



ROBERTA ALUFFI

Professore associato di Sistemi giuridici comparati – Università di Torino

MAGDA D'AMELIO

Dottoranda di ricerca – Università di Torino

SUSANNA MARTA

Dottoranda di ricerca – Università di Torino

L'APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO BRUXELLES II BIS NELLA PRATICA GIUDIZIARIA ITALIANA¹

SOMMARIO: 1. Una presentazione della ricerca. – 2. Usi e disciplina terminologica. – 3. L'esame della giurisprudenza. – 3.1. Le decisioni che fanno applicazione del regolamento. – 3.2. Casi di applicazione problematica del regolamento. – 4. Le decisioni che non fanno applicazione del regolamento. – 5. Alcune questioni particolari.

1. – ITAC,² *Mobilità transfrontaliera e contenzioso civile – coppie e genitorialità nello spazio giudiziario europeo*, è un progetto finanziato dalla Commissione europea sull'applicazione del regolamento Bruxelles II bis, relativo alla competenza, riconoscimento e esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (regolamento (CE) n° 2201/2003).

La ricerca, promossa dalle Scuole della magistratura di tre paesi (Francia, Italia e Romania), è diretta dell'Ecole Nationale de la Magistrature, si giova della collaborazione di istituzioni universitarie (per l'Italia, l'Università degli Studi di Torino) e si colloca nell'ambito di attività della Rete europea di formazione giudiziaria, associata all'iniziativa.

Il progetto si concentra sulle decisioni dei giudici di primo grado dei tre Stati membri, per operare un inventario delle difficoltà tecniche concretamente sperimentate dai giudici e dagli

¹ L'articolo è stato sviluppato insieme dalle autrici. Tuttavia a Roberta Aluffi va attribuita la responsabilità per i paragrafi 1, 2, 5; a Magda D'Amelio per i paragrafi 3, 3.1, 4 e Susanna Marta per il par. 3.2.

² L'acronimo trae origine dalla denominazione francese del progetto: *Itinérances transfrontalières et affaires civiles: couples et parentalité dans l'espace judiciaire européen*. La ricerca è presentata in parallelo nei seguenti articoli, pubblicati nei tre paesi coinvolti: R. ALUFFI e R. SABATO, *Mobilità transfrontaliera e contenzioso civile – coppie e genitorialità nello spazio giudiziario europeo: presentazione di una ricerca in corso sull'applicazione del regolamento «Bruxelles II bis»*, in questa rivista (2017, 3, pp. 271-3, http://www.juscivile.it/contributi/2017/19_AluffiSabato.pdf); M. LAMARCHE e J. SAGOT-DUVAUROUX, *ITAC: Itinérances transfrontalières et affaires civiles: couples et parentalité dans l'espace judiciaire européen*, in *Dr. famille*, 2016, alerte 76; M. Lamarche, *ITAC – Circulația transfrontaliera și afaceri civile: căsătorie și autoritate părintească în spațiul judiciar European*, sul sito dell'Institutul National al Magistraturii (<http://www.inm-lex.ro/displaypage.php?p=161&d=1545>).

JUS CIVILE



avvocati e identificare le prassi virtuose nell'attuazione del regolamento. I risultati dello studio potranno essere considerati dalla Commissione finanziatrice nelle iniziative di revisione del regolamento e costituiranno un'utile "analisi dei bisogni", a disposizione degli enti competenti per la formazione di magistrati e avvocati.

I dati raccolti per la ricerca provengono dal censimento delle decisioni, da un questionario strutturato e alcune interviste a magistrati e avvocati.

Per la raccolta delle decisioni, in ogni paese si sono individuate due sedi che, secondo una previsione ragionevole, si differenziassero per la mole di contenzioso che comporta l'applicazione del regolamento Bruxelles II bis. Per l'Italia sono state scelte Napoli e Torino.

Le decisioni, raccolte presso i Tribunali e i Tribunali per i Minorenni, nonché gli uffici di Procura della Repubblica a essi collegati, sono state classificate secondo una tabella condivisa tra i gruppi di ricerca nazionali e in cui sono indicati il tipo di decisione in funzione degli articoli del regolamento, il senso della decisione, gli elementi di estraneità, la questione di diritto internazionale privato trattata, la base dell'applicazione, la verifica d'ufficio della competenza o meno. Al di là della classificazione mediante i suddetti parametri nella tabella condivisa (in ordine ai quali si riferirà), i dati non si sono prestati a essere trattati con strumenti statistici, per la relativa disomogeneità che ha caratterizzato la loro raccolta.

Gli uffici contattati hanno efficacemente favorito l'attività di raccolta delle decisioni, nonostante le difficoltà dovute alla diffusa penuria di personale nelle cancellerie. I sistemi utilizzati per l'archiviazione elettronica dei dati utilizzati dai vari uffici non permettono ancora l'accesso diretto e integrale ai fascicoli, né l'individuazione automatica dei procedimenti in cui si fa menzione del regolamento. Presso i Tribunali per i Minorenni, l'archiviazione separata dei provvedimenti applicativi della Convenzione dell'Aja ha facilitato la ricerca almeno per quanto riguarda la sottrazione internazionali di minori. Come è ovvio, uno degli indici per l'individuazione dei procedimenti rilevanti per l'indagine è stato quello dei nomi delle parti. In molti casi si è potuto esaminare il fascicolo completo. Il lasso temporale stabilito per la ricerca dei provvedimenti (2010-2015) è stato coperto in funzione delle condizioni di accesso ai diversi uffici. Sono stati eccezionalmente prese in considerazione decisioni più recenti, se particolarmente interessanti.

Il questionario utilizzato, uniforme per i tre paesi, è stato articolato su trentasei domande, che riguardano l'esperienza maturata da chi risponde nel settore del diritto di famiglia e in particolare nel contenzioso internazionale, le prassi relative alla verifica della giurisdizione e le loro ragioni, i vantaggi percepiti nell'applicazione del regolamento, l'accessibilità delle informazioni che lo riguardano e l'opportunità di specifiche azioni al riguardo. Grazie alla sensibilizzazione da parte della Scuola Superiore della Magistratura, il numero di risposte raccolte in Italia è stato ragguardevole. Alcuni magistrati sono stati inoltre disponibili ad approfondire le risposte al questionario attraverso interviste, in cui hanno potuto liberamente segnalare questioni ulteriori, direttamente legate alla loro esperienza di applicazione del regolamento.³

³ Hanno risposto al questionario trentatré magistrati; sei hanno partecipato alle interviste.

JUS CIVILE



Dopo avere completato le fasi precedenti, sono state condotte interviste con avvocati individuati sulla base dei fascicoli presi in esame nella fase di analisi delle decisioni, per non escludere del tutto il punto di vista di chi contribuisce con il giudice alla messa in opera del regolamento. I risultati di queste interviste, per quanto parziali e necessariamente impressionistici, hanno tuttavia fornito alcuni interessanti spunti di riflessione.

2. – Prim

a di affrontare il cuore del tema e considerare l'applicazione del regolamento, può forse essere interessante spendere qualche parola su una certa evidente indisciplina del giurista italiano nei confronti dell'ordine terminologico che il regolamento richiederebbe.

Nei materiali raccolti per la ricerca, (provvedimenti, atti di varia natura e interviste), si nota il frequente ricorso del giurista al termine *giurisdizione*, del tutto assente dal regolamento.

È noto che in ordinamenti diversi dall'italiano con lo stesso termine si indicano tanto il potere dello Stato di assumere valide decisioni attraverso l'insieme dei propri organi giudiziari, tanto il potere di decidere del singolo giudice, debitamente individuato tra gli altri: *compétence* in Francia, *Zustaendigkeit* in Germania, *jurisdiction* in Inghilterra.⁴ La distinzione tra i due concetti è eventualmente affidata all'aggettivazione del termine, così che il potere dello Stato è la *compétence internationale* dei francesi, la *internationale Zustaendigkeit* dei tedeschi e la *general jurisdiction* degli inglesi. In Italia invece si utilizzano due termini distinti: *giurisdizione*, riferito all'insieme degli organi giudiziari dello Stato, all'interno di ciascun plesso in cui essi sono organizzati, e competenza, che rimanda alla posizione del singolo giudice rispetto ai giudici dello stesso plesso.⁵ In Italia, ma non in italiano. Oltre i confini nazionali infatti l'italiano dell'Unione Europea sopprime questa opposizione terminologica ed entrambi i concetti sono denominati *competenza*.

Questa discordanza terminologica non genera invero alcuna incertezza nell'interpretazione del testo del regolamento. Ma il giurista italiano, trovandosi sospeso tra due sistemi terminologici, finisce per scivolare verso l'uso lessicale municipale, anche quando parla del regolamento. Il riflesso non è dovuto a pigrizia o semplice abitudine, ma probabilmente al fatto che il giurista si proietta verso la necessità di mettere in opera il regolamento attraverso gli strumenti della procedura civile, le ben distinte eccezioni di difetto di giurisdizione e di difetto di competenza.

L'omologazione dei termini competenza, secondo il regolamento, e giurisdizione è operata dal giurista in modo automatico e inconsapevole. Quando nel corso delle interviste è avvenuto di soffermarsi su tale discordanza terminologica, chi rispondeva rifletteva sulla scelta lessicale

⁴ L'uso di *jurisdiction* per indicare anche residualmente la competenza sarebbe legato all'importanza marginale della questione della competenza territoriale in un sistema, come quello inglese, in cui l'amministrazione della alta giustizia civile è concentrata (Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1975, p. 171).

⁵ L'uso tradizionale trova solenne consacrazione nei codici: si vedano, ad esempio, gli artt. 37, 38 e 41 e ss. cod. proc. civ. e 7 ss. e 13 ss. cod. proc. amm.

JUS CIVILE



del legislatore europeo, che come è noto non è una caratteristica esclusiva del regolamento Bruxelles II bis; ammetteva di non saperne riconoscere la ragione, pur dandone per scontate esistenza e persuasività. Nella sensibilità di qualcuno, l'effetto dell'abbandono del termine giurisdizione, sottilmente legato all'idea di sovranità dello Stato e della sua esclusività, si accorderbbe in modo suggestivo con le limitazioni della propria sovranità che lo Stato ha consentito per dar vita all'Unione. Si può tuttavia dubitare che questo fosse l'effetto consapevolmente ricercato dal legislatore europeo. Più semplicemente, in Europa l'italiano è una lingua di arrivo per le traduzioni, e non di partenza. Si tende quindi a uniformare le caratteristiche alle lingue di partenza. In questa chiave, il sacrificio del termine giurisdizione risponderebbe a semplici ragioni di simmetria e standardizzazione, che non necessariamente si traducono in maggior chiarezza al momento dell'approdo alla destinazione della traduzione.

Il futuro dirà se la scelta lessicale del diritto europeo influenzerà gli usi del giurista italofono più di quanto accada ora.⁶ Ciò dipenderà dai progressi dell'integrazione e dai suoi effetti sulla formazione giuridica e sulla frequenza di applicazione del diritto europeo; ma anche da eventuali sviluppi del diritto interno.

3. – I partecipanti alla ricerca hanno convenuto di analizzare le decisioni reperite in due grandi gruppi: quelle che fanno applicazione del regolamento, nel senso che lo menzionano nel loro testo, e quelle che non ne fanno applicazione, pur in presenza di elementi di estraneità che apparentemente lo richiederebbero.

3.1. – Per quanto lo consente il numero relativamente ridotto di decisioni considerate, si può affermare che quelle che fanno applicazione del regolamento diventano più frequenti nell'ultima parte del periodo considerato.⁷ Ciò potrebbe dipendere da un lato dalla maggior frequenza con cui si presentano casi riguardanti famiglie transnazionali, d'altro lato dalla crescente familiarità dei giudici con il testo.

Nella maggior parte dei casi il giudice si limita semplicemente a menzionare il regolamento tra le fonti su cui fonda la propria decisione, senza svolgere un compiuto ragionamento volto a chiarire la portata delle disposizioni e a decidere un punto controverso della causa. Si tratta quasi di formule di stile, spesso di generici rimandi al regolamento nel suo complesso.

Paradigmatico è l'uso, nei casi di sottrazione internazionale di minori, della menzione della

⁶ Per completezza, va segnalata l'espressione *competenza giurisdizionale*, utilizzata dalla Convenzione di Bruxelles del 1968, relativa al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, poi ridotta a semplice *competenza* nel regolamento Bruxelles I (regolamento (CE) n. 44/2001), che disciplina la stessa materia. L'espressione cercava di mediare tra l'uso internazionale e quello interno ma, a giudicare dai documenti presi in considerazione per la ricerca, non è riuscita a imporsi. È stata tuttavia utilizzata nella traduzione del questionario dal francese.

⁷ Nel 2010 si trovavano ancora provvedimenti in materia di sottrazione illecita di minori che, in fattispecie del tutto simili a quelle in cui più tardi il regolamento è applicato, non ne fanno menzione.

JUS CIVILE



Convenzione dell'Aja, "come integrata dal regolamento CE 2201/2003". La formula, nella sua fissità, è richiamata automaticamente, come conferma il suo uso ultroneo, anche in casi in cui il regolamento non troverebbe spazio di applicazione.

Tra le questioni di diritto a cui, quando toccate, il giudice dedica una maggiore attenzione per risolverle sulla base del regolamento, c'è quella della competenza. Nei casi individuati, è sempre un'eccezione di parte a porre la questione.

Il Tribunale di Torino⁸, in un caso di domanda di divorzio proposta da una donna marocchina, sposata con un connazionale, in via preliminare rifiuta di accogliere la domanda da parte del convenuto che sia dichiarata la cessazione della materia del contendere per una sentenza di divorzio marocchina intervenuta tra le parti. Quindi afferma la propria competenza (*giurisdizione*) in virtù del regolamento "a prescindere dalla cittadinanza europea delle parti ed indipendentemente dalle norme sulla giurisdizione previste dal diritto nazionale"⁹, avendo verificato che nel caso in esame sussiste il requisito dell'ultima residenza abituale dei coniugi (art. 3, 1° comma, lett. a, regolamento). La residenza abituale in Italia di tutti i componenti della famiglia è in questo caso provata sulla base del certificato di famiglia e di residenza. Essa consente al Tribunale di dichiarare la sussistenza della "giurisdizione italiana" anche in relazione alla questione dell'affidamento dei figli (artt. 1, comma primo e 8 del regolamento), nonché al mantenimento del minore e della madre (regolamento CE 4/2009).

Nelle decisioni individuate, frequenti sono i casi di applicazione dell'art. 8 del regolamento, relativo alla competenza in materia di responsabilità genitoriale.

Si prenda ad esempio un caso di affidamento dei figli minori collegato a una domanda di separazione.¹⁰ I coniugi e le loro figlie sono cittadini belgi residenti in Italia. Il Tribunale di Torino afferma la propria competenza sia per la separazione (art. 3 regolamento), sia per i provvedimenti relativi alla responsabilità genitoriale (art. 8 regolamento). La decisione fa un interessante cenno a un giudizio pendente in Belgio, il cui Tribunale ha rinviato la causa "in attesa di conoscere le decisioni assunte dal Tribunale di Torino, in particolare con riferimento all'affidamento delle figlie, questioni che non sono portate all'attenzione del Tribunale di Bruxelles, né avrebbero potuto esserlo".¹¹

⁸ Tribunale di Torino, ordinanza del 20 gennaio 2015 (rg 11142/13).

⁹ Il Tribunale qui riprende *verbatim* la dottrina. V. R. Clerici, *Giurisdizione e legge applicabile nelle controversie matrimoniali con cittadini extracomunitari*, in *Rivista dell'AlAF*, 3/2009, p. 5.

¹⁰ Tribunale di Torino, ordinanza 18 dicembre 2014 (rg 29464/2014).

¹¹ Quest'ultima affermazione, che è fatta in termini generali e non con riferimento al caso concreto, sembra non tener conto dell'art. 12 del regolamento, che disciplina la proroga di competenza: le autorità giurisdizionali dello Stato membro competenti per il divorzio, la separazione personale dei coniugi o l'annullamento del matrimonio, possono esercitare altresì la competenza per le domande relative alla responsabilità dei genitori che si ricollegano a tali domande se almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio e la loro competenza è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale.

L'esclusione della possibilità di proroga di competenza fatta dal Tribunale di Torino potrebbe dipendere da un increscioso errore nel testo italiano del regolamento, per cui la proroga di competenza opererebbe a favore delle autorità che sono competenti in virtù dell'art. 5 del regolamento (che riguarda il caso marginale della competenza per la conversione della separazione in divorzio), e non del più generale art. 3.



Piuttosto approfondita è spesso anche la ricostruzione del quadro normativo che regola la competenza in materia di responsabilità parentale in casi di sottrazione di minori. Ne è un esempio la decisione del Tribunale di Napoli¹² resa relativamente all'affidamento di una bambina che la madre tedesca ha portato con sé in Germania dall'Italia, dove la coppia di genitori era vissuta con la figlia per diversi anni. La decisione dichiara che le autorità italiane conservano la propria competenza in base all'art. 3 del regolamento, escludendo, in base a un dettagliato esame dei fatti, l'applicabilità al caso di specie sia dell'art. 10, che dell'art. 15 del regolamento, sul trasferimento di competenza. Il Tribunale accoglie quindi la domanda di affidamento esclusivo da parte della madre e disciplina il diritto di visita del padre, decisione che andrà eseguita in Germania secondo quanto disposto dal regolamento agli artt. 40 e ss.

Tra le decisioni raccolte, vi sono anche casi in cui, in applicazione del regolamento, i Tribunali chiamati a giudicare hanno declinato la propria competenza. In particolare, una decisione del Tribunale per i Minorenni di Torino¹³ risulta essere estremamente interessante.

Il Tribunale, in tema di affidamento di minore, dichiara il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana, stante la competenza dell'autorità giudiziaria tedesca.

In tali circostanze, il giudicante fonda la sua pronuncia sul concetto di "residenza abituale", determinando l'autorità competente a giudicare il merito della disputa ai sensi degli art. 8 e 10 del regolamento.

In mancanza di una definizione puntuale del concetto di residenza nel regolamento, il Tribunale ha ritenuto di dare spazio ad un'interpretazione autonoma ed uniforme al diritto dell'Unione tenendo conto dello scopo perseguito dalla norma di riferimento: l'interesse superiore del minore. Perseguendo tale scopo il Tribunale ha fatto riferimento ai luoghi di integrazione del minore e, soprattutto, a quanto i genitori hanno attuato ed organizzato nell'individuare l'ambiente sociale e familiare nel passato e per il futuro della figlia come medico pediatra, alloggio e asilo nido.

Un altro articolo del regolamento che trova applicazione abbastanza frequente è il 20, relativo ai provvedimenti provvisori e cautelari che, in casi di urgenza, le autorità dello Stato membro possono prendere nei confronti delle persone in esso presenti, nonostante la competenza a conoscere dell'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

Ad esempio, il Tribunale di Torino,¹⁴ in un caso di separazione che riguarda una coppia rumena con figlia minore, richiama l'art. 20 del regolamento per affidare in via esclusiva alla madre la figlia, riconoscendo l'urgenza di provvedere nel fatto che la madre e la figlia si sono dovre allontanare dall'abitazione familiare per un episodio con risvolti penali, in seguito al quale il Tribunale per i Minorenni ha emesso un decreto limitativo della responsabilità genitoriale. La particolare urgenza della situazione impedisce la sospensione per litispendenza del giudizio ri-

¹² Tribunale di Napoli, decreto del 14 marzo 2016 (rg 8214/2014).

¹³ Tribunale per i minorenni di Torino, decreto 21 settembre 2011 (rg 1589/11).

¹⁴ Tribunale di Torino, ordinanza 16 gennaio 2015 (rg 30564/2014).

JUS CIVILE



chiesta dal marito (art. 19 regolamento), in riferimento al procedimento di divorzio instaurato in Romania prima dell'iscrizione della causa di separazione in Italia. Il Tribunale aggiunge che comunque, pur lasciando impregiudicata la determinazione della *giurisdizione* nel corso del giudizio di merito, per l'adozione dei provvedimenti relativi all'esercizio della responsabilità genitoriale, l'art. 8 del regolamento attribuisce valore decisivo alla residenza del minore, che nel caso di specie è in Italia.

Si è detto che, in materia di sottrazione minori, il riferimento al regolamento è spesso formale. Non mancano però casi in cui il quadro normativo è ricostruito nel dettaglio.

La domanda peculiare di un padre che, lamentando la sottrazione internazionale delle figlie minori, chiedeva i provvedimenti cautelari di urgenza ex art. 700 c.p.c., sul fondamento dell'art. 20 del regolamento, costringe il Tribunale di Napoli a chiarire nel dettaglio il complesso delle disposizioni invocate. I componenti della famiglia sono tutti italiani e hanno vissuto per un paio di anni nel Regno Unito, dove la donna e le figlie non fanno ritorno dall'Italia dopo una vacanza. Il Tribunale non ritiene che vi sia sottrazione delle minori perché il trasferimento delle minori era stato concordemente deciso e realizzato dai genitori, entrambi titolari dell'affidamento della prole. Né è provato che le minori siano state trattenute in Italia della madre. Ciò che più rileva è però che il Tribunale ritiene che il Regno Unito non sia il luogo di residenza abituale delle minori. È molto interessante la ricostruzione proposta dal Tribunale delle interpretazioni date dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, che non sempre tiene conto dei principi stabiliti dalla Corte di Cassazione. Secondo tale ricostruzione, due sono le tendenze che emergono: quella che dà rilievo alla volontà dei genitori, e quella che invece tiene conto principalmente della durata del trasferimento all'estero prima della sottrazione. Nel caso di specie, il Tribunale ritiene che la temporaneità dei contratti di lavoro della madre, che in Italia è titolare di un rapporto a tempo indeterminato, l'assenza di attività lavorativa del padre nel Regno Unito, la precarietà abitativa del nucleo familiare e la durata della permanenza all'estero escludano che le bambine abbiano avuto residenza abituale in Inghilterra. Il giudice fa inoltre notare come il padre non abbia richiesto il ritorno delle bambine in Inghilterra e che il richiamo dell'art. 20 del regolamento è inconferente, come ha anche ritenuto la Corte di giustizia, denunciando il rischio di *forum shopping* che ne deriverebbe¹⁵.

Sempre in materia di sottrazione internazionale di minori, i giudici si diffondono talora sull'articolazione del regolamento con la Convenzione dell'Aja del 1980. Così Tribunale Minori di Napoli, che con il decreto del 26 febbraio 2015 (rg. 12/2014), emette un provvedimento che prescrive il ritorno di un minore in seguito al "riesame" del diniego della istanza di rimpatrio emessa da un tribunale polacco, individua numerose violazioni dell'art. 11 del regolamento da parte dell'autorità giudiziaria straniera. Il Tribunale polacco non trasmette la propria decisione

¹⁵ Tribunale di Napoli, decisione del 5 aprile 2016 (rg. 4883/16). Per quanto riguarda il diritto interno, neanche la scelta del rimedio cautelare in via d'urgenza scelto dal ricorrente ha fortuna. Il Tribunale la dichiara inammissibile per l'esistenza di uno diverso specifico rimedio per i provvedimenti di affidamento e mantenimento dei minori.

JUS CIVILE



(art. 11, n. 6 regolamento), che viene fornita dalle parti; la decisione polacca di non ritorno, assunta in base all'art. 13 della Convenzione, "appare assolutamente priva di qualsiasi motivazione", e in particolare non fa menzione dell'inesistenza nello Stato di origine (Italia) di misure adeguate per assicurare la protezione dopo il suo ritorno, inesistenza che va provata per rifiutare il ritorno (art. 11, n. 4 del regolamento)¹⁶.

3.2. – In alcune decisioni, il giudice fa un'applicazione ultronea del regolamento, che tuttavia, nei casi considerati, non produce inconvenienti.

Per quanto riguarda l'adozione di provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale nei confronti di un minore moldavo residente in Italia, il Tribunale di Torino¹⁷ afferma la propria competenza sulla base dell'art. 20 del regolamento. Tuttavia merita di essere sottolineato che l'art. 20 del regolamento si riferisce, in realtà, esclusivamente ai rapporti tra Stati membri, permettendo di derogare alla competenza generale stabilita dal regolamento (art. 8) in favore dei giudici di un altro Stato membro soltanto per l'adozione di misure provvisorie in via d'urgenza. Alla luce di tali osservazioni si può concludere che il Tribunale non abbia tenuto conto del fatto che la Repubblica di Moldavia è stato terzo rispetto all'Unione e che, in questo caso, la competenza del giudice italiano riposa direttamente sull'art. 8 del regolamento, anch'esso peraltro citato nella decisione.

Talvolta il regolamento è applicato in casi che non riguardano lo spazio giudiziario europeo, o perché coinvolgono Stati terzi, o perché sono puramente italiani.

Il coordinamento tra il regolamento e le Convenzioni internazionali può risultare problematico, e avviene che il giudice affermi la prevalenza del regolamento sulle Convenzioni internazionali anche fuori dal rapporto tra Stati membri.

Così il Tribunale dei Minori di Napoli rigetta la domanda di ritorno presentata dal padre ucraino sulla base "degli artt. 3,12 e 13 della Convenzione de l'Aja del 25 ottobre 1980, come ratificata e *integrata*". Peraltro, nel rifiutare il ritorno della minore in Ucraina dove sarebbe esposta a un rischio fisico o psichico grave, non si preoccupa di verificare l'assenza di misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno, come sarebbe obbligatorio nei rapporti tra Stati membri (art. 11, n. 4 regolamento).¹⁸

È infine interessante ricordare una decisione che fa un'applicazione inattesa del regolamento. Più precisamente, il giudice evoca il regolamento, insieme ad altre fonti internazionali o sovranazionali, a semplici fini persuasivi, per rafforzare il proprio ragionamento in un caso che riguarda l'affidamento di una minore nata dalla relazione tra due italiani. Il Tribunale adito declina la propria competenza territoriale richiamando il principio del Giudice di prossimità, per cui, nei procedimenti che riguardano i minori, è competente il giudice del luogo in cui il minore ri-

¹⁶ Tribunale dei Minori di Napoli, decreto del 26 febbraio 2015 (rg 12/14).

¹⁷ Tribunale di Torino, ordinanza 13 maggio 2016 (rg 24110/2015).

¹⁸ Tribunale dei Minori di Napoli, decreto del 7 maggio 2015 (rg 710/2014).

JUS CIVILE



siede o si trova. Accanto al regolamento, cita la giurisprudenza della Corte di cassazione, la legge n. 64/1994 di ratifica ed esecuzione delle Convenzioni di Lussemburgo del 20 maggio 1980 e de L'Aja del 25 ottobre 1980. In particolare il giudice riporta il n. 12 dei considerando al regolamento per cui “è opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale ... si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza”¹⁹.

La decisione è, in un certo senso, una testimonianza del successo del regolamento e, allo stesso tempo, fornisce uno spunto interessante sugli usi della terminologia (par. 2). In questo testo l'interprete stabilisce una sostanziale continuità tra la competenza territoriale, di cui sta trattando, e la competenza secondo il regolamento (i.e. *giurisdizione*), in considerazione del principio assorbente dell'interesse del minore, che impone in ogni caso la prevalenza del principio di prossimità.

4. – La raccolta delle decisioni che, pur in presenza di chiari elementi di estraneità che lo richiederebbero, non fanno applicazione del regolamento, cioè non lo menzionano neppure, è complessa e dipende dalla possibilità di un accesso integrale e sistematico dei fascicoli. Come si è detto, a causa delle diverse condizioni di accessibilità nelle varie sedi e della gran quantità di documenti da esaminare, l'operazione non ha coperto interamente il periodo programmato (gennaio-febbraio 2015) ed è stata condotta presso il Tribunale Ordinario di Napoli e il Tribunale dei minorenni di Torino. I risultati, non utilizzabili a fini statistici, sono però interessanti.

Va innanzi tutto osservato che non è stato individuato alcun caso in cui il regolamento venisse completamente ignorato, nel doppio significato che la decisione non solo non facesse menzione del regolamento, ma giungesse anche a conclusioni con esso incompatibili.

È invece significativo il numero di decisioni che non fanno alcuna menzione del regolamento, senza che sia possibile stabilire se l'omissione riguarda soltanto la fase di redazione del testo, o già il ragionamento effettivamente sviluppato dal giudice. Il fenomeno è frequente in particolare relativamente alla verifica della sussistenza della competenza. Nelle decisioni esaminate il giudice italiano sarebbe competente secondo il regolamento, ma avrebbe ugualmente avuto la giurisdizione in applicazione della legge di diritto internazionale privato (l. n. 218 del 1995).

Un po' di luce su quanto verosimilmente avviene può essere gettata dalle interviste e i questionari effettuati con i giudici.

Gli intervistati sono unanimi a dichiarare che il giudice non manca di esprimersi sul punto della competenza/*giurisdizione*, nei casi di litispendenza internazionale, di cui egli è normalmente informato dalle parti, e in generale tutte le volte che queste ultime ne eccepiscono il difetto. Di contro, molti di coloro che hanno risposto ai questionari (66.67 %) ritengono che la mancata applicazione del regolamento dipenda dalla convinzione diffusa che sia inopportuno mette-

¹⁹ Tribunale di Napoli, ordinanza del 20 marzo 2015 (rg 6298/2014).

JUS CIVILE



re in dubbio la propria competenza, a meno che la questione sia sollevata da una delle parti.

Il giudice verifica con attenzione che sussista la propria competenza, e la dichiara espressamente, quando, in base alla propria esperienza, pensa di potersi trovare di fronte al *forum shopping* di una parte. Ma la giustizia italiana non è, almeno in questo settore, particolarmente attrattiva, e dunque il *forum shopping* è improbabile.

Se consideriamo più specificamente le decisioni qui in esame, quelle cioè in cui manca qualsiasi statuizione relativa alla competenza, i questionari e le interviste ne danno numerose possibili spiegazioni.

La grande maggioranza (84,85%) di coloro che hanno risposto al questionario riconosce che la mancata applicazione del regolamento può dipendere dal fatto che i giudici considerino inopportuno andare contro quello che appare l'accordo delle parti sulla competenza. In questo ha certamente un'influenza l'abitudine, sviluppata nell'applicazione del diritto internazionale privato italiano, ad ammettere che la giurisdizione possa fondarsi sulla accettazione delle parti, che può risultare semplicemente dal fatto che il convenuto compaia nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo (art. 4, n. 1. L. n. 218/1995). Si tratta però di un'abitudine staccata dalla fonte che l'ha prodotta: una chiara maggioranza (57,58 %) esclude infatti che la non applicazione del regolamento possa dipendere dalla (errata) convinzione dei giudici di dover risolvere la questione della competenza sulla base del diritto internazionale privato italiano.

Nelle interviste, se qualcuno ha dichiarato di verificare sistematicamente la sussistenza della propria competenza, e di declinarla, se del caso, altri hanno invece ammesso una tendenza dei giudici a trattenere presso di sé la causa, assecondata “valorizzando i possibili elementi di connessione”, fenomeno confermato dai questionari. Anche se molti di coloro che hanno risposto al questionario (66,67 % / 72,73 %) ²⁰ escludono che la mancata applicazione del regolamento possa dipendere dal desiderio di evitare ogni perdita di tempo, uno degli intervistati ha spiegato che a suo parere spesso la competenza non è messa in dubbio, per l'urgenza di risolvere le controversie caratterizzate da un'alta conflittualità, specialmente quando coinvolgono minori, ai quali ogni ritardo nella soluzione potrebbe causare pregiudizio e ulteriori sofferenze.

Tra gli intervistati non manca infine chi spiega i casi di mancata applicazione del regolamento con la limitata familiarità di alcuni colleghi con il diritto internazionale privato, in cui si deve ritenere compreso il diritto europeo. ²¹

²⁰ Le due percentuali si riferiscono a due domande distinte: entrambe ipotizzano che la non applicazione del regolamento sia dovuta al desiderio di evitare la perdita di tempo che potrebbe derivare, per la prima domanda, dalla mancanza di strumenti tecnici, per l'altra, dagli imperativi della procedura.

²¹ Può essere interessante notare che il diritto internazionale privato è entrato a far parte della lista di materie su cui verte la prova orale del concorso a magistrato soltanto da una decina di anni, con l'art.1 del d. lgs. 160 del 2006, come modificato dalla legge n. 111 del 2007.

JUS CIVILE



5. – Nel diritto italiano, non necessariamente la separazione e il divorzio sono l'esito di un procedimento davanti al Tribunale. Per alleggerire il carico dei tribunali, il decreto legge 132/14, convertito con modifiche dalla legge 162/2014, ha disposto che si possano ottenere anche attraverso una negoziazione assistita da avvocati (art. 6), o presentando domanda all'ufficiale dello stato civile (art. 12).

Anche per questi nuovi procedimenti si pone il problema dell'applicazione del regolamento.

Nel caso della negoziazione, la convenzione raggiunta dai coniugi assistiti dai rispettivi avvocati è trasmessa al procuratore della Repubblica del tribunale competente che ne controlla la legittimità e la autorizza. La convenzione autorizzata ha il valore del decreto con cui il tribunale omologa l'accordo delle parti nella separazione consensuale o nel divorzio congiunto.

Nel testo delle convenzioni le parti non fanno menzione del regolamento, né della competenza.²² Soltanto in un caso particolarmente complesso²³, le parti toccano velocemente la questione: i coniugi, lui cittadino belga e lei italiana, sposati negli USA, risiedono in Cina. La convenzione afferma che il giudice italiano ha giurisdizione e competenza territoriale: in verità la preoccupazione principale delle parti è quella di chiarire, sulla base della legge italiana sul divorzio (art. 4 legge 898/1970 e successive modificazioni), che, non avendo alcuno dei due coniugi residenza o domicilio in Italia, è competente qualunque Tribunale della Repubblica *“e quindi, ai fini del presente atto, qualsivoglia Procura della Repubblica italiana”*. Esse non si preoccupano invece di specificare che la competenza/giurisdizione, non spettando a nessun giudice europeo a norma del regolamento (art. 7), è da determinare seguendo le disposizioni del diritto internazionale privato italiano²⁴.

La verifica della competenza a norma del regolamento rientra nella valutazione della legittimità degli accordi affidata al procuratore della Repubblica. Difficile è tuttavia accertare se tale controllo è effettuato in maniera sistematica. E comunque lo è solo sulla base dei certificati di residenza dei coniugi; certificati che molte procure inseriscono tra la documentazione necessaria da produrre²⁵. L'esame dei documenti non dà indicazioni conclusive in merito: quando il con-

²² V. ad esempio le convenzioni, raccolte presso la Procura di Napoli, del 17 gennaio 2017 (separazione tra una donna nata in Senegal e un uomo nato a Napoli, entrambi residenti in Italia); del 24 gennaio e 2 febbraio 2015 (scioglimento del matrimonio tra, rispettivamente, un uomo nato in Marocco e una donna nata in Italia, e una moglie nata in Italia e un marito nato in Algeria, entrambe le coppie residenti in Italia); 3 febbraio 2015 (scioglimento del matrimonio tra un marito nato in Italia e una moglie nata a Cuba, entrambi residenti in Italia, con affidamento condiviso del figlio minore con domicilio privilegiato presso la madre). L'indicazione del luogo di nascita estero delle parti, a cui presumibilmente si collega la loro cittadinanza, viene qui fornita esclusivamente per dare un'idea dei modi in cui si sono selezionati i testi della ricerca tra quelli a cui si è avuto accesso presso i diversi uffici giudiziari.

²³ Napoli, 28 gennaio 2015.

²⁴ In virtù dell'art. 32 l. n. 218 del 1995, in materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti in via generale dall'art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano.

²⁵ Ogni Procura pubblica proprie linee guida dirette agli avvocati che contengono, tra l'altro, la lista dei documenti richiesti, tra cui figura il certificato di residenza. Ciò vale in particolare per le Procure di Napoli e Torino, ma anche, a titolo di esempio, per Lodi, Milano, Roma e Padova. Altrove invece sono le parti a dover dichiarare la propria residenza nella convenzione stipulata con l'assistenza degli avvocati: così ad esempio a Bari e Foggia. L'infor-



trollo è positivo, l'autorizzazione non è motivata. D'altra parte, tra i casi di rifiuto di autorizzazione della convenzione reperiti, nessuno fa riferimento al difetto di competenza.

Le interviste sembrano suggerire che raramente il regolamento è preso in considerazione dal pubblico ministero per verificare la sussistenza della competenza.

La presente ricerca è limitata alle decisioni delle autorità giurisdizionali e dunque non ha preso in considerazione le separazioni e i divorzi ottenuti, alle condizioni concordate tra i coniugi, di fronte all'ufficiale dello stato civile (decreto legge 132/2014, art. 12). Anche per questi si pone ovviamente il problema della applicazione del regolamento. I coniugi possono comparire davanti all'ufficiale di stato civile del comune di residenza di uno di loro, oppure di quello presso cui è trascritto o iscritto l'atto di matrimonio. Il primo caso è uno di quelli in cui la competenza delle autorità italiane è stabilita dal regolamento; nel secondo caso, l'ufficiale dello stato civile dovrebbe verificare che nessuna autorità di altro stato membro sia competente a norma del regolamento per poter esercitare la competenza residua. Per accertare se gli ufficiali dello stato civile verificano la sussistenza della propria competenza sotto questo profilo sarebbe necessaria un'indagine apposita.

La questione è importante perché il rispetto delle regole comuni sulla competenza da parte delle autorità dei diversi stati membri è il principio che cementa la fiducia reciproca su cui è edificato lo spazio giuridico europeo. Va tuttavia rilevato che essa non ha una grande rilevanza pratica. Per il contenuto limitatissimo che le convenzioni di fronte all'ufficiale di stato civile possono assumere, è assai improbabile che tali separazioni e divorzi siano destinati a circolare e a essere eseguiti in altri paesi europei. Il procedimento in questione non si applica infatti in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave, ovvero economicamente non autosufficienti. Inoltre l'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale.

Al contrario, anche in presenza di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti non impedisce ai coniugi di utilizzare la negoziazione assistita per ottenere la separazione o il divorzio²⁶. In questo caso però l'accordo deve essere trasmesso molto rapidamente (10 giorni) al pubblico ministero, il quale lo autorizza solo se corrisponde all'interesse dei figli.

Il procedimento non solo non richiede, ma neppure consente l'ascolto del minore.²⁷ Ciò po-

mazione, senz'altro utilizzata per la verifica della competenza territoriale, lo è anche verosimilmente per controllare la residenza abituale e quindi la sussistenza della competenza secondo il regolamento.

²⁶ La possibilità è stata introdotta soltanto dalla legge 162/14, di conversione del decreto legge 132/14: ciò spiega perché in molte delle convenzioni esaminate nel corso della ricerca le parti premettono alle stipulazioni la dichiarazione di non essere genitori di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

²⁷ Merita qui di essere sottolineato, per inciso, che il tema dell'ascolto del minore è stato trattato da tutti i soggetti intervistati, giudici e avvocati, che vi si sono lungamente soffermati. Tra le criticità emerse, c'è l'estrema diversità tra le pratiche dei Tribunali dei minori e dei Tribunali ordinari. I primi tendono puntualmente a consentire un ascolto approfondito del minore, i secondi raramente vi provvedono, motivando il (frequentissimo) mancato ascolto in base a

JUS CIVILE



trebbe costituire un ostacolo alla circolazione di questa decisione verso uno stato membro in cui i principi fondamentali di procedura impongono che al minore sia data l'opportunità di essere ascoltato (art. 23, lett. b).²⁸ Gli avvocati che assistono le parti nella negoziazione dovrebbero avvertirle di questo rischio e consigliare, se le condizioni ne suggeriscono l'opportunità, di rivolgersi direttamente al procedimento di fronte al Tribunale.

Non tutti i paesi membri conoscono forme di separazione o divorzio fuori dal tribunale del tipo di quelle considerate, che potrebbero dunque trovare difficoltà a circolare nei paesi in cui non sono regolate dalla normativa interna. In Italia, prima dell'entrata in vigore del d.l. 132/14, si era resa necessaria una circolare il Dipartimento degli Affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno per chiarire che i divorzi consensuali dinanzi agli ufficiali di stato civile e ai notai della Repubblica di Romania possono essere trascritti.

Un'altra difficoltà a cui i procedimenti di separazione e divorzio extra-giudiziari potranno dare luogo è prevedibilmente quella dell'accertamento della litispendenza (art. 19 regolamento), problema di cui non si rinviene però traccia nelle decisioni raccolte per la ricerca.

un'interpretazione ampia dell'art. 336 bis c.c.: interesse del minore, che non si vuole ulteriormente turbare se non fondamentale, e manifesta superfluità, riscontrata principalmente in situazioni non conflittuali tra le parti.

²⁸ Il Parlamento, nel convertire in legge il decreto, non pare avere preso in adeguato conto le conseguenze degli emendamenti introdotti sul rispetto e l'applicazione del diritto europeo.