trento 1 ottobre 2005*, Trento, 2006, p. 197 ss.
- FINOCCHIARO, *Responsabilità genitoriale: dal primo marzo va in soffitta la patria potestà*, in *Guida al diritto dir. Com. int.*, 2005, p. 34 ss.
- FIORENTINI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di condanna al mantenimento*, in *fam. dir.*, 2004, p. 581 ss.
- FOCARELLI, *La Convenzione di New York e il concetto di best interests of the child*, in *RDI*, 2010, p. 981 ss.
- FRANCHI, *Art. 42*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario al nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 123 ss.
- FRANCHI, *Protezione dei minori e diritto internazionale privato*, Milano, 1997

- FULCHIRON, *La responsabilité parentale dans l'espace européen*, in GABDIN, KERNALEGUEN (sous la direction de), *Le Statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruxelles, 2004, p. 173 ss.
- FULCHIRON, NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, 2005
- FUMAGALLI, *EC Private International Law and the Public Policy Exception*, in *Yearbook of Priv. Int. Law*, vol. 6, 2004, p. 171 ss.;
- FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario 805/2004*, in *RDIPP*, 2006 p. 24 ss
- GABDIN, KERNALEGUEN (sous la direction de), *Le Statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruxelles, 2004
- GAJA (a cura di), *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Giuliano*, Padova, 1989
- GAJA, *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1994
- GAJA, *Le Convenzioni internazionali e le nuove norme sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 837 ss.
- GALLANT, *L'impact et l'application du Règlement Bruxelles II-bis en France*, in BOELE WOELKI, GONZALES BEILFUSS (a cura di), *Bruxelles II-bis: its impact and application in the Member States*, Antwerpen-Oxford, 2007
- GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Dir. Fam.*, 2004, p. 138 ss.
- GAUDEMET-TALLON, *Le "forum non conveniens": une menace pour la Convention de Bruxelles?"* in *Rev. crit.*, 1991, p. 491 ss.
- GAUDEMET TALLON, *Le règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: "Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs"* , in *JDI*, 2001, p. 381 ss.
- GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione*, in *Fam. dir.*, 2008, pp. 677-680

- GIARDINA, *L'uguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1974, p. 5 ss.
- GIARDINA, *Criteri ispiratori e tecniche di un'eventuale riforma in Italia del diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1985, p.14 ss
- GIARDINA, *La Corte Costituzionale e i rapporti tra coniugi nel diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1989, p. 120 ss
- GIARDINA, *Art. 17 disp. prel. cod.civ.*, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Vol. I, Padova, 1992, p. 95 ss.
- GIARDINA, *Note introduttive agli articoli 17-21, 23 e 26*, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI, *Commento al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, p. 79 ss.
- GIARDINA, *Il nuovo diritto internazionale privato*, in *Notariato*, 1995, p. 437 ss.
- GRUBER, *Die neue "europaeische Rechtsaengigkeit", bei Scheidungsverfahren*, in *FamRZ*, 2000, p. 1129 ss.
- HAMMJE, *L'intéret de l'enfant face aux sources internationaux du droit international privé*, in *Le droit international privé, mélange en l'Honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005
- HENRICH, nota a EuGC 22.12.2010, in *FamRZ*, 2011, p. 620 ss.
- HONORATI, *Art.42*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1995, p. 1119
- HONORATI, *Art. 9*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *NLCC*, 1996, p. 971 ss.
- HONORATI, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in BARIATTI (a cura di) *La famiglia nel diirtto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 5 ss.
- HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II: la nozione di residenza abituale del minore (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2012, p. 25 ss.
- HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II: la nozione di residenza abituale del minore (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2012, pp. 162 ss.
- IDOT, *Mesures urgentes de protection de l'enfance et application du réglement*, in *Europe*, 2009, n. 265, p. 44 ss

- IDOT, *Compétence en cas de déplacement d'enfant et résidence habituelle*, in *Europe*, 2011, Mars, p. 26 ss.;
- IORIATTI, *E' auspicabile l'armonizzazione del diritto di famiglia?*, in PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere – Atti del Convegno Università di Trento 1 ottobre 2005*, Trento, 2006, p. 169 ss.
- JAENTERA-JAREBORG, *Marriage Dissolution in an Integrated Europe: The 1998 European Union Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (Brussels II Convention)*, in *Yearbook of Private International Law I*, The Hague/London/Boston 1999, p. 123
- JESSURUN D'OLIVEIRA, *Codification et unification du droit International privé. Problèmes de coexistence*, in AA.VV., *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique, Contributions en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, 1985, p. 117 ss..
- JONES, *Council of Europe Convention Recognition and Enforcement of Decisions relating to the Custody of children*, in *Int. Comparative law Quarterly*, 1981, p. 467 ss.
- KAHN, *Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, in *Gesetzeskollisionen*, 1981, p. 1 ss.
- KELLER, *Hinweise auf Staatverträge, im IPRG*, in AA.VV. *Conflicts et harmonisation*, cit., p. 279 ss.;
- KROPHOLLER, *das Internationale Kindschaftrecht der Uebereinkommen, Art. 19*, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1994, p. 101 ss.
- LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1985 - III, tome 119, p. 71 ss.
- LAGARDE, *La protection du mineur double- National, talon d'Achille de la convention de la Haye du 5 octobre 1961*, in GAJA (a cura di), *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Giuliano*, Padova, 1989, p. 532.

- LAGARDE, *Rapport explicatif*, in *Conférence de La Haye du droit international privé, Acts et documents de la dix-huitième session, t. II, Protection des enfats*, 1996, p. 533 ss.
- LAGARDE, *Rapport explicatif*, in Doc. Prél. No 7, marzo 1996, consultabile sul sito www.hcch.int
- LAGARDE, *La nouvelle convention de la Haye sur la protection des mineurs*, in *Rev. crit. Droit int. Privé*, 1997, p. 234 ss..
- LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 283 ss.
- LAMONT, *Habitual Residence and Bruxelles II-bis: developing concepts for European Private International law*, in *Journal of Eur. Priv. Int. Family Law*, 2007, p. 261 ss.
- LANG, *Kafala e ricongiungimento familiare*, in *Dir., imm. e citt.*, 2008, p. 76 ss.
- LANG, *Considerazioni su kafalah, ricongiungimento familiare e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, p. 52 ss.
- LENA, *Separazione personale tra coniugi di diversa nazionalità e sottrazione internazionale di minori*, in *Famiglia*, 2004, p. 643 ss.
- LIBRANDO, MOSCONI, RINOLDI, *Tempi biblici per la ratifica dei trattati*, Padova 1993
- LOMBARDINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. Il Reg. CE 2201/2003*, in *Studium Iuris*, 2005, p. 561
- LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006
- LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Famiglia*, 2006, p. 1140 ss.
- LONG, *Riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti stranieri de potestate alla luce del regolamento /CE) n. 2201/2003 (con cenni al tema della validità dei divieti di espatrio e degli obblighi di soggiorno)*, in *NGCC*, 2007, p. 978

- LONG, *Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, p. 112 ss.
- LONG, *The impact of the UNCRC on the Italian legal system*, in *Int. Journ. of Children's Rights*, 2009, p. 115 ss.
- LONG, *Kafalah: la Cassazione fa il passo del gambero*, in *NGCC*, 2010, p. 835 ss.
- LONG, *L'ingresso del minore straniero affidato con kafalah ad un cittadino italiano*, in *Minori e Giustizia*, 2010, p. 325 ss.
- LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, vol. I, Milano, 2002, p. 145 ss.
- LUZZATTO, *Art. 3*, in AA.VV. *Riforma del diritto internazionale privato e processuale*, in *RDIPP*, 1995, p. 935 ss.
- LUZZATTO, *Art. 3*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 26 ss.
- LUZZATTO, *Art. 9*, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 49 ss.
- LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 229 ss.
- MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita nel Regolamento (CE) 2201/2003*, in *RDIPP*, 2005, p. 339 ss.
- MAGRONE, *Nelle controversie che investono il minore, più tutela con il criterio della vicinanza*, in *Guida al Diritto dir. com. int.*, 2005, n. 1, p. 19 ss.
- MAGRONE, *L'esecuzione delle decisioni in materia familiare*, in CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 225 ss.
- MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Prelazione al corso di diritto internazionale e marittimo dell'Università di Torino, 22 gennaio 1891, a cura di JAYME, Torino, 2000, p. 23 ss.
- MANERA, *Prime impressioni e valutazioni della Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 166 ss.

- MARESCA, *Artt. 64, 65 e 66*, in BARIATTI (a cura di), *Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *NLCC*, 1996, pp. 1460 ss.
- MARESCA, *Art. 67*, in BARIATTI (a cura di), *Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *NLCC*, 1996, pp. 1478 ss.
- MARINI, *La sottrazione internazionale del minore nell'ordinamento internazionale*, in ORLANDI, MARINI, CATALANO SGROSSO, ONORINA PEZZI, GALANTI PATRONE, *Studi*, Padova, 1995, p. 385 ss.
- MARINO, *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *NGCC*, 2009, p. 599 ss.
- MARINO, *Il difficile coordinamento delle fonti nella cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2010, p. 363 ss.
- MARONGIU BONAIUTI, *Forum non conveniens e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RDI*, 2001, p. 420 ss.
- McELEAVY, *Brussels II bis: Matrimonial matters, parental responsibility, child abduction, and mutual recognition*, in *Int. Comp. Law quarterly*, 2004
- MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *RDIPP*, 2010, pp. 703
- MENEGAZZI MUNARI, *La disciplina dei rapporti giuridici genitori-figli alla luce delle nuove norme di conflitto italiane*, in *Dir. fam.*, 1998, p. 1221 ss.
- MENGOZZI, *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica sui beni privati*, Milano, 1967
- MERELLO, *Decadenza e reintegrazione della potestà genitoriale*, in *giur. merito*, 2002, p. 51 ss.
- MERELLO, *I rapporti personali tra genitori e figli*, in *dir. fam.*, 2003, p. 791 ss.
- MIAZZI, *Scheda all'ordinanza 9 febbraio 2005*, Trib. Di Reggio Emilia, in *Dir. imm. citt.* n. 2, p. 185 ss.
- MIELE, *La cosa giudicata straniera*, Padova, 1989

- MIGLIAZZA, *Problemi generali di una nuova codificazione del diritto internazionale privato*, in *Atti Convegno di studi di Roma, 1 e 2 giugno 1984*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 1986, p. 360 ss.
- MONACO, *L'efficacia delle sentenze straniere secondo il nuovo codice di procedura civile*, in *RDI*, 1941, p. 313 ss.
- MONACO, *Il giudizio di delibazione secondo il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, p. 81 ss.
- MONTANARI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni sulla protezione del minore bipolide tra Convenzione dell'Aja del 1961 e diritto comune*, in *RDIPP*, 2002, p. 99 ss.
- MORANI, *L'affidamento della prole nelle crisi familiari: l'attuale disciplina normativa*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 358 ss.
- MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, p. 309 ss.
- MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1986
- MORO, *Manuale di diritto minorile*, Padova, 2005
- MOROZZO DELLA ROCCA, nota a App. Roma, 22 aprile 2003, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1483 ss.
- MOSCONI, *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Milano, 1965
- MOSCONI, *Exceptions to the operation of choice of law rules*, in *Recueil des Cours*, tome 217, 1989., p. 27 ss.
- MOSCONI, *Qualche riflessione in tema di ordine pubblico nel progetto di riforma e nella Convenzione di Bruxelles*, in GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1994, p. 361 ss.
- MOSCONI, Art. 16, in POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario al nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 80 ss.
- MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte Speciale*, Torino, 1997

- MOSCONI, *La protezione dei minori nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Collisio Legum Ius unum per Gerardo Broggin*, Milano, 1997
- MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *RDIPP*, 2001, p. 545 ss.
- MOSCONI, CAMPIGLIO, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Digesto, IV, Disc. Pubbl.*, aggiornamento, Torino, 2005, p. 336 ss.
- MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto Internazionale Privato e Processuale, Parte generale e contratti*, Torino, 2007
- MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto Internazionale Privato e Processuale, Parte speciale*, Torino, 2007.
- MOSCONI, VITTA, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1995
- MUCHLINSKY, *Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 1 ss.
- NASCIMBENE, *Nuove norme e recenti pronunce in tema di cittadinanza*, in *Foro it.*, 1983, Vol.I, colonna 1537 ss.
- NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988
- NASCIMBENE, *Riconoscimento della sentenza e "ordine pubblico europeo"*, in *RDIPP*, 2002, p. 659 ss.
- NASCIMBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in CARBONE, LUZZATTO, SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, p. 369 ss.
- NASCIMBENE, *La proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003 nel quadro della libera circolazione di persone*, in CARBONE, QUEIROLO, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 207 ss.
- NICHOLLS, *Children and Bruxelles II*, in *Fam. Law*, 2001, pp. 361 ss.

- NYGH, *The international abduction of children*, in DOEK, LOON, VLAARDINGERBROEK (a cura di) *Children on the Move*, Hague-Boston-London, 1996, p. 29 ss.;
- OBERLOSKAM, *Das Haager Minderjaeringenschutzabkommen*, Koeln, 1983
- ORLANDI, MARINI, CATALANO SGROSSO, ONORINA PEZZI, GALANTI PATRONE, *Studi*, Padova, 1995
- PAGANO, *La legge regolatrice dei rapporti personali tra coniugi e dei rapporti tra genitori e figli dopo la declaratoria di incostituzionalità degli artt. 18 e 20 delle preleggi*, in *Foro it.* 1987, Vol. 1, colonna 2316 ss
- PAGANO, *nota a Corte Cost., sent. 5 maggio 1987, n. 71*, in *Foro it.*, 1988, Vol. II, col. 2831 ss.
- PALMIERI, *La tutela dei diritti dei minori nell'ordinamento della CEE*, in PALMIERI, (a cura di), *Quaderni di procedura penale e diritto processuale comparato*, Messina, 1994, p. 230 ss.
- PALMIERI (a cura di), *Quaderni di procedura penale e diritto processuale comparato*, Messina, 1994
- PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere – Atti del Convegno Università di Trento 1 ottobre 2005*, Trento, 2006
- PATTI, *Il “principio famiglia” e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2006, p. 529 ss.
- PAZE', *Dalla patria potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Minori e giust.*, 2007, p. 7 ss.
- PEREZ-VERA, *Rapport explicatif*, in *Conférence de la Haye, Actes et Documents de la Quatorzième session*, La Haye, 1982, p. 426 ss.
- PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986
- PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *RDI*, 1990, p. 648 ss.
- PICONE, *Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1995, p. 7 ss.
- PICONE, *La nuova Convenzione de l'Aja sulla protezione dei minori*, in *RDIPP*, 1996, p. 705 ss.

- PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *RDIPP*, 2000, p. 381 ss.
- PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma di diritto internazionale privato*, in PICONE, *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli 2003, p. 699 ss..
- PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004
- PISILLO MAZZESCHI, voce "*Uguaglianza dei coniugi (dir. inter. priv.)*", in *Nov. Dig.*, appendice, Torino, 1987, VII, p. 967 ss
- PISILLO MAZZESCHI, *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sul diritto dell'uomo*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 1995, p. 279 ss.
- PIZZOLANTE, *La kafala islamica ed il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *RDIPP*, 2007, p. 947 ss..
- POCAR, *Strumenti della protezione dei minori nelle Convenzioni internazionali, atti della tavola rotonda sul tema: "La protezione dei minori nelle Convenzioni internazionali"*, Roma, 1982, p. 19 ss.
- POCAR, TREVES, CARBONE, LUZZATO, MOSCONI, CLERICI, *Commentario al nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996
- POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1997
- POLETTI DI TEODORO, *Una svolta storica nel diritto internazionale privato italiano: il primo intervento "abrogativo" della Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 1987, Vol. I, colonna 2321
- POLETTI DI TEODORO, *nota a Corte Cost., sent. 5 maggio 1987, n. 71*, in *Foro it.*, 1988, Vol. I, colonna 1455
- PRAKASH, *Forum non conveniens and Lis Alis Pendens*, in FAWCETT, NORTH (a cura di), *Current Legal Issues in International private law*, Singapore, 1997, p. 27 ss.
- PREDI, *L'Europa agli albori del XXI secolo*, Bari, 2006
- QUADRI, voce "*Cittadinanza*", in *Noviss. Digesto it., III*, Torino, 1959, p. 306 ss.

- QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 80 ss.
- QUEIROLO, *Forum non conveniens e Convezione di Bruxelles: un rapporto possibile?*, in *RDIPP*, 1996, p. 763 ss.;
- QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale*, Padova, 2000;
- QUEIROLO, *La disciplina della responsabilità genitoriale: il Regolamento 2201/2003*, in QUEIROLO, SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione Europea e relazioni familiari*, Torino, 2008, p. 276 ss.
- QUEIROLO, SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione Europea e relazioni familiari*, Torino, 2008
- RACHELI, *La kafalah di diritto islamico è un presupposto per il ricongiungimento familiare*, in *fam. pers e succ.*, 2008, p. 891 ss.
- RAITI, *Evoluzione e tendenze della cooperazione giudiziaria civile in Europa dopo il trattato di Amsterdam (in particolare alla luce delle più recenti discipline sul riconoscimento e l' exequatur delle decisioni)*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 241 ss.
- RAMSER, *The impact of subsequently changed facts on the exequatur procedure under Brussels II-bis*, in BOELE-WOELKI, *Common Core and Better Law in European Family Law*, Oxford, 2005, p. 361 ss.
- REYMOND, *Convention de La Haye et Convention de Strasbourg, Aspects comparatifs des conventions concernant l'enlèvement d'un enfant par un de ses parents*, in *Revue dr. Suisse*, 1981 p. 329 ss.;
- RICHEZ, PONS, *Habitual Residence considered as European Harmonization factor in family law*, in BOELE WOELKI (a cura di), *Common Core and better law in European family law*, Antwerpen, 2005, p. 201 ss.
- ROBERTSON, *Forum non conveniens in America and England: "A rather fantastic fiction"*, in *Law Quarterly Review*, 1987, p. 398 ss.
- RODOTA', *La riforma del diritto di famiglia: principi ispiratori e ipotesi sistematiche – Convegno Milano, 11-12 Ottobre 1975*, Milano, 1976
- ROGERSON, *Habitual Residence: the new Domicile?*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 2000, p. 49 ss.

- RONCOLETTA, *L'esercizio della patria potestà tra norma e prassi*, in PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere – Atti del Convegno Università di Trento 1 ottobre 2005*, Trento, 2006, p. 205 ss.
- ROSSI FRANCHINI, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sul "Legal Kidnapping"*, in BEGHE' LORETI (a cura di), *La protezione dei minori nelle convenzioni internazionali*, Roma, 1982, p. 35 ss.
- ROSSOLILLO, *Identità personali e diritto internazionale privato*, Padova, 2009
- RUGGIANO, *Dal Regolamento (CE) n. 1347/2000 al Regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Dir. e fam.*, 2005, p. 739 ss.
- RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1004 ss.
- RUSCELLO, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia, Vol. III, Filiazione e adozione*, Bologna, 2008 p. 75 ss.
- S. CORNELOUP, V. CORNELOUP, *Les contentieux de la cooperation des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire?*, in *Rev. crit.*, 2000, p. 641 ss.
- SACCHETTI, *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980. Confronto e problematiche giuridiche*, in *Dir., fam pers.*, 1997, p. 1496 ss.
- SACCO, *Il diritto africano*, in SACCO, *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 2008, p. 224 ss..
- SACCO, *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 2008
- SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles e la sua revisione*, Padova, 2001
- SALERNO, *La giurisdizione volontaria nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *RDI*, 2005, p. 620 e ss.
- SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) 44/2001*, Padova, 2006
- SALZANO, *Note sull'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980 in Italia e all'estero*, in *dir. fam.*, 2009, p. 2004 ss.

- SALZARANO, *La sottrazione internazionale di minore. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milano, 1995
- SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milano, 1996
- SAULLE, *Giurisdizione volontaria (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 459 ss.
- SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1991
- SAULLE, KOJANEC, *The rights of the child*, New York, 1995
- SAVARESE, *Sul riconoscimento di provvedimenti provvisori stranieri in materia familiare*, in *RDIPP*, 2005, p. 723 ss.
- SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani trascrivibile in Italia?*, in *fam. dir.*, 2007, p. 169 ss..
- SIEHR, *Muenchener Kommentar Buergerlichen Gesetzbuch*, VII, *Einfuehrungsgesetz zum BGB, Art. 19*, Munchen, 1990
- STARACE, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana*, in CAPOTORTI (a cura di), *Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 1234 ss.
- STARACE, voce "Giurisdizione", X) limiti della giurisdizione – dir. int. priv., in *Enc. del dir.*, Milano, p. 445 ss.,
- STORME, *Compétence internationale en matière d'autorité parentale – Résidence habituelle de l'enfant*, in *Rev. droit des étrangers*, 2009, p. 650 ss.
- STROZZI, voce "Apolidia", in *Digesto – Disc. Pubbl.*, IV ed., Torino, 1987, p. 284 ss.
- STROZZI, *Rifugiati ed asilo politico nella legge n. 39 del 1990*, in *RDI*, 1990, p. 93 ss.
- TEDIOLI, *Reg. CE 2201/2003 ed esecuzione delle decisioni in tema di affidamento*, in *Fam. Pers. E succ.*, 2007, p. 888 ss.

- TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti della Comunità europea*, in BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 50 ss.
- TOMASI, *Artt. 40-46 Reg. CE 2201/2003*, in ZACCARIA (a cura di), *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 2491 ss.
- TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007
- TONOLO, *Pluralità di giudicati ed opposizione all'esecuzione delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, p. 122 ss.
- TONOLO, *Art. 42*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma di diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 61 ss..
- TONOLO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di legge e di giurisdizioni*, Milano, 2011,
- TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il Regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in *RDIPP*, 2011, p. 81 ss.
- TONOLO, *L'Italia e il resto del mondo nel pensiero di Pasquale Stanislao Mancini*, in *Cuadernos de De Derecho Transnacional*, 2011, p. 178 ss..
- UCCELLA, *I giudici e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980*, in *Giust. Civ.*, 2000, p. 485 ss..
- UCCELLA, *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari*, in *Giust. Civ.*, 2001, p. 313
- UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796 – 1942)*, Bologna, 1974
- VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafala: i richiedenti sono cittadini italiani!*, in *dir. fam pers.*, 2010, p. 1629 ss.
- VENTURI, *Considerazioni sulla qualificazione dei provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione*, in *RDIPP*, 2003, p. 892
- VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in BONILINI, CATTANEO (a cura di), *Il diritto di famiglia, Vol. I: Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, p. 259 ss.
- VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano, 1978

- VISMARA, Art. 64, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla riforma di diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 311 ss.
- VISMARA, Art. 65, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma del diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 324 ss.
- VISMARA, Art. 66, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma del diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 331 ss.
- VISMARA, Art. 67, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commentario alla legge di riforma del diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 334 ss.
- VITTA, *International Conventions and National Conflict Systems*, in *Recueil des Cours*, 1969 – I
- VITTA, *Diritto internazionale privato*, Vol. II, Torino, 1974
- VITTA, *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1979-I, tome 162
- VITTA, *Qualificazione (dir. int. priv.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1981
- VON OVERBECK, *La reconnaissance des rapports d'autorité « ex lege » selon la Convention de la Haye sur la protection des mineurs*, in *Mèlanges Henri Deschenaux*, Fribourg, 1977, pp. 427 ss.
- VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications récentes*, in *Recueil des Cours*, 1982-II, p. 42 ss.
- VON OVERBECK, *Le projet suisse de loi sur le droit International privé. Une Codification d'inspiration internationaliste?*, in AA.VV., *Liber memorialis François Laurent*, Bruxelles, 1989, p. 1181 ss.
- VON OVERBECK, *La contribution de la Conférence de la Haye au développement du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1992- II
- VON STEIGER, *Rapport explicatif*, in *Conférence de la Haye de Droit International Privé, Actes et Documents de la Neuvième Session, Tome IV, Protection des mineurs*, p. 9 ss.
- ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2011
- ZANOBETTI PAGNETTI, *Divorzio estero e richiesta al giudice italiano dell'affidamento dei figli*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 180 ss.

- ZANOBETTI, *Osservatorio di diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 402 ss
- ZICCARDI, *Considerazioni sul valore delle sentenze straniere*, in *RDIPP*, 1954, p. 481 ss.;
- ZICCARDI, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1946, p. 63 ss.;
- ZINCONE, *Basta con i minori in cerca di un giudice. Affidamenti, la mappa della competenza*. In *D&G*, 2006, p. 20 ss.
- ZINCONE, *Primo, il minore deve tornare a casa sua*, in *Dir. e giust.*, 2006, p. 38 ss.