

**LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DEI MINORI NEL
REGOLAMENTO (CE) N. 2201/2003: ASPETTI PROBLEMATICI.**

di Francesco Balato

INDICE

LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DEI MINORI NEL REGOLAMENTO (CE) N. 2201 DEL 2003: ASPETTI PROBLEMATICI.

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

PROFILI GENERALI DEL REGOLAMENTO (CE) N. 2201 DEL 2003.

- 1.1 Il regolamento n. 2201 del 2003: la genesi e i precedenti normativi nel diritto internazionale privato della famiglia.
- 1.2 L'ambito oggettivo di applicazione e le nozioni di rilievo del regolamento n. 2201 del 2003.
- 1.3 Struttura del regolamento e rapporti con altri strumenti normativi europei.
- 1.4 Gli aspetti innovativi del regolamento n. 2201 del 2003 ed i rapporti con il regolamento n. 1347/2000.

CAPITOLO II

IL GIUDIZIO SUL RITORNO DEL MINORE AI SENSI DELL'ART. 11, PARR. 6 E S.S. DEL REGOLAMENTO N. 2201/2003.

- 2.1 Premessa generale sull'istituto.
- 2.2 Il giudizio sul ritorno alla luce del XVII considerando del regolamento 2201/2003.

2.3 La disciplina del giudizio sul ritorno prevista dall'articolo 11 del regolamento n. 2201/2003: i due giudizi previsti dalla disposizione comunitaria.

2.4 La disciplina del c.d. secondo giudizio: il giudizio di riesame della decisione di non ritorno.

2.5 Il controverso oggetto del giudizio di riesame.

La pronuncia della Corte di giustizia 1.7.2010 in C – 211/2010 PPU: il punto di vista del giudice comunitario.

2.6 L'approccio della Corte di cassazione italiana: la sentenza Sez. I, 14 luglio 2010, n. 16549.

2.6.1 Segue: i fatti della causa.

2.6.2 Segue: gli spetti controversi del giudizio sulla decisione di non ritorno.

2.6.3 Segue: le soluzioni accolte dalla Suprema Corte.

2.6.4 Segue: talune considerazioni critiche intorno all'art. 11, par. 4 del regolamento.

2.7 L'ambito di operatività del giudizio di riesame nella giurisprudenza di merito italiana: le prime indicazioni del Tribunale per i minorenni di Bologna.

CAPITOLO III

ASPETTI PROBLEMATICI RELATIVI ALLA DISCIPLINA DELLA GIURISDIZIONE NEL REGOLAMENTO N. 2201/2003.

3.1 Premessa

3.2 Cenni sulla giurisdizione in materia di controversie matrimoniali.

3.3 La giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale.

3.4 Il principale titolo di giurisdizione: l'art. 8 e la residenza abituale del minore.

3.5 I titoli speciali di giurisdizione.

3.5.1 L'art. 9 del regolamento n. 2201/2003: la c.d. ultrattività della competenza dello Stato di residenza abituale.

3.5.2 L'art. 10 del regolamento n. 2201/2003: la giurisdizione in materia di sottrazione internazionale di minori.

- 3.5.3 L'art. 12 del regolamento n. 2201/2003: la c.d. proroga della competenza giurisdizionale.
- 3.5.4 L'art. 14 del regolamento n. 2201/2003: la c.d. competenza residua.
- 3.5.5 L'art. 15 del regolamento n. 2201/2003: il c.d. forum conveniens.
- 3.6 La pronunzia della Corte di giustizia 1.7.2010 in C – 211/2010 PPU: il punto sull'art. 10, lett. b), iv) del regolamento n. 2201/2003.
- 3.7 La pronunzia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 6 ottobre 2009 n. 22238: i reciproci rapporti tra gli artt. 9 e 10 del regolamento n. 2201/2003.
- 3.7.1 Segue: il controverso aspetto del dies a quo per il computo del termine dei tre mesi di cui all'art. 9 del regolamento n. 2201/2003.
- 3.8 L'ordinanza 30 dicembre 2011, n. 30646 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: i rilievi sull'applicazione dell'art. 12 del regolamento n. 2201/2003.
- 3.9 La giurisprudenza di merito italiana sull'applicazione dell'art. 15 del regolamento n. 2201/2003: la pronunzia del Tribunale per i minorenni di Genova dell'11.12.2009.

CAPITOLO IV

ASPETTI PROBLEMATICI INERENTI ALLA ESECUZIONE ED AL RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE.

- 4.1 Profili generali sul riconoscimento automatico delle decisioni nel regolamento n. 2201/2003.
- 4.2 I motivi di non riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio.
- 4.2.1 Segue: i motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale.
- 4.3 Il regime dell'esecuzione delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale.

4.4 La pronunzia della Corte di giustizia 11.7.2008 in C-195/08 PPU: il regime giuridico applicabile nel caso in cui sia stato attivato un procedimento di non riconoscimento ad opera della parte nei cui confronti opera la esecutività della decisione.

4.5 La pronunzia della Corte di giustizia 15.7.2010 in C-256/09 PPU: l'applicabilità delle norme in materia di riconoscimento ed esecuzione ai provvedimenti provvisori ex art. 20 del regolamento n. 2201 del 2003.

4.5.1 Segue: i fatti della causa

4.5.2 Segue: le soluzioni accolte dalla Corte.

4.6 Il regime speciale di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di diritto di visita e di ritorno del minore: profili generali.

4.7 L'art. 41: la c.d. esecutività senza exequatur delle decisioni in materia di diritto di visita.

4.8 Le condizioni per la certificabilità delle decisioni concernenti il diritto di visita.

4.9 L'art. 42: la c.d. esecutività senza exequatur delle decisioni concernenti il ritorno del minore.

4.10 Le condizioni per la certificabilità delle decisioni concernenti il ritorno del minore.

4.10.1 Segue: il regime della impugnabilità della decisione e del certificato.

4.11 La pronunzia della Corte di giustizia 1.7.2010 in C-211/10 PPU: la lettura dell'art. 47, par. 2 del regolamento n. 2201/2003.

4.11.1 Segue: la decisione certificata sul ritorno del minore ed il mutamento delle circostanze.

4.12 La pronunzia della Corte di giustizia 11.7.2008 in C-195/08 PPU: la c.d. autonomia procedurale della decisione di rientro del minore.

4.13 La pronunzia della Corte di giustizia 22.12.2010 in C-491/10 PPU: l'insindacabilità del certificato da parte del giudice dello Stato del trasferimento.

CONCLUSIONI

INTRODUZIONE: L'OGGETTO DELL'INDAGINE.

Il tema della ricerca compendiata nel presente lavoro si colloca nel contesto delle relazioni endofamiliari con caratteri di transnazionalità concernenti l'affidamento dei figli minori ad uno o ad entrambi i genitori all'indomani della crisi della compagine familiare.

Si verifica sovente nella prassi che uno dei genitori (spesso il non affidatario), vanifichi la custodia legale dell'altro, mediante la sottrazione del minore ed il successivo trasferimento dello stesso in Stati diversi da quello in cui il minore risiedeva con il legittimo affidatario.

In detti casi, ed in presenza, come riferito, di elementi che attestino la transnazionalità del rapporto, soccorre il diritto internazionale privato, con la normativa interna ed internazionale all'uopo predisposta.

In questa materia la disciplina internazionalprivatistica non si colloca in atti normativi interni, bensì in strumenti di tipo internazionale. Vengono in rilievo non soltanto gli importanti strumenti convenzionali adottati in seno alla conferenza permanente dell'Aja di diritto internazionale privato (si pensi, ad es. alle convenzioni dell'Aja del 1902, la successiva del 1961, nonché le più recenti convenzioni di Lussemburgo del 1980 e ancora dell'Aja firmate entrambe nello stesso anno); ma altresì il penetrante contributo del sempre più pervasivo diritto comunitario.

Peraltro, il diritto di famiglia e la circolazione europea delle decisioni in materia matrimoniale o relative alla responsabilità genitoriale sono stati investiti dalla recente e incisiva regolamentazione comunitaria, che, stante la diretta applicabilità nei singoli ordinamenti destinatari, si pone quale punto di riferimento privilegiato per l'interprete e per i giudici in particolare, chiamati a risolvere controversie in materia di famiglia e dal respiro sovranazionale.

Rileva, a tal proposito, il regolamento comunitario n. 2201/2003 che, reca norme in tema di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e tocca altresì il tema della sottrazione internazionale dei minori.

Ciò ha senz'altro prodotto l'effetto di incentrare il fuoco dell'indagine sulla

normativa comunitaria, la quale – in relazione al tema della sottrazione dei minori – ha acquistato progressivamente una rincarata centralità rispetto alla Convenzione dell’Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori.

Ciò peraltro anche in armonia con la *ratio* ispiratrice della stessa normativa che riflette il proponimento degli organi comunitari di migliorare la cooperazione degli Stati proprio sul versante della sottrazione internazionale dei minori, fornendo alle autorità istituzionalmente competenti strumenti operativi più incisivi di quelli predisposti dalla tradizionale normativa convenzionale.

L’oggetto della tesi, per tali ragioni, attinge al materiale normativo e giurisprudenziale comunitario, anche in omaggio alla innovatività di taluni istituti dallo stesso introdotti.

L’ordinamento comunitario ha rivelato infatti un impianto disciplinatorio più sofisticato e maggiormente attrezzato alla risoluzione delle problematiche interpretative connesse al tema d’indagine, oltre ad essersi imposto all’attenzione degli operatori del diritto nello spazio giuridico europeo in maniera sempre più dirompente.

Tanto premesso, è opportuno precisare fin da subito che l’indagine mira ad evidenziare principalmente gli aspetti nevralgici che il tema della sottrazione dei minori presenta, quali emergono dalla applicazione fattane dalla recente giurisprudenza italiana, con particolare riguardo a quella di legittimità.

Non sono stati peraltro trascurati i provvedimenti più significativi che la giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha prodotto sul punto ed altresì l’indicazione di quelli adottati dalle corti facenti capo ad altri Stati membri del consesso comunitario.

Il cuore della ricerca ha dunque una dimensione prevalentemente giurisprudenziale.

Negli ultimi mesi la giurisprudenza interna, in ossequio alla diretta applicabilità del regolamento n. 2201/2003, ha provveduto ad una non trascurabile interpretazione della suddetta fonte normativa, come dimostrano le significative pronunzie analizzate nel presente lavoro.

Per tali ragioni anche nell’approfondita e preliminare analisi dedicata ai

contenuti del regolamento n. 2201/2003, investigato peraltro anche in comparazione con i pregressi strumenti normativi, è stata dedicata peculiare attenzione a quegli aspetti che si ricollegano in maniera più o meno diretta al tema della sottrazione dei minori.

D'altra parte, il più volte citato regolamento presenta una latitudine regolamentativa che, lungi dall'investire il tema della sottrazione, si occupa di aspetti di più ampio respiro quali la responsabilità genitoriale in generale e le decisioni relative allo scioglimento del *menàge* familiare.

Tali ultimi aspetti, fatto salvo il tema della responsabilità genitoriale, scrutinato sul versante dei criteri di giurisdizione, oltre che da una più ampia visuale prospettica, non hanno formato oggetto di specifici approfondimenti, giacché la ricerca non si è proposta di analizzare *tout court* lo statuto della famiglia ai sensi del richiamato regolamento, ma ha puntato a privilegiare le parti dello stesso che disciplinano il fenomeno "sottrazione" e segnatamente a mettere in luce gli aspetti problematici dei conferenti istituti disciplinati dallo strumento normativo europeo.

Del regolamento n. 2201/2003, in definitiva, ciò che ha interessato lo scrivente nel presente lavoro, alla stregua di *leit motiv*, è stato il complesso delle disposizioni disciplinanti il problema della sottrazione dei minori e le correlative problematiche ermeneutiche che a tali istituti si collegano.

Sullo sfondo, dunque, il tema della sottrazione dei minori che è stato analizzato nel suo collegamento alla disciplina comunitaria, salvi tuttavia i riferimenti alla normativa schiettamente internazionalistica (principalmente quella contenuta nella Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori), oggetto, peraltro, di taluni richiami da parte della stessa fonte comunitaria.

Tanto chiarito, nella prospettiva di definire ancora meglio il perimetro dell'analisi condotta, va rilevato che il riferimento al tema della sottrazione dei minori appare – in assenza di ulteriori specificazioni – ancora troppo generico e troppo esteso.

Il regolamento si occupa infatti di molteplici aspetti del tema della sottrazione dei minori in ambito comunitario, taluni dei quali già disciplinati in sede internazionale dalla citata Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980.

Proprio per tale considerazione lo scrivente ha privilegiato talune questioni più specifiche e meritevoli di approfondimento; ciò, nell'intento di conferire maggiore concretezza ed utilità ad un lavoro che, muovendo dall'analisi un singolo istituto, intende offrire all'operatore del diritto un quadro puntuale delle recenti problematiche che si agitano intorno ai principali istituti contemplati dal regolamento, senza al contempo trascurare il necessario inquadramento più generale dei temi trattati all'interno di cornici dogmatiche e regolamentative di più ampio respiro.

In tal guisa, ha assunto maggiore rilievo e più concreta utilità l'intendimento di focalizzare l'attenzione su quei settori della normativa che più degli altri fanno capolino nelle pronunzie della giurisprudenza, soprattutto dei giudici interni.

E' stato interessante infatti registrare ed analizzare l'approccio coltivato in talune significative pronunzie della giurisprudenza italiana alle prese con gli istituti varati dal legislatore comunitario con il regolamento n. 2201/2003.

Tra le pronunzie, anche di legittimità, che hanno destato nello scrivente maggiore interesse e che vanno qui richiamate anche in chiave introduttiva, spiccano non poco anzitutto talune decisioni aventi ad oggetto l'istituto di marca sostanziale-processuale introdotto dall'art. 11, par. 8 del citato regolamento, sul quale si è incentrato l'intero capitolo II del presente lavoro.

Senza voler anticipare in questa sede quanto verrà illustrato nel prosieguo della trattazione, va rilevato in estrema sintesi che il citato istituto configura un nuovo modulo processuale grazie al quale è dato al giudice dello Stato di residenza abituale del minore emettere una pronunzia che ordini il ritorno del minore, ancorché il ritorno stesso sia stato negato da una precedente pronunzia emessa dall'autorità giurisdizionale del paese nel quale il minore è stato illecitamente trasferito.

Trattasi – come verrà ampiamente illustrato – di uno strumento inedito che introduce nell'ordinamento una procedura di riesame, da parte del giudice dello Stato di residenza abituale, avente ad oggetto la pronuncia resa dal giudice dello Stato del trasferimento.

Di recente, un'importante sentenza della Corte di Cassazione ha destato notevole interesse nella dottrina che si occupa di tali argomenti. Si è trattato

infatti di un arresto approfondito che ha esaminato in maniera penetrante e per la prima volta il modello processuale ex art. 11, par. 8 del regolamento n. 2201/2003 nei suoi presupposti applicativi e nella sua latitudine disciplinaria.

Siffatta pronunzia, non senza lasciare sul campo talune incertezze interpretative, ha rappresentato il primo importante provvedimento del giudice di legittimità su un istituto dagli effetti dirimpenti nel panorama normativo comunitario.

Trattasi infatti di un giudizio come già anticipato, dalle potenzialità per molti versi ancora inesplorate e che introduce nel sistema elementi di indubbia originalità rispetto al tradizionale armamentario dei giudici alle prese con i problemi di coordinamento tra decisioni e legislazioni facenti capo a Stati diversi.

Come sovente accade in relazione ad istituti di nuovo conio, taluni non trascurabili dubbi sono emersi in giurisprudenza in relazione alla concreta applicazione di siffatto giudizio, cosicché allo scrivente è sembrato opportuno oltre che proficuo investigare i profili più spinosi del cennato procedimento, la sua *ratio*, nonché più in generale gli aspetti controversi che si palesano in relazione alla sua applicazione concreta.

Tutte le citate operazioni hanno confermato ancora una volta un dato fondamentale: viene in rilievo un meccanismo innovativo e dotato di una notevole incisività, i cui contorni tuttavia non appaiono del tutto chiari, sicché, si è rivelato compiere un tentativo di ricostruzione che è stato possibile abbozzare grazie ad uno stretto contatto con la elaborazione della giurisprudenza.

Il cennato istituto si ammanta, a ben guardare, anche di una ulteriore peculiarità: esso riflette in maniera efficace il disegno delle autorità comunitarie di realizzare, in chiave sempre più concreta, un sistema unico di regole processuali civili all'interno dello spazio giuridico europeo.

Un progetto di tal fatta si arricchisce giorno per giorno di nuovi strumenti che rendono progressivamente più credibile l'obiettivo delle istituzioni nazionali e comunitarie di predisporre un sistema processualciviltistico uniforme all'interno dei confini europei. Del resto, non può qui non farsi menzione del

tentativo, in tal senso più riuscito, quale emerge dalle disposizioni contenute nel regolamento n. 44/2001, che, tra gli altri, ha introdotto nell'ordinamento comunitario un giudizio monitorio uniforme in ambito europeo.

Di recente peraltro – proprio in un'ottica di ulteriore perfezionamento degli istituti in esso compendati – il regolamento n. 44/2001 ha formato oggetto di una recente proposta di modifica elaborata dalla Commissione europea, poi giunta a completamento con l'adozione del recentissimo regolamento n. 1215 del 2012.

Il regolamento n. 2201/2003 ed il giudizio di riesame di cui all'art. 11, par. 8, si inscrivono perfettamente in questo mosaico in continuo completamento, iniettando nuova linfa all'ambizioso progetto di predisporre regole non soltanto sostanziali, bensì anche processuali uniformi.

In tal guisa, l'analisi del suddetto giudizio si lega a doppio filo anche con gli ulteriori aspetti problematici trattati nel presente lavoro, e soprattutto con quelli inerenti al tema del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni sul ritorno e sul diritto di visita del minore che si ammantano di connotati processuali performanti, quali quelli che mettono capo ad esecuzioni automatiche e senza *exequatur* in tutto il territorio dell'Unione.

L'esame del citato giudizio, pur costituendo senza dubbio il profilo di maggiore interesse della presente trattazione, non esaurisce la gamma delle problematiche, di notevole interesse applicativo, che il regolamento n. 2201/2003 ha consegnato alla applicazione giurisprudenziale.

Muovendo allora da quello che a ragione può considerarsi come il congegno più innovativo del complessivo impianto normativo del regolamento in oggetto, il presente lavoro si propone di investigare taluni specifici nodi problematici ed aspetti di interesse che, afferendo alla più ampia tematica della sottrazione dei minori in ambito europeo, hanno maggiormente sollecitato e sollecitano l'interesse della dottrina che si è occupata del tema oltre che delle varie istanze giurisdizionali di merito e di legittimità, non soltanto interne, che costantemente provvedono all'applicazione del regolamento n. 2201/2003.

Dei suddetti nodi problematici verranno in particolare privilegiati quelli che, investono essenzialmente da un lato il tema della giurisdizione e, dall'altro,

quello della esecuzione e del riconoscimento delle decisioni giurisdizionali, rispettivamente affrontati nei capitoli III e IV del presente lavoro.

Come precedentemente rilevato, tanto nel capitolo II che come detto si incentrerà essenzialmente sul citato giudizio di riesame, quanto nei successivi capitoli III e IV, che investiranno i temi della giurisdizione, nonché del riconoscimento e della esecuzione delle decisioni giudiziarie emesse dalle molteplici istanze giurisdizionali considerate, va segnalato che l'esame delle pronunzie più importanti verrà preceduto da una breve disamina della tematica, sia dal punto di vista dogmatico che sul versante strettamente disciplinatorio.

Lo schema del lavoro sarà in altri termini caratterizzato costantemente dal previo e sintetico inquadramento del tema sul piano generale, ed, in rapida successione, dall'esame della giurisprudenza più significativa prodottasi sull'argomento.

In omaggio a tale *modus procedendi*, prima di affrontare le questioni interpretative che si collegano al giudizio di riesame (capitolo II) verrà offerta (nel capitolo I) una breve panoramica sui profili generali del regolamento n. 2201/2003.

Capitolo I

PROFILI GENERALI DEL REGOLAMENTO (CE) N. 2201/2003.

1.1 Il regolamento n. 2201/2003: la genesi ed i precedenti normativi nel diritto internazionale privato della famiglia.

L'evoluzione registratasi nel diritto comunitario della famiglia è stata notevole. A tal proposito, vale la pena di ricordare come la Unione Europea, già con le disposizioni del trattato fondamentale del 1957, sia nata, principalmente, con la finalità di istituire ed organizzare un mercato interno dei Paesi membri dove, da un lato, vi fosse la più libera circolazione delle merci e, dall'altro, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Senonché, a fronte della linearità degli obiettivi e dei principi, non erano mai stati adottati strumenti idonei per riuscire a predisporre una legislazione efficacemente omogenea nell'ambito del diritto di famiglia.

La ragione va rintracciata anche nel fatto che, per lungo tempo, le forze dei Paesi membri si sono concentrate, quasi esclusivamente, sulla disciplina della materia economica, trascurando che, per una sua efficace applicazione concreta, la regolazione delle materie economiche non può trovarsi disgiunta dalla disciplina del diritto di famiglia.

E' sufficiente osservare come le decisioni relative alla libera circolazione dei cittadini dei Paesi membri siano condizionate dalla possibilità di esercitare nello Stato di arrivo i medesimi diritti, in materia di famiglia, riconosciuti dal Paese di provenienza.

Non a caso, la migliore dottrina ha osservato che "(...) solo di recente si è acquisita piena consapevolezza che un'effettiva Unione dell'Europa si può realizzare solo attraverso una integrazione e una cooperazione in tutti i

campi, ivi compreso il diritto di famiglia (...)"¹.

Ebbene, nella materia familiare si è verificato in brevissimo tempo uno sviluppo significativo, con l'adozione in un primo momento del regolamento n. 1347/2000² e quindi del regolamento n. 2201/2003³, che ha provveduto a sostituirlo.

Per comprendere tale sviluppo occorre far riferimento ai precedenti normativi rilevanti in materia.

Nel lessico del diritto comunitario, il regolamento n. 2201/2003 è denominato "Bruxelles II bis". Tale denominazione riflette la complessità del percorso storico attraverso cui l'Unione Europea è giunta ad occuparsi dei problemi connessi alla responsabilità genitoriale, ed inoltre la prospettiva da cui il problema viene affrontato.

Il riferimento è infatti alla Convenzione di Bruxelles del 1968⁴, un testo

¹ Cfr. A. Finocchiaro, *Verso un diritto di famiglia europeo*, in *Rivista AIAF*, maggio-agosto 2004.

² Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, in *GUCE* 30.6.2000, L 160/19. Cfr. in dottrina F. Uccella, *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari: il Regolamento n. 1347 del 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi*, in *Giust. civ.*, 2001, II, 313; C.M. Bianca, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Famiglia*, 2001, 3; M. Trezza, *Il Progetto Roma III: verso uno strumento comunitario in materia di divorzio*, *ivi*, 2001, 221; C. Minasso, *La razionalizzazione del diritto di famiglia comunitario*, in *Dir. e giur.*, settembre, 2002; I. Queirolo, *Comunità Europea e diritto di famiglia: primi interventi diretti in tema di separazione e divorzio*, in *Famiglia*, 2002, 449; A. Figone, *Brevi note sul Regolamento del Consiglio CE n. 1347/2000*, in *Fam. dir.*, 2002, 101; R. Conti, *Il Regolamento CE Bruxelles II in tema di cause matrimoniali*, *ivi*, 2002, 107; G. Alpa, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, 439; T. Helms, *Diritto processuale in materia di diritto di famiglia nell'Unione Europea*, *ivi*, 2003, 471.

³ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (noto anche come *Bruxelles II*), in *G.U.U.E.*, L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

In dottrina si veda, tra i lavori più recenti, U. Magnus e P. Mankowski (a cura di), *Brussels II bis Regulation*, Sellier, 2012; M.C. Baruffi – C. Ricci- R. Cafari Panico – L. Tomasi, *Regolamento (CE) 27.11.2003, n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2011, 2971 ss.; F. Mosconi – C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 4^a ed., Torino, 2007, 88 ss. e 306 ss.; Bergamini, *Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27.11.2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., II, 3934 ss.; M.C. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II-bis*, in S. Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, 176 ss.; P. De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2005, 57 ss.; M.E. Ruggiano, *Dal regolamento (CE) n. 1347/2000 al regolamento (CE) n. 2201/2003* in *Dir. Famiglia* 2005, 02, 739; Baratta, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in P. Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, 164 ss.; S.M. Carbone – M. Frigo – L. Fumagalli, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, 54 ss.

Sulla disciplina in materia di responsabilità genitoriale contenuta nel regolamento, oltre alle indicazioni contenute nella la Guida pratica all'applicazione del nuovo Regolamento "Bruxelles II", http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp, si rinvia ai contributi di M.C. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2005, p. 143; Ead., *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel Regolamento "Bruxelles II"*, in S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 257 ss.; A. Borrás, *From Brussels II to Brussels II bis and further*, in Boele Woelki, Gonzalez Eilfuss (eds.), *Brussels II Bis. Its Impact and Application in the Member States*, Antwerpen, Oxford, 2007, p. 3 ss.; M. Castellaneta, *Con le nuove integrazioni normative più difficile la sottrazione illecita dei fanciulli*, in Guida dir. (Dir. com. int.), n. 1, gennaio-febbraio 2005, p. 25 ss.; R. Espinosa Calabuig, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, Barcelona, 2007; *La sottrazione di minori nell'Unione europea: tra Regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in S. M. Carbone, Queirolo (a cura di), op. cit., p. 283 ss.; *La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento de "Bruselas II-bis": entre le intere s del menor y la cooperacion judicial interstatal*, in questa Rivista, 2003, p. 734 ss.; E.M. Magrone, *La disciplina del diritto di visita nel Regolamento (CE) 2201/2003*, *ibidem*, 2005, p. 339 ss.; McEleavy, *Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 2004, p. 503 ss.; I. Queirolo, *La disciplina della responsabilità genitoriale: il Regolamento 2201/2003*, in L. Schiano di Pepe, I. Queirolo, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, 2a ed., Torino, 2010, p. 301 ss.

⁴ Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu>.

normativo che affrontava esclusivamente problemi di diritto processuale internazionale, fissando regole di competenza giurisdizionale e stabilendo il principio del riconoscimento automatico delle sentenze pronunciate negli Stati membri nella materia civile e commerciale.

La Convenzione di Bruxelles del 1968 non si applicava tuttavia alla separazione, al divorzio, allo stato e alla capacità delle persone fisiche e quindi, in generale, alle questioni di diritto di famiglia (con l'eccezione degli assegni periodici di mantenimento). Per tale ragione, gli Stati membri adottavano nel 1998 una nuova Convenzione (comunemente chiamata Bruxelles II)⁵ nella quale si introducevano regole uniformi di giurisdizione in materia di nullità del matrimonio, di separazione e di divorzio e si affermava il principio per cui le sentenze pronunciate in tali materie dovevano essere immediatamente riconosciute in tutti gli Stati membri.

Tuttavia, detta Convenzione non entrava in vigore, giacché, con il trattato di Amsterdam (in vigore il primo maggio 1999)⁶ che invertiva la logica intergovernativa prevalsa fino ad allora, la commissione europea presentava - in base agli articoli 61, lettera c), e 67 del Trattato che istituisce la Comunità europea - una proposta di trasformazione in regolamento della Convenzione del 1998.

Tale proposta sfociava nell'adozione del regolamento n. 1347/2000 del 29 maggio 2000, denominato «regolamento Bruxelles II» 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, pronunciate in occasione di azioni giudiziarie in materia matrimoniale.

In quell'occasione si introducevano nel testo della Convenzione poche modifiche, giustificate anzitutto dal processo di trasformazione della Convenzione in regolamento; e, in secondo luogo, dalla necessità di inserire nel regolamento n. 1347/2000 alcuni miglioramenti che già in passato erano stati introdotti durante il processo di revisione e trasformazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 nel regolamento n. 44/2001⁷.

⁵Convenzione di Bruxelles del 28 maggio 1998 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali, c.d. "Bruxelles II", mai entrata in vigore.

⁶ Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'unione europea, i trattati che istituiscono le comunità europee e alcuni atti connessi, firmato a Lussemburgo il 22 ottobre 1997, in Gazzetta ufficiale n. C 340 del 10 novembre 1997, reperibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/it>.

⁷ Regolamento (CE) n. 44/2001 del consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GUCE 16.1.2001, L 12/1.

Il regolamento n. 1347/2000 veniva adottato il 29 maggio 2000 ed entrava in vigore il primo marzo 2001 (conformemente al suo articolo 46).

Per la prima volta, una norma comunitaria si occupava espressamente della separazione, del divorzio e della potestà dei genitori. Il IV considerando del regolamento n. 1347/2000 affermava che “le differenze tra alcune norme nazionali sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento ostacolano la libera circolazione delle persone nonché il buon funzionamento del mercato interno. È pertanto opportuno adottare disposizioni che consentano di unificare le norme sui conflitti di competenze in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori, semplificando le formalità per un rapido ed automatico riconoscimento delle decisioni e per la loro esecuzione”.

Il regolamento n. 1347/2000, tuttavia, si occupava della responsabilità dei genitori nelle sole ipotesi di azioni proposte da genitori (uniti in matrimonio) contestualmente ad una domanda di divorzio, di separazione personale o di annullamento del matrimonio.

Già prima dell'entrata in vigore del regolamento n. 1347/2000, la Francia aveva presentato un'iniziativa tesa ad introdurre, all'interno della Comunità, il principio del riconoscimento automatico delle decisioni in materia di diritto di visita ai figli minori.

Nel Consiglio europeo di Tampere⁸ si stabiliva che il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie costituisse la pietra angolare per la creazione di un autentico spazio giudiziario, dando la priorità, nell'ambito del diritto di famiglia, al diritto di visita⁹.

Il 3 luglio 2000 la Francia presentava pertanto un'iniziativa tesa dell'adozione di un regolamento per l'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia di diritto di visita, collegato al regolamento n. 1347/2000, in quanto si limitava a semplificare il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative al diritto di visita pronunciate nei procedimenti matrimoniali riguardanti i figli di entrambi i coniugi. Alla base di questa limitazione v'era il timore di esorbitare la base giuridica, (artt. 61, lettera c e 67) offerta dal trattato. Tuttavia, in seguito tale limitazione non è stata ritenuta adeguata anzitutto per la

⁸ Consiglio europeo di Tampere (Finlandia) del 15-16.10.1999, le cui conclusioni possono essere reperite all'indirizzo: www.europarl.europa.eu/summits/tamit.htm.

⁹ Sotto questo aspetto, tra l'altro, si dava attuazione al punto n. 34 delle conclusioni del Consiglio di Tampere .

necessità di garantire una piena eguaglianza a tutti i minori.

Per tale ragione, la commissione presentava una nuova proposta sfociata in seguito nell'adozione del regolamento n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

Il regolamento n. 2201/2003 recepisce sostanzialmente il contenuto del regolamento n. 1347/2000, per quanto attiene alle sentenze di nullità del matrimonio, di separazione e di divorzio, estendendo però la normativa comunitaria a tutte le decisioni relative alla responsabilità genitoriale.

Il testo normativo attualmente vigente, al pari di quello precedente, affronta però il problema della responsabilità genitoriale solo da un punto di vista processuale.

Non vengono cioè introdotte norme sostanziali uniformi in materia di rapporti fra genitori e figli, né norme di conflitto (cioè norme relative alla legge applicabile) uniformi. Si rinviengono invece criteri uniformi di giurisdizione, volti ad escludere situazioni di litispendenza, garantendo contemporaneamente che le sentenze pronunciate da un giudice di uno Stato membro siano efficaci in tutto il territorio dell'Unione e, in taluni casi, siano anche immediatamente esecutive.

Pur non sottovalutando l'importanza anche in questa materia di norme sostanziali uniformi, va sottolineato che, in tema di responsabilità genitoriale, è proprio il profilo processuale quello che in passato creava maggiori problemi e conflitti nei rapporti fra genitori in relazione all'affidamento dei figli e al diritto di visita connotati da un carattere transfrontaliero comunitario. Se è vero, infatti, che le norme sostanziali che regolano l'affidamento e il diritto di visita seguono principi anche molto diversi fra loro negli Stati dell'Unione, si può tuttavia rilevare che il criterio abitualmente seguito per scegliere il genitore con cui il figlio minore vive e per determinare i diritti di visita dell'altro genitore coincide tendenzialmente ovunque con la valutazione dell'interesse del minore. Dalla scelta della legge applicabile non derivano perciò, nella maggior parte dei casi, differenze di trattamento significative.

In passato tuttavia, nonostante la sostanziale uniformità del criterio di fondo

seguito nei diversi ordinamenti degli Stati europei, si assisteva a vere e proprie guerre condotte dai genitori per ottenere che sull'affidamento dei figli si pronunciassero i giudici che ciascuno sentiva a sé più vicini e non era infrequente che giudici di Stati europei diversi – magari applicando leggi nazionali sostanzialmente analoghe – pervenissero a soluzioni diverse. Si intravedeva infatti una certa tendenza a favorire il genitore cittadino dello Stato in cui la decisione era pronunciata o in quello Stato stabilmente residente.

Nonostante la prospettiva ancora limitata dalla quale si guardano i problemi relativi alla potestà dei genitori, il regolamento n. 2201/2003, è intervenuto a risolvere il problema più urgente, ponendo fine a conflitti di cui certamente i minori erano le prime vittime.

Tanto premesso in ordine alla genesi dell'atto comunitario, è necessario ora dedicare un cenno all'ambito di applicazione del regolamento ed alle principali nozioni dallo stesso enunciate.

Beninteso, tali aspetti verranno illustrati in misura sintetica atteso che l'approfondimento di taluni nodi problematici verrà compiuto in seguito nelle sedi opportune.

1.2 L'ambito oggettivo di applicazione e le nozioni di rilievo del regolamento n. 2201/2003.

Va in primo luogo rilevato che il regolamento n. 2201/2003 si applica alle materie civili e non ai settori nei quali venga in gioco l'esercizio della potestà punitiva dello Stato.

Al riguardo va subito puntualizzato che la sentenza della Corte di Giustizia 27 novembre 2007, in C – 435/06 ha sottolineato che la nozione di materie civili ha natura comunitaria e va intesa in termini autonomi, secondo un criterio funzionale, tenendo conto degli obiettivi del regolamento n. 2201/2003. Nel caso di specie, si discuteva della riconducibilità all'ambito applicativo del regolamento delle decisioni di presa a carico e di collocazione di un minore, che, in taluni Stati membri, rientrano nella sfera del diritto pubblico.

La Corte ha osservato che se tali decisioni dovessero, per questa sola

ragione, essere escluse dall'ambito di applicazione del regolamento, rimarrebbe manifestamente pregiudicato l'obiettivo stesso di riconoscimento reciproco e di esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale. A tal proposito, va osservato come dalle disposizioni degli artt. 1, n. 1, e 2, punto 1 del regolamento n. 2201/2003 emerga che né l'organizzazione della giustizia degli Stati membri, né l'attribuzione di competenza ad autorità amministrative possono influire sull'ambito di applicazione di tale regolamento e sull'interpretazione della nozione di materie civili.

Ed infatti, l'obiettivo della parità di trattamento tra tutti i minori interessati e dell'uniforme applicazione del diritto comunitario comporta che tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale rientrino nell'ambito di applicazione di tale regolamento, ancorché esse, dal punto di vista del diritto interno, siano espressione di potestà pubblicistiche, come ad esempio quelle che consentono la collocazione del minore in una struttura.

Per tali ragioni, la nozione di materie civili va interpretata nel senso che può comprendere anche misure che, dal punto di vista del diritto di uno Stato membro, rientrano nel diritto pubblico¹⁰.

Del resto, come rileva la Corte di Giustizia nella sentenza appena citata, tale interpretazione è confortata dal decimo considerando del regolamento n. 2201/2003, secondo cui esso non è inteso ad applicarsi a “misure pubbliche di carattere generale in materia di istruzione e sanità”. Tale esclusione conferma che il legislatore comunitario non ha inteso escludere dall'ambito di applicazione del regolamento n. 2201/2003 tutte le misure rientranti nel diritto pubblico.

In particolare, ai sensi del par. 2 dell'art. 1, il regolamento si applica, indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale, alle materie civili relative: a) al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio; b) all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale, con particolare riferimento a:

- 1) il diritto di affidamento e il diritto di visita;
- 2) la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi;
- 3) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la

¹⁰ Cfr., nello stesso senso, la sentenza 2 aprile 2009, in C-523/07.

responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano;

4) la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto;

5) le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore.

Al contrario, ai sensi dell'art. 1, par. 3, 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 del minore;

d) all'emancipazione;

e) alle obbligazioni alimentari;

f) ai trust e alle successioni;

g) ai provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi da minori.

L'art. 2, diretto ad individuare le nozioni rilevanti ai fini dell'applicazione del regolamento, contiene alcune puntualizzazioni ricche di implicazioni sistematiche.

In particolare, si intendono per autorità giurisdizionale (n. 1): tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo di applicazione del presente regolamento a norma dell'art. 1; per "giudice" (n. 2): il giudice o il titolare di competenze equivalenti a quelle del giudice nelle materie che rientrano nel campo di applicazione del presente regolamento.

Tali puntualizzazioni chiariscono che il riferimento al carattere giurisdizionale del potere esercitato è di tipo funzionale e serve ad individuare i soggetti istituzionali chiamati all'esercizio di poteri di risoluzione delle controversie in materia familiare.

La nozione di "responsabilità genitoriale", come si vedrà anche *infra*, allorché verranno esaminate le novità che il regolamento n. 2201/2003 ha introdotto nell'ordinamento europeo rispetto al regolamento n. 1347/2000, include i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, dalla legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine include, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita. Il titolare della responsabilità genitoriale è

qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di genitore su un minore.

Come già per la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori¹¹, ma non per quella di Lussemburgo 1980¹², assume immediato rilievo il titolo legale della responsabilità.

Interessante, alla luce dei contrasti che, nell'interpretazione della Convenzione dell'Aja del 1980, sono insorti a proposito della delimitazione delle nozioni di diritti di affidamento e diritto di visita, è il n. 9) dell'art. 2, il quale precisa che per “diritto di affidamento” s'intendono i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza.

La formulazione non è dissimile a quella contenuta nell'art. 5, lett. a) della Convenzione dell'Aja del 1980, al pari del n. 10 del regolamento, che delinea la nozione di 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), in parallelo con l'art. 5, lett. b) della Convenzione dell'Aja appena citato.

Ciò che desta interesse è che, a fronte di nozioni sostanzialmente identiche a quelle utilizzate nella Convenzione dell'Aja del 1980, il n. 11 dell'art. 2 del regolamento specifica che il “trasferimento illecito o mancato ritorno del minore” si realizza: a) 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 b) se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, e lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi.

L'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quando uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità

¹¹ Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, aperta alla firma a L'Aja il 25 ottobre 1980, ratificata in Italia con L. 15 gennaio 1994, n. 64, in Gazz. Uff. 29 gennaio 1994, n. 23, S.O., è entrata in vigore per l'Italia il 1 maggio 1995. Il testo della Convenzione è reperibile in <http://www.hcch.net>.

¹² Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sulla ristabilimento dell'affidamento dei minori, firmata a Lussemburgo il 20.5.1980, reperibile al sito:<http://conventions.coe.int>.

genitoriale.

La precisazione non è irrilevante, giacché include espressamente nel testo normativo ciò che, rispetto al sistema della Convenzione dell'Aja del 1980, emergeva a livello sistematico ed era esplicitato solo nel *Rapport*¹³, ossia che l'illecito trasferimento può realizzarsi anche in danno del genitore dell'affidamento condiviso ma non collocatario¹⁴.

Nel regolamento non si rinviene peraltro il significato dell'espressione "residenza abituale".

La Corte di Giustizia, nella sentenza 2 aprile 2009, in C-523/07¹⁵, ha rilevato che la sola presenza fisica del minore in uno Stato membro, in quanto regola di competenza sussidiaria rispetto a quella sancita all'art. 8 del regolamento (art. 13), non può essere sufficiente a stabilire la residenza abituale del minore.

Ciò rilevato, va rammentato che, secondo il tralatizio orientamento della giurisprudenza comunitaria, l'applicazione uniforme del diritto comunitario ed il principio di uguaglianza esigono che una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcuno espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera comunità, ad un'interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi¹⁶.

Ora, atteso che l'art. 8, n. 1 del regolamento non reca alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri, per quanto riguarda la determinazione del senso e della portata della nozione di "residenza abituale", tale determinazione va dunque effettuata alla luce del contesto delle disposizioni e dell'obiettivo del regolamento, in particolare quello che emerge dal suo dodicesimo considerando, secondo il quale le regole di competenza da esso accolte si informano all'interesse superiore del minore ed, in particolare, al criterio di vicinanza¹⁷.

¹³ Cfr. Rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez-Vera sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, par. 123, "<http://hcch.net/>" "<http://hcch.net>.

¹⁴ Su questo tema vedi più diffusamente il cap. III del presente lavoro ed in particolare la interessante pronunzia delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, 6 ottobre 2009 n. 22238.

¹⁵ Corte giust., sentenza 2 aprile 2009, in C-523/07, A, In RDIPP, 2009, 750.

¹⁶ Cfr., Corte giust., sentenze 18 gennaio 1984, causa 327/82, Ekro, Racc. pag. 107, punto 11, nonché 6 marzo 2008, causa C-98/07, Nordania Finans e BG Factoring, Racc. pag. I – 1281, punto 17.

¹⁷ E. M. Magrone, *Nelle controversie che investono un minore più tutela con il criterio della vicinanza*, in Guida al diritto, *Diritto*

Tanto chiarito, la Corte di giustizia nella sentenza del 2 luglio 2009 ha osservato che, nel valutare la residenza abituale dei minori, ai sensi dell'art. 8, n. 1 del regolamento, non si può direttamente trasporre la giurisprudenza della Corte sulla nozione di residenza abituale relativa ad altri settori dell'Unione europea¹⁸.

Ne deriva che la nozione di “residenza abituale” del minore, ai sensi dell'art. 8, n. 1 del regolamento, deve essere stabilita sulla base delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie. Pertanto, come chiarito ai punti 38 e s.s. della motivazione della sentenza, oltre alla presenza fisica del minore in uno Stato membro, vanno considerati altri fattori idonei a dimostrare che tale presenza non è in alcun modo temporanea o occasionale e che la residenza del minore denota una certa integrazione in un ambiente sociale e familiare. Così, si deve in particolare tenere conto tra le altre della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche, nonché delle relazioni familiari e sociali del minore in detto Stato.

Del pari, l'intenzione dei genitori di stabilirsi con il minore in un altro Stato membro, manifestata attraverso determinate circostanze esterne, come l'acquisto o l'affitto di un alloggio nello Stato membro ospitante, può costituire un indizio qualificato del trasferimento della residenza abituale. Un ulteriore indizio può essere la presentazione di una domanda per ottenere un alloggio sociale presso i relativi servizi del detto Stato. Al contrario, la circostanza che i minori soggiornino in uno Stato membro in cui, per un breve periodo, non hanno fissa dimora può essere indizio che la residenza abituale di tali minori non si trovi in questo Stato. Ugualmente, il regolamento non contiene alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per determinare la portata esatta del criterio relativo alla cittadinanza.

1.3 Struttura del regolamento n. 2201/2003 e rapporti con altri strumenti

comunitario e internazionale, 2005, I, 19 ss.

¹⁸ Cfr., in particolare, Corte giust., sentenze 15 settembre 1994, causa C-452/93 P, Magdalena Fernandes/Commissione, Racc. pag. I-4925, punto 22; 11 novembre 2004, causa C-372/02, Adanes-Vega, Racc. pag. I-10761, punto 37, e 17 luglio 2008, causa C-66/08, Kozłowski, non ancora pubblicata nella raccolta.

normativi europei.

Il regolamento n. 2201/2003, seguendo il modello introdotto dalla Convenzione di Bruxelles del 1968¹⁹, opera su due livelli, l'uno complementare all'altro: una prima parte, infatti, è dedicata alla questione della giurisdizione ed una seconda alla circolazione delle decisioni.

Secondo un paradigma già seguito con il regolamento n. 44/2001 (noto come Bruxelles I) e poi con quello n. 1347/2000, la nuova disciplina designa un atto doppio nella misura in cui oltre a dettare norme sulla giurisdizione, essa regola il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere. Come si vedrà diffusamente innanzi, mentre per quanto attiene alla competenza ed al riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale le nuove disposizioni riproducono sostanzialmente quelle già contenute rispettivamente nel capo II, sez. 1 e nel capo III, sezioni 1, 2 e 3 del regolamento n. 1347/2000, la responsabilità genitoriale è disciplinata, a partire dal primo marzo del 2005, in maniera ampiamente innovativa iniziando dalla stessa definizione dell'ambito di competenza.

Anche nel regolamento n. 2201/2003 l'adozione di norme comuni sulla competenza giurisdizionale, improntate ai principi dello stretto collegamento, della certezza e della prevedibilità, è rivolta alla semplificazione dei controlli sul prodotto giurisdizionale straniero.

Innovando, come si vedrà *infra*, rispetto al regolamento n. 1347/2000 Bruxelles II, inoltre, il regolamento qui in esame contiene un articolo espressamente dedicato alle "definizioni" di alcuni dei termini più frequentemente usati. In tal modo modo, il legislatore cerca di prevenire contrasti e dubbi interpretativi che potrebbero ostacolare l'uniforme applicazione del regolamento in tutti gli Stati membri.

Sul piano interpretativo, poi, un fondamentale punto di riferimento è rappresentato proprio dal regolamento Bruxelles I (regolamento n. 44/2001) e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi con riferimento alla normativa comune europea sulla giurisdizione e la circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale. In particolare, come regola

¹⁹ Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu>.

generale, quando il regolamento n. 2201/2003 utilizza termini identici a quelli di Bruxelles I, deve essere loro attribuito il medesimo significato.

Tanto premesso, chiarito dunque in estrema sintesi l'ambito di applicazione nonché le principali nozioni emergenti dal testo del regolamento n. 2201/2003, va segnalato che molteplici sono le innovazioni che tale regolamento ha introdotto rispetto alla previgente regolamentazione di cui al regolamento n. 1347/2000.

E' pertanto ora necessario offrire una panoramica delle principali novità introdotte dal regolamento n. 2201/2003, rispetto al citato antecedente normativo rappresentato dal regolamento n. 1347/2000.

1.4 Gli aspetti innovativi del regolamento n. 2201/2003 ed i rapporti con il regolamento n. 1347/2000.

Talune interessanti innovazioni il regolamento n. 2201/2003 ha inteso apportare all'assetto normativo fondato sul precedente regolamento "Bruxelles II".

Delle stesse è opportuno fare un cenno nella presente trattazione, onde offrire al lettore una prospettiva di indagine più completa anche nell'ottica della successiva analisi delle questioni interpretative che verranno esaminate.

Giova anzitutto osservare come un'autentica novità nell'attuale panorama normativo sia rintracciabile nella più ampia latitudine applicativa assegnata al concetto di responsabilità genitoriale, che, diversamente dal passato, postula la mera sussistenza di un rapporto genitoriale, a prescindere dal fatto che i minori (del cui affidamento o della cui sottrazione si discuta) siano o meno figli di genitori uniti in matrimonio.

L'evidente ed ingiustificata differenza di trattamento che si era venuta a determinare nell'ambito dei rapporti familiari tra i figli, nati nell'ambito del matrimonio e al di fuori di esso, o nati nell'ambito di altri matrimoni in contrasto con il più generale principio di uguaglianza, come sancito nelle diverse fonti internazionali, nazionali ed europee, e più in particolare con il principio espresso dalla Carta europea dei diritti fondamentali (art. 24)²⁰, nel

²⁰ Cfr., art. 24 par. 2 della Carta che dispone: "In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni

solco tracciato dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo (art. 3 par. 1)²¹, di tutelare l'interesse del minore nell'ambito delle relazioni familiari senza discriminazioni di sorta, ha così determinato l'ampliamento previsto nel regolamento n. 2201/2003, come viene precisato tra l'altro dal quinto considerando del regolamento stesso.

Il V *considerando* del regolamento afferma, a tal proposito, che al fine di garantire parità di condizioni a tutti i minori, il regolamento disciplina tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale. Il regolamento Bruxelles II riguardava la potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi per le questioni strettamente connesse con i procedimenti di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio. Il regolamento Bruxelles II-bis rimuove tali limitazioni, applicandosi ad ogni controversia riguardante la responsabilità dei genitori sui figli, anche se non di entrambi i coniugi e indipendentemente da eventuali connessioni con procedimenti concernenti il vincolo coniugale.

L'ambito del regolamento si estende così a coprire tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, indipendentemente dal fatto che i genitori siano o meno sposati ovvero siano o meno genitori biologici del minore in questione²².

Detta apprezzabile novità rispetto alla precedente regolamentazione, nella misura in cui scinde l'applicabilità delle conferenti norme in materia di responsabilità genitoriale dalla sussistenza o meno di un matrimonio tra i genitori, allarga in definitiva la sfera di protezione giuridica del sistema comunitario alla prole *tout court*, anche in difetto di rapporto coniugale.

Ed invero, va ricordato come la stessa nozione di "responsabilità genitoriale" designi anch'essa un'innovazione rispetto al vecchio sistema improntato sul regolamento Bruxelles II.

private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente".

²¹ Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, Ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'11 giugno 1991, n. 135, S.O. Il testo della Convenzione è disponibile in <http://www.minori.it/Convenzione-onu-1989>.

²² Cfr., S. Tonolo, *La sottrazione cit.*, p. 85, la quale osserva che: "Appare pertanto sicura la riconducibilità alla disciplina ora in esame dei casi di sottrazione dei minori, nati nell'ambito delle unioni civili, ormai riconosciute e e regolate in molti Paesi dell'Unione europea, sia alla luce della «intercambiabilità dei modelli familiari» cui il regolamento pare ispirarsi, sia in ragione della espressa previsione, secondo la quale il «titolare della responsabilità genitoriale» è qualsiasi persona che eserciti la responsabilità familiare su un minore (art. 2 n. 8), nell'ambito della più ampia definizione del nuovo concetto di responsabilità genitoriale".

Aspetto significativo del regolamento n. 2201/2003 è infatti il passaggio dall'istituto della potestà dei genitori a quello, nuovissimo (e pressoché sconosciuto nell'esperienza italiana), della responsabilità genitoriale, che consente di privilegiare l'aspetto degli obblighi dei genitori ed escludendo (almeno apparentemente) che l'adempimento di tali obblighi abbia, quale indispensabile corollario, una posizione di soggezione (nel senso di una limitazione di libertà) dell'altra parte del rapporto, cioè dei figli²³.

Più in profondità, va rammentato a tal proposito che nel nostro ordinamento, ancora oggi, il testo del codice civile usa il termine responsabilità in riferimento non già ai doveri del genitore nascenti dalla sua qualità e dall'esercizio della potestà genitoriale, bensì con specifico riguardo alla situazione obbligatoria risarcitoria derivante dal danno commesso dal figlio. La differenza terminologica non deve essere letta quindi come un mero fattore linguistico. Si tratta, invece, del reale mutamento del concetto alla base della situazione giuridica del genitore. La potestà non va considerata solo in relazione alle situazioni giuridiche attive per le quali il genitore può direttamente intervenire e decidere delle questioni riguardanti la persona e il patrimonio del figlio²⁴. Essa, invece, si carica di un significato obbligatorio, per il quale il genitore è tenuto a comportamenti, atti, obblighi nell'interesse esclusivo del figlio²⁵.

Un altro rilevante profilo d'innovazione va individuato nel fatto che il regolamento n. 2201/2003 non si applica soltanto alle decisioni giudiziarie ma altresì agli accordi conclusi tra le parti nella misura in cui essi siano esecutivi negli Stati membri in cui sono conclusi (art. 46). A tal proposito, il XXII considerando stabilisce che gli atti pubblici e gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro dovrebbero essere equiparati a "decisioni" ai fini dell'applicazione delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione.

²³ M. Finocchiaro, Responsabilità genitoriale: dal 1° marzo va "in soffitta" l'istituto della patria potestà, in Guida al diritto, Diritto comunitario e internazionale, I, 2005.

²⁴ Cfr., sul punto, A. Palazzo, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu e Messineo, Milano, 2007, 579, il quale descrive il passaggio culturale e giuridico dalla potestà alla responsabilità ricordando come, anteriormente all'avvento della Costituzione, della riforma del 1975 e della costante interpretazione adeguatrice della giurisprudenza, la potestà era considerata come «l'insieme dei poteri attribuiti ai genitori, che i più concepiscono come un ufficio di diritto privato con connotazioni pubblicistiche, in cui sono strettamente legate situazioni di diritto e di obbligo. Il soggetto passivo del rapporto, il minore, sarebbe in una situazione di soggezione». Sui mutamenti sociali che hanno influenzato la moderna concezione di potestà come responsabilità, cfr., inoltre, P. Vercellone, *La potestà dei genitori: funzioni e limiti interni*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti, II, *Filiazione*, Milano, 2002, 937, 937 ss.

²⁵ Cfr. G. Grisi, *Potestà e responsabilità*, in M. Gorgone (a cura di), *I modelli familiari tra diritti e servizi*, Napoli, 2005, 139 ss.

Lo scopo è quello di incoraggiare la parti a raggiungere accordi in materia di responsabilità genitoriale, onde risolvere eventuali vertenze sul piano stragiudiziale. In tale ottica, un accordo è riconosciuto ed esecutivo in altri stati membri alle stesse condizioni di una decisione giudiziaria purché esso sia esecutivo nello Stato membro nel quale è concluso, nessun rilievo assumendo il fatto che si tratti di un accordo privato tra le parti o di un accordo concluso dinanzi ad un'autorità.

Lo spazio applicativo del regolamento, dunque, non comprende le sole decisioni emesse da istanze giurisdizionali o da altre autorità, ma include le intese raggiunte dai genitori in esplicazione dell'autonomia privata, autonomia che il regolamento intende incentivare nella prospettiva di una soluzione concordata delle crisi familiari.

Altre importanti novità vanno rintracciate in quel reticolo di norme che il legislatore comunitario detta in tema di competenza giurisdizionale.

Non è il caso di anticipare quanto verrà più avanti osservato in relazione a quello che può indicarsi come il tema della "dinamica della giurisdizione", ossia il mutamento della giurisdizione in ordine alla responsabilità genitoriale che si riallaccia al trasferimento lecito ed illecito di figli minori in luoghi diversi da quelli dove si situava la residenza abituale del minore.

E tuttavia, nell'ottica di delineare in maniera compiuta, anche sul terreno della giurisdizione, l'ampio quadro delle novità varate dal legislatore comunitario, un cenno va dedicato sin da ora al nuovo criterio di giurisdizione contenuto nell'art. 15.

Il regolamento contiene, infatti, quest'importante ed inedita norma che consente, in via eccezionale, all'autorità giudiziaria adita la possibilità di trasferire la causa all'autorità di un altro Stato membro che sia più adatta a trattare il caso. Più in dettaglio, il trasferimento può avere ad oggetto l'intera causa o una sua parte specifica.

Come si vedrà innanzi, ai sensi della norma generale in materia di competenza, la competenza a conoscere la vertenza spetta alle autorità giudiziarie dello Stato membro della residenza abituale del minore alla data in cui sono adite (art. 8). La competenza dunque non si modifica automaticamente nel caso in cui il minore acquisisca la residenza abituale in

un altro Stato membro durante il procedimento. Tuttavia, possono verificarsi circostanze eccezionali in cui l'autorità giudiziaria adita ("l'autorità giudiziaria originaria") non sia quella più adatta a trattare la causa. Come si vedrà più diffusamente nella sede opportuna²⁶, l'art. 15 in tali circostanze prevede che l'autorità giudiziaria originaria possa trasferire la controversia all'autorità giudiziaria di un altro Stato membro purché ciò corrisponda all'interesse superiore del minore.

Nel quadro di una, sia pur sintetica, ricognizione delle principali novità introdotte dal regolamento in esame, una valenza senza dubbio centrale assumono poi le norme dettate in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, in particolare, di quel peculiare tipo di decisioni concernenti il diritto di visita ed il ritorno del minore.

Il regolamento n. 2201/2003 dispone che dette decisioni siano assoggettate ad un regime speciale relativo sia al riconoscimento che all'esecuzione delle stesse.

In linea con il XXIII considerando del regolamento infatti le decisioni in materia di diritto di visita o di ritorno del minore, che siano state certificate nello Stato membro d'origine, conformemente alle disposizioni del regolamento, devono essere riconosciute e sono munite di efficacia esecutiva in tutti gli altri Stati membri senza che sia richiesto alcun altro procedimento. Tali decisioni appaiono destinate di un trattamento speciale che le differenzia dalle altre adottate ai sensi del regolamento.

La particolarità appare duplice perché concerne per un verso il profilo del riconoscimento, che non prevede alcuna procedura intermedia e ripudia altresì strumenti per far valere il "non riconoscimento"; per l'altro, giacché in relazione a tali decisioni viene del tutto soppresso ogni meccanismo di *exequatur*, sicché per il solo fatto di essere adottate e munite di un apposito certificato, tali decisioni possono essere eseguite in ogni Stato membro direttamente. Si tratta insomma di nuovi modelli di titolo esecutivo europeo.

Da ultimo, nel più ampio catalogo delle innovazioni apportate dal regolamento n. 2201/2003 al pregresso assetto ordinamentale non può essere omissivo un sia pur sintetico riferimento al tema del significativo sviluppo impresso, con il regolamento Bruxelles II bis, al diritto della famiglia

²⁶ V., più diffusamente il cap IV del presente lavoro.

in generale ed al diritto dei minori in particolare.

Non è infatti di certo trascurabile il contributo dato dall'Unione europea all'evoluzione del diritto di famiglia, un contributo che, se, da un lato ed in prima battuta, era stato affidato alle direttive sul rispetto della vita privata e sul divieto di discriminazioni²⁷, dall'altro continua ad operare in modo diretto con il fondamentale strumento dei regolamenti comunitari anche nell'ambito del diritto internazionale privato e processuale degli Stati dell'Unione.

Proprio in tale prospettiva si colloca infatti anzitutto il regolamento n. 2201/2003 ma ora anche il nuovo regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio²⁸, per il quale è rimessa ai coniugi la scelta della legge chiamata a regolare la loro crisi coniugale anche se il suo ambito di applicazione appare limitato essenzialmente alle cause che possono condurre alla separazione o al divorzio, mentre ne restano escluse le questioni di maggiore importanza riguardanti, in particolare, i rapporti patrimoniali, le obbligazioni alimentari e di mantenimento e l'esercizio della responsabilità genitoriale²⁹.

In tal prospettiva, può allora affermarsi che il regolamento 2201/2003 si colloca a buon diritto in quel contesto di grande attenzione rivolta dagli organi dell'Unione verso quel cruciale settore del diritto di famiglia che è il diritto minorile³⁰.

Un'ulteriore conferma di questa attenzione è data dalla pubblicazione, avvenuta il 15 febbraio del 2011, di un recentissimo documento elaborato dalla Commissione europea che contiene un ampio e articolato programma avente ad oggetto in modo specifico la promozione e la tutela dei diritti dei minori al dichiarato scopo di fornire loro gli strumenti di cui avranno bisogno per crescere e, come è detto testualmente, «per fare entrare l'Europa nel

²⁷ Cfr. le Direttive n. 86 del 2003 e n. 38 del 2004 riguardanti, rispettivamente, il diritto al ricongiungimento familiare e il diritto dei cittadini dell'Unione di circolare liberamente, nonché alla Direttiva n. 78 del 2000 sulla parità di trattamento e sul divieto di discriminazioni in materia di lavoro.

²⁸ Regolamento (UE) n. 1259/2010 del consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 343/10.

²⁹ Va ricordato che nel marzo di quest'anno la Commissione ha proposto al Consiglio l'adozione di un nuovo Regolamento relativo ai regimi patrimoniali tra i coniugi non soltanto sotto il profilo della legge applicabile, ma anche per quanto riguarda la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate in materia. Sul regolamento n. 1259 del 2010, vedi I. Viarengo, *Il Regolamento EU sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Riv. dir. internaz. privato e processuale*, 2010, n. 4, 1 ss.

³⁰ Per quanto riguarda l'intervento dell'Unione europea in materia di tutela dei diritti dei minori cfr. Novi, *La tutela dei diritti dei minori nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, p. 186 ss.; Stalford, Drywood, *Coming of an age: children's rights in the European Union*, in *Common Market Law Rev.*, 2009, p. 143 ss.; Tonolo, *La sottrazione dei minori al diritto processuale civile europeo: il Regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in *R.D.I.P.P.*, 2011, p. 81 ss.

XXII secolo»³¹.

Si tratta di una dichiarazione d'intenti, riconducibile fra i c.d. atti atipici degli organi comunitari, che preannuncia lo specifico impegno dell'Unione affinché, in futuro, le proprie politiche con ripercussioni, anche soltanto indirette, sui minori siano elaborate, attuate e monitorate nel rispetto del principio dell'interesse superiore del minore sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo³². Numerosi sono i temi fatti oggetto di questo Programma. Per quanto interessa la tutela dei diritti dei minori, la Commissione afferma che la creazione di una giustizia a misura del minore deve diventare un obiettivo fondamentale a cui rivolgere l'azione dell'Unione europea, e questo allo scopo di adeguare all'interesse dei minori i sistemi giudiziari europei. In quest'ottica, viene espressamente previsto che, entro il 2013, sarà modificato il regolamento n. 2201/2003 affinché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale avvengano, nell'interesse dei figli, in tempi rapidi, e ciò anche con lo stabilire una comune disciplina processuale di base.

Ancora, ed è questo un dato molto importante, fra le azioni previste dalla commissione, vi è quella di favorire, da parte degli Stati aderenti, l'impiego delle linee guida elaborate nel novembre del 2010 dal Consiglio d'Europa, e ciò con la loro recezione nei futuri strumenti giuridici chiamati ad operare nel settore della giustizia civile e penale.

Tutto ciò per raggiungere lo scopo, condiviso da entrambe le istituzioni europee, di creare, appunto, una giustizia a misura del minore³³, un obiettivo che assume, soprattutto in questi ultimi tempi, un'importanza crescente, anche se è facile prevedere che la sua concreta attuazione incontrerà non poche difficoltà.

³¹ Si tratta della comunicazione del 15 febbraio 2011 effettuata dalla Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni avente ad oggetto un Programma UE per i diritti dei minori.

³² Vedi l'introduzione alla citata Comunicazione del 15 febbraio 2011.

³³ Cfr., a proposito del concetto di giustizia a misura del minore F. Tommaseo, *Il processo civile familiare e minorile italiano nel complesso dei principi europei*, in *Dir. Famiglia* 2012, 03, 1265.

Capitolo II

IL GIUDIZIO SUL RITORNO DEL MINORE AI SENSI DELL'ART. 11, PARR. 6 E S.S. DEL REGOLAMENTO N. 2201/2003.

2.1 Premessa generale sull'istituto.

L'art. 11, par. 8 del regolamento n. 2201/2003 stabilisce che, nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore.

La disposizione richiamata introduce un nuovo giudizio nel panorama ordinamentale comunitario. Si tratta di un giudizio che la giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana ha denominato "*giudizio di revisione*" della decisione di non ritorno adottata dal giudice del paese presso il quale un minore è stato illecitamente condotto.

Il meccanismo in parola riflette un congegno nuovo che non figurava nei pregressi testi normativi. In particolare, non figurava nel regolamento n. 1347/2000, che pure costituisce l'immediato antecedente normativo del regolamento n. 2201/2003, e non era rintracciabile all'interno della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, la quale, in un'ottica di armonizzazione internazionale, offriva il solo strumento della procedura di ritorno del minore attivabile dal genitore che subiva la sottrazione perpetrata dall'altro genitore.

Il giudizio di riesame innova dunque in duplice misura il pregresso assetto ordinamentale, ponendosi in chiave evolutiva rispetto alla normazione di matrice internazionalistica citata e di perfezionamento rispetto a quella di derivazione comunitaria.

Siffatta duplice innovatività del giudizio di riesame segnala subito un altro

importante aspetto, ossia che tale giudizio si colloca in un settore dell'ordinamento nel quale, più che in altri, sono individuabili punti di intersezione tra testi normativi di diversa derivazione.

Ci si vuol riferire al fatto che la disciplina del giudizio di riesame, compiutamente rintracciabile nel regolamento n. 2201/2003, reca numerosi rinvii alla normativa della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980.

Tale aspetto non sorprende, se si muove dalla constatazione che tale giudizio si colloca in quella parte del regolamento n. 2201/2003 dove sono disciplinate le conseguenze che discendono dalla sottrazione di un minore da parte di uno dei genitori.

Il giudizio di riesame, in tale ottica, riflette uno strumento nuovo mediante il quale è possibile porre rimedio alla illecita situazione determinata dall'evento sottrattivo. Esso, laddove consente di superare il diniego al ritorno pronunciato da un'autorità giurisdizionale e fondato su taluna delle circostanze indicate all'art. 13 della Convenzione dell'Aja, crea un evidente collegamento tra le due fonti normative citate, che, in relazione a tale giudizio delineano un corpo uniforme di norme da sottoporre ad interpretazione con canoni ermeneutici che, a seconda dei casi, possono variare in relazione all'angolo visuale prescelto.

Non è peregrina, infatti, l'ipotesi – peraltro registratasi in giurisprudenza – che l'interpretazione del nuovo giudizio, possa attingere ai criteri interpretativi impiegati dalla giurisprudenza nell'applicazione decennale della Convenzione dell'Aja del 1980. Potrebbe registrarsi anche il caso inverso, e cioè, che la lettura delle nuove norme di cui al regolamento n. 2201/2003 possa offrire nuovi strumenti interpretativi agli enunciati della normativa convenzionale³⁴.

Il segnalato profilo evidenzia dunque l'interessante dato che il giudizio di riesame assume un inquadramento sistematico composito. Esso, infatti, pur inscrivendosi nel panorama normativo del nuovo regolamento in materia di famiglia e, specificamente, nella parte di esso dedicata alla responsabilità genitoriale, si inserisce al contempo – e qui si individua il citato punto di intersezione tra i due corpi di norme – nel quadro della disciplina specifica

³⁴ Cfr., in tal senso Trib. I grado, 28 febbraio 2002 in causa T-395/94, Atlantic container Line AB e a. c. Commissione in Raccolta, 2002, p. II-875 s.s., punto 147, il quale rileva che: *"nelle ipotesi in cui una nozione contenuta in un atto comunitario è ripresa in modo letterale da una Convenzione internazionale, quest'ultima costituisce un importante punto di riferimento per l'interpretazione delle norme comunitarie"*.

del fenomeno sottrattivo, e, dettagliatamente, nel contesto dei rimedi che in area comunitaria vengono apprestati per neutralizzare gli effetti dell'atto sottrattivo posto in essere da uno dei genitori.

Si comprende allora agevolmente – anche senza entrare ancora nel merito dell'istituto – della rilevante importanza che tale strumento assume nell'ottica della risoluzione dei problemi che da anni si legano al pernicioso fenomeno della sottrazione internazionale dei minori.

2.2 Il giudizio sul ritorno alla luce del XVII considerando del regolamento 2201/2003.

Il XVII considerando del regolamento stabilisce che “in caso di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore, si dovrebbe ottenerne immediatamente il ritorno e a tal fine dovrebbe continuare ad essere applicata la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, quale integrata dalle disposizioni del 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 dovrebbe potere essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro. 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”.

Le affermazioni di principio contenute nel citato considerando forniscono una serie di precise indicazioni intorno al giudizio di riesame previsto dall'art. 11, parr. 6 e ss. del regolamento.

Tali indicazioni investono in particolare l'inquadramento del giudizio, l'ambito di applicazione, le finalità dello stesso ed, infine, talune peculiarità della decisione adottata all'esito dello stesso.

Il richiamo al considerando fornisce un significativo ausilio, là dove traccia una sorta di schema idoneo ad illustrare, per quanto in via preliminare e

generica, la fisionomia del giudizio di riesame.

Al tal fine, è opportuno muovere da qualche considerazione in ordine all'inquadramento di tale giudizio.

A tal proposito è fin troppo scontato osservare che l'impiego del giudizio in parola presuppone che si sia verificato un episodio di sottrazione intracomunitaria di minori.

Il giudizio configura infatti un meccanismo procedurale adoperabile per fronteggiare il pernicioso e sempre più diffuso fenomeno della sottrazione internazionale dei minori³⁵.

Sempre in chiave d'inquadramento generale, occorre evidenziare – come peraltro già anticipato – che la normativa conferente in tema di sottrazione va rintracciata nella Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori³⁶.

Si tratta di uno strumento normativo di grande successo, ratificato da un numero consistente di Stati, rispetto alla quale esistono una nutrita bibliografia ed una giurisprudenza ormai molto estesa. L'esperienza applicativa di tale Convenzione dimostra come da una prima fase in cui il

³⁵ La sottrazione internazionale dei minori designa un fenomeno che si è cospicuamente intensificato per molteplici ragioni. Il motivo principale va rintracciato nel progressivo mutamento che ha interessato le società dei paesi coinvolti: l'intreccio tra culture diverse, la multiethnicità, nonché l'aumento dei movimenti migratori hanno favorito matrimoni ed unioni *more uxorio* di soggetti di diversa nazionalità. A ciò si è accompagnata in linea diffusa una crisi crescente delle compagini familiari derivata essenzialmente dal sempre più frequente sgretolarsi della comunione affettiva e spirituale tra i soggetti esercenti la potestà parentale, con conseguente scioglimento della convivenza dei genitori ed allontanamento di uno di essi dal luogo dove la vita familiare si svolgeva con i figli. Al dissolversi della comunanza di affetti tra i genitori di diversa nazionalità ne consegue sovente il trasferimento di uno di essi, unitamente ai figli, in altri paesi (di solito, quello di origine del genitore che si trasferisce), in spregio all'assetto giuridico delle relazioni inerenti alla esplicazione della responsabilità parentale. Tutto ciò ha predisposto l'*humus* culturale e sociale per un incremento notevole del fenomeno del *kidnapping* transnazionale dei figli minori da parte di uno dei genitori, a danno dell'altro. La giurisprudenza interna, non soltanto di legittimità, si è progressivamente stratificata sul tema dianzi citato, contribuendo a fornire importanti chiavi di lettura di istituti ormai entrati a far parte dell'ordinario bagaglio culturale degli operatori giuridici a vario titolo chiamati a fronteggiare la spinosa problematica delle sottrazioni illecite di minori. Il panorama giurisprudenziale, in altre parole, *in subiecta materia* ha assunto gradualmente i connotati dello *ius receptum*, atteso il più che decennale approdo degli strumenti normativi internazionali presso le aule di giustizia italiane.

In ordine alle ragioni che alimentano il fenomeno si veda Carella, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della protezione internazionale di minori*, in RDIPP, 1994, 777 ss.

³⁶ Sulla sottrazione internazionale dei minori la bibliografia è ormai sterminata: si veda tuttavia, tra i contributi più recenti, 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, 81 ss.; Pesce, *Sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea: il coordinamento tra il regolamento (CE) n. 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja del 1980*, in Cuadernos de Derecho Transnacional, III, 2011, 234, ss.; Distefano, *Conv. dell'Aja del 25.10.1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2011, 3141 ss.; Queirolo, *La sottrazione internazionale di minori: pluralità di fonti e difficoltà nell'applicazione di esse*, in AA.VV. *Le controversie in materia di filiazione*, Milano, 2010, 191 ss.; De Marzo, De Santi, *Minori oltre confine. Sottrazione e protezione dei minori nel diritto internazionale*, Ipsoa-Wolters Kluwer, 2009, 223 ss.; Id., *La sottrazione ed il trattenimento di minore all'estero*, in Foro It., 2009, V, 429; Liuzzi, *Sottrazione internazionale di minori e questioni processuali: ancora in tema di ascolto e di residenza del minore*, in Fam. e dir., 2008, 888; Longo, *Brevi riflessioni in tema di sottrazione internazionale di minori*, in Rass. giur. umbra, 2008, 3; Pazè, *Le garanzie processuali nel procedimento civile per la sottrazione internazionale di minori*, in Nuova giur. civ., 2008, I, 381; Corbetta, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 715; Zanobetti, *Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, II, Milano, 2007, 4268 ss.; Cannone, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari 2000, 223 ss.; Sacchetti, *Le Convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980. Confronto e problematiche giuridiche*, in Dir. fam., 1997, II, 1497; Salzano, *La sottrazione internazionale dei minori*, Milano 1995, 47 ss., 73 ss.; De Marzo, *Sottrazione internazionale di minori e convenzioni applicabili*, in *Famiglia e Diritto*, 1998, 529 ss.; Carella, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori*, in *Famiglia e Diritto*, 1994, 777 ss.

genitore che sottraeva la prole era soprattutto il padre non affidatario, si sia giunti oggi ad una situazione in cui, per la grande maggioranza, gli *abductors* sono genitori affidatari, spesso le madri³⁷.

Gli obiettivi della Convenzione, come il suo art. 1 mette in chiaro, sono assicurare l'immediato rientro dei minori infra-sedicenni (art. 4) illecitamente trasferiti o trattenuti in qualsiasi Stato contraente, nonché assicurare che i diritti di affidamento e di visita previsti in uno Stato contraente siano effettivamente rispettati negli altri Stati contraenti³⁸.

Tale Convenzione, come noto – in un'ottica di cooperazione internazionale – ha introdotto sul tema norme uniformi di diritto internazionale privato ed ha inoltre varato un apposito procedimento mediante il quale il genitore che patisce la sottrazione del figlio minore compiuta dall'altro genitore può rivolgersi direttamente alle autorità giurisdizionali dello Stato dove il minore è stato condotto (lo Stato membro richiesto) per conseguire una pronuncia di ritorno del minore³⁹.

Sul piano processuale il meccanismo creato dalla Convenzione, mirando a ricostituire lo *status quo* esistente prima della sottrazione o del mancato rientro del minore, implica l'utilizzo di un procedimento a carattere *lato sensu* cautelare, improntato a garantire l'urgenza della decisione, una sorta di rimedio "possessorio" in materia minorile a cognizione sommaria, da definirsi, tendenzialmente, nell'arco di poche settimane, come si desume dal combinato disposto degli artt. 10 e 11⁴⁰.

³⁷Cfr. L. Silberman, *The Hague Convention on child abduction and unilateral relocation by custodial parents: a perspective from the United States and Europe* – Abbott, Neulinger, Zarraga, in 63 *Okl. law rev.*, 2011, p. 736: "The reasons for these abductions are varied, ranging from situation where the woman is trying to escape from domestic violence to situations where the woman, often living abroad, desires to return to her home country where she will have family and a greater support network". Il dato è confermato dall'esperienza dell'Autorità centrale italiana, alla quale si rivolgono, in ampia maggioranza, padri (oltre l'80%) che chiedono di fare rientrare minori illegittimamente portati all'estero dalle madri.

³⁸ Il sistema operativo della Convenzione si poggia sulle c.d. Autorità Centrali (art. 6), che, in ogni Stato contraente, sono incaricate di adempiere agli obblighi imposti dalla Convenzione e che collaborano tra loro per garantirne l'attuazione. Per l'Italia, il ruolo di Autorità centrale è svolto dal Dipartimento per la Giustizia minorile, al cui interno è stato creato l'Ufficio delle Autorità Centrali convenzionali. I compiti delle Autorità Centrali sono elencati dall'art. 7 e tra essi si possono menzionare la localizzazione di un minore illecitamente trasferito o trattenuto; lo sforzo di assicurare la consegna volontaria, o agevolare una composizione amichevole; lo scambio di informazioni relative alla situazione sociale del minore; l'avvio delle procedure giudiziarie o amministrative, dirette ad ottenere il rientro del minore e, se del caso, consentire l'organizzazione o l'esercizio effettivo del diritto da visita; organizzare la predisposizione, a livello amministrativo, delle necessarie misure per assicurare, qualora richiesto dalle circostanze, il rientro del minore in condizioni di sicurezza. L'intervento di tali Autorità consente inoltre di garantire la gratuità del procedimento per la parte "vittima" della sottrazione.

³⁹ In effetti, in caso di istanza proposta entro un anno dalla sottrazione, l'autorità giudiziaria, come regola generale, deve disporre l'immediato rientro del minore. E anche dopo la scadenza di tale termine, il ritorno va di regola ordinato, a meno che non sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente (art. 12).

⁴⁰ Per quanto riguarda l'avvio del procedimento, la Convenzione prevede, all'art. 8, che ogni persona, istituzione od ente, che adduca che un minore è stato trasferito o trattenuto in violazione di un diritto di affidamento, possa rivolgersi sia all'Autorità centrale della residenza abituale del minore, sia a quella di ogni altro Stato contraente, al fine di ottenere assistenza per assicurare il ritorno del minore.

La norma elenca anche i relativi requisiti formali della domanda.

L'Autorità centrale che riceve una domanda la trasmette all'Autorità centrale dello Stato contraente in cui si ritiene che si trovi il minore, dando notizia di ciò all'Autorità centrale richiedente, o, se del caso, al richiedente (art. 9).

La disciplina di tale procedimento è contenuta nell'art. 12⁴¹ della Convenzione dell'Aja.

L'art. 13 elenca le eccezioni al ritorno del minore, ovvero, talune circostanze in presenza delle quali il giudice adito può rigettare la richiesta di ritorno avanzata dal genitore che ha subito la sottrazione, negando così il ritorno del minore presso lo Stato dove quest'ultimo risiedeva in precedenza (lo Stato membro d'origine).

Il giudizio di riesame introdotto dal regolamento 2201/2003 postula la richiamata normativa convenzionale⁴², innestandosi sulla stessa e provvedendo altresì ad integrarla⁴³.

Per quanto attiene poi all'ambito di applicazione del giudizio di riesame, può dirsi fin da subito, salvo ritornarvi in seguito, che lo stesso per *tabulas* comprende solo quelle ipotesi nelle quali il provvedimento che nega il ritorno del minore emesso dallo Stato membro richiesto si fonda sull'art. 13 della

In Italia, la disciplina procedimentale della Convenzione è integrata da quella della legge di ratifica n. 64 del 1994 che prevede, in particolare, all'art. 7, che le richieste tendenti ad ottenere il ritorno del minore presso l'affidatario al quale è Stato sottratto, o a ristabilire l'esercizio effettivo del diritto di visita, sono presentate per il tramite dell'Autorità centrale. Quest'ultima, premessi se del caso i necessari accertamenti, trasmette senza indugio gli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni del luogo in cui si trova il minore il quale, a sua volta, richiede con ricorso in via d'urgenza al Tribunale l'ordine di restituzione o il ripristino del diritto di visita.

Il Presidente del Tribunale per i minorenni, assunte se del caso sommarie informazioni, fissa con decreto l'udienza in camera di consiglio, dandone comunicazione all'autorità centrale. Il Tribunale decide con decreto entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta di cui al comma 1, sentiti la persona presso cui si trova il minore, il pubblico ministero, e, se del caso, il minore medesimo. A rigore, poiché l'azione è promossa dal p.m., le parti del procedimento sono quest'ultimo e il genitore che ha portato il minore all'estero o che si oppone a un regolare esercizio del diritto di visita dell'altro. La persona che ha presentato la richiesta è comunque informata della data dell'udienza a cura dell'Autorità centrale e può comparire a sue spese e chiedere di essere sentita.

Il Tribunale decide con decreto, di cui si prevede l'immediata esecutività. Contro tale provvedimento può essere proposto ricorso per cassazione, ma la presentazione del ricorso non sospende l'esecuzione del decreto. In una materia come questa, d'altro canto, i margini per proporre un'impugnazione di legittimità non sembrano particolarmente ampi.

Rispetto all'esecuzione del decreto, si prevede l'iniziativa del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, il quale potrà avvalersi anche dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia. Il p. m. deve dare immediatamente avviso all'autorità centrale dell'esecuzione da lui intrapresa.

In alternativa a quanto precede, resta salva la facoltà per l'interessato (ovvero il genitore che ha subito la sottrazione del minore) di adire direttamente le competenti autorità giudiziarie, a norma dell'articolo 29 della Convenzione.

⁴¹ Si riporta per comodità l'art. 12.

Qualora un minore sia stato illecitamente trasferito o trattenuto ai sensi dell'articolo 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore, fino alla presentazione dell'istanza presso l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato. L'Autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente. Se l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto ha motivo di ritenere che il minore è stato condotto in un altro Stato, essa può spendere la procedura o respingere la domanda di ritorno del minore.

⁴² Il coordinamento tra le norme della Convenzione del 1980 e quelle del regolamento del 2003 in materia di *abduction* è di notevole interesse. In effetti, in base all'art. 59 del regolamento n. 2201/2003, quest'ultimo si sostituisce a tutte le normative convenzionali già in vigore tra gli Stati membri prima della sua entrata in vigore.

Inoltre, ai sensi dell'art. 60, nei rapporti tra gli Stati che ne sono parte, il regolamento prevale anche su alcune importanti convenzioni multilaterali, nella misura in cui queste riguardino materie da esso disciplinate: tra tali convenzioni, in particolare, troviamo appunto quella dell'Aia del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori.

In realtà, come bene si desume anche dall'art. 62, il regolamento non aspira a sostituirsi alla Convenzione del 1980, ma, semmai, ad integrarsi ad essa, dando alla sottrazione di minori tra Stati membri dell'Unione soluzioni meglio rispondenti ai principi ispiratori dello spazio europeo di giustizia, in particolare quelli della fiducia reciproca tra gli Stati membri e dell'equivalenza tra l'attività giudiziaria svolta dalle giurisdizioni nazionali.

⁴³ Cfr., M. A. Lupoi, *Gli aspetti cit.*, il quale osserva che in materia di sottrazione internazionale di minori, il legislatore europeo ha chiaramente adottato come modello di riferimento la Convenzione dell'Aja del 1980, alla cui "terminologia" ha voluto adattarsi. In relazione ad alcune nozioni ivi utilizzate, infatti, il legislatore europeo ha adottato definizioni che, nella sostanza, ricalcano quelle già previste nella precedente Convenzione.

Convenzione dell'Aja. Così, se il giudice dello Stato membro richiesto, applicando l'art. 13 della Convenzione, rigetta un'istanza di ritorno formulata ai sensi dell'art. 12 della stessa Convenzione, un altro giudice dello Stato membro d'origine può rivedere la prima decisione all'esito di un giudizio di riesame.

Il citato considerando chiarisce bene quale sia il significato della locuzione: "rivedere la prima decisione", enucleando così anche la finalità del giudizio in parola. Il considerando infatti – dopo aver chiarito l'aspetto che i giudici dello Stato membro richiesto dovrebbero avere la possibilità di opporsi al rientro del minore – afferma che, tuttavia, una simile decisione dovrebbe poter essere "sostituita" da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato ritorno.

Sul tema però si tornerà in maniera più approfondita *infra*.

Il citato considerando descrive con estrema chiarezza anche le caratteristiche che, come riferito, marcano la decisione cui mette capo il giudizio di riesame. Esso afferma che 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.

La decisione emessa dal giudice dello stato membro d'origine come si vedrà *funditus* più avanti gode infatti di un regime esecutivo del tutto particolare. Il legislatore comunitario agli artt. 41 (per il diritto di visita) e 42 (per la pronuncia sul ritorno del minore) ha introdotto due nuove ipotesi di "titolo esecutivo europeo" che si aggiungono a quelle già contemplate dall'ordinamento, sicché tali pronunzie – a differenza delle altre in tema di responsabilità genitoriale – non necessitano di procedure intermedie per l'*exequatur* e sono come tali immediatamente eseguibili su tutto il territorio dell'Unione europea.

Le considerazioni dianzi formulate consentono sin d'ora di affermare che il giudizio di riesame designa in estrema sintesi un meccanismo procedurale che abilita i giudici dello stato d'origine del minore a sostituire la decisione di non ritorno adottata dal giudice dello Stato membro richiesto⁴⁴.

⁴⁴ Cfr., M. A. Lupoi, *Gli aspetti, cit.*, il quale osserva che il regolamento n. 2201, dunque, "supera" la Convenzione, mirando a prevenire

Tale meccanismo, dunque, pone il giudice della residenza abituale del minore nella condizione di avere l'ultima parola sul tema della collocazione spaziale del minore stesso, in omaggio alla centralità del criterio della residenza abituale che assume nel regolamento n. 2201/2003 un'importanza non trascurabile, non soltanto quale criterio per stabilire il foro competente ma altresì come elemento che al contempo esprime anche la *ratio* del giudizio in parola.

2.3 La disciplina del giudizio sul ritorno prevista dall'articolo 11 del regolamento n. 2201/2003: i due giudizi previsti dalla disposizione comunitaria.

Dopo aver fornito un rapido sguardo ai profili generali del giudizio di riesame è necessario ora guardare più da presso la regolamentazione che l'art. 11 del regolamento n. 2201/2003 offre di tale giudizio.

All'uopo, vale innanzitutto la pena di osservare come l'art. 11 del regolamento n. 2201/2003 contenga - a ben guardare - un duplice contenuto.

In detta norma troviamo la disciplina dettagliata di due distinti procedimenti, ossia, da un lato il "giudizio di ritorno" che si celebra dinanzi al giudice dello Stato presso il quale il minore è stato condotto (il c.d. Stato richiesto)⁴⁵; dall'altro, quello che la Corte di Cassazione italiana ha specificamente denominato "giudizio di riesame" che, invece, si svolge innanzi all'autorità giudiziaria dello Stato dove si situa la residenza abituale del minore (il c.d. Stato d'origine).

E' opportuno qui illustrare la disciplina che l'art. 11 del regolamento prevede per ciascuno di tali due distinti segmenti procedurali.

Muovendo dal primo giudizio, azionato quasi sempre dal genitore che ha subito la sottrazione illecita o il mancato ritorno del minore - qualora quest'ultimo fosse già lontano dalla propria residenza abituale per un lasso di tempo limitato - occorre premettere che la disciplina dello stesso è contemplata dalla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione

ed escludere conflitti tra le decisioni emesse nello Stato di partenza ed in quello di arrivo e, a tal fine, attribuisce prevalenza esclusiva ai provvedimenti sul rientro del minore emessi nel primo Stato ed esclude che le corti dello Stato in cui si trova il minore possano neutralizzare tali provvedimenti, con proprie decisioni di segno contrario.

⁴⁵ In alternativa, Stato del trasferimento.

internazionale dei minori, così come integrata dal regolamento n. 2201/2003. In pratica, mentre il “secondo giudizio”, ossia, il giudizio di riesame risulta totalmente disciplinato dalla fonte comunitaria, il “primo” è invece regolato da un intreccio normativo tra la Convenzione dell’Aja ed il regolamento n. 2201/2003.

Del primo giudizio si occupano i primi cinque paragrafi dell’art. 11 del regolamento e gli artt. 12 e 13 della Convenzione dell’Aja.

Il primo paragrafo dell’art. 11 del regolamento contiene la disposizione di raccordo tra la fonte convenzionale e quella comunitaria. Detta norma stabilisce - in modo anche pleonastico - che quando una persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento adisce le autorità competenti di uno Stato membro affinché emanino un provvedimento in base all’art. 12 della Convenzione dell’Aja per ottenere il ritorno di un minore che sia stato illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato membro diverso da quello nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell’illecito trasferimento o mancato ritorno, si applicano le norme dell’art. 11 del regolamento e si instaurano i giudizi in esse disciplinati.

V’è un primo aspetto da evidenziare sul punto.

Perché trovi applicazione l’articolo in commento occorre, anzitutto, che si materializzi il trasferimento illecito del minore, ossia, un episodio sottrattivo che appaia in contrasto con le regole che presiedono all’affidamento dei minori.

Sul punto va richiamato l’art. 2, par. 11 del regolamento a mente del quale il trasferimento o il mancato ritorno del minore deve considerarsi illecito quando ricorrono due condizioni, e cioè, da un lato che il trasferimento o il mancato ritorno avvengano in violazione dei diritti d’affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione di uno Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza prima del fatto sottrattivo; e, dall’altro, che il diritto d’affidamento fosse effettivamente esercitato dal titolare.

Un evento sottrattivo si palesa illecito quando avvenga in violazione dei diritti di affidamento riconosciuti ad un genitore dalla legge dello Stato membro ove il minore risiedeva abitualmente prima della sottrazione.

La norma citata chiarisce peraltro che l'affidamento potrebbe essere anche esercitato congiuntamente da entrambi i genitori, intendendosi per affidamento congiunto il regime giuridico caratterizzato dal fatto che uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può (conformemente ad una decisione o al diritto nazionale) decidere il luogo di residenza abituale del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale. Ne consegue che le norme in commento non soccorrono qualora il trasferimento sia lecito: in tal evenienza non ricorre un episodio di sottrazione di minori, di guisa che soccorrerà la diversa disposizione di cui all'art. 9 del regolamento chiamata a disciplinare le conseguenze che derivano, sul piano della giurisdizione, dal lecito trasferimento di un minore in un altro Stato membro⁴⁶. Altro importante aspetto da considerare nell'applicazione del giudizio di ritorno è che la normativa comunitaria trova applicazione solo se l'episodio sottrattivo avvenga nello spazio comunitario.

Occorre dunque che la sottrazione si consumi entro i confini dell'Unione europea e coinvolga Stati membri della stessa. In caso contrario, non troveranno applicazione le norme contenute nei primi cinque paragrafi dell'art. 11 del regolamento n. 2201/2003, ma, esclusivamente, la normativa convenzionale. A tal proposito, dovrà pertanto porsi mente agli artt. 59 e s.s. del regolamento dove sono previste disposizioni specifiche in relazione a taluni Stati membri dell'Unione ed ai diversi sistemi normativi ivi contemplati. Chiariti i succitati aspetti preliminari, è necessario analizzare la concreta disciplina del giudizio di ritorno.

Si è detto in precedenza che tale giudizio si instaura dinanzi al giudice dello Stato membro del trasferimento. Quando il genitore che ha subito la sottrazione presenta una domanda di rientro, l'autorità giudiziaria competente vanta due alternative opzioni decisorie: accordare il rientro del minore, ovvero negarlo. Va osservato che delle due segnalate alternative il regolamento sembra prediligere l'opzione del ritorno del minore presso la propria residenza abituale. In tal senso dunque può ritenersi che la normativa in commento abbia introdotto un autentico *favor* per il ritorno del minore presso i luoghi della residenza originaria.

Tuttavia, e qui vale la pena di richiamare quanto afferma il citato XVII

⁴⁶ Diffusamente su tale disposizione infra, Cap III del presente lavoro.

considerando: “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”.

L'opzione del ritorno è dunque da preferire, salvo che sussistano le condizioni normative che consentano ai giudici interpellati di opporsi al rientro del minore. I casi cui allude il considerando in parola sono quelli indicati ai paragrafi 2, 4 e 6 dell'art. 11 del regolamento, dove un chiaro rinvio (art. 11, comma 6) è alle situazioni enunciate dall'art. 13, della Convenzione dell'Aja. La Convenzione, all'art. 13, prevede che l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto possa negare il ritorno del minore qualora la persona, istituzione o ente che si oppone al ritorno, dimostri: a) che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno; o b) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, ai pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile; ovvero c) se si accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere.

Solo in presenza di tali qualificate situazioni di pericolo per il minore il giudizio di ritorno ai sensi dell'art. 12, Convenzione dell'Aja e art. 11, parr. da 1 a 5 del regolamento può concludersi con esito negativo.

Sull'eventuale diniego al ritorno del minore, il giudice dello Stato in cui il minore è stato portato si pronuncia nell'ambito di un procedimento sommario ed improntato all'urgenza. Quanto all'Italia, la suprema Corte esclude che il giudice adito sia obbligato a disporre una consulenza tecnica o a chiedere informazioni all'Autorità centrale o ad altra autorità dello Stato di residenza del minore. Il giudice è tenuto a considerare le informazioni eventualmente fornite da tali Autorità senza peraltro attribuire loro un valore peculiare o addirittura peggiore rispetto alle prove raccolte nel procedimento diretto ad accertare la sussistenza delle condizioni per l'emanazione dell'ordine di rientro⁴⁷.

Si è pure affermato che, in questo ambito, il giudice possa decidere sulla

⁴⁷ Cass., 27 luglio 2007, n. 16753.

base di semplici “informazioni”, senza che sia necessario il ricorso alle fonti di prova disciplinate nel codice di rito⁴⁸.

Il regolamento n. 2201/2003, peraltro, al fine di limitare la portata di tali eccezioni all’ordine di rientro ha introdotto - all’art. 11, par. 4 - talune restrizioni alla latitudine applicativa dell’art. 13, par. 1, lett b) della Convenzione dell’Aja, stabilendo che il giudice dello Stato membro richiesto non può rifiutare di ordinare il ritorno di un minore, in base all’art. 13, lettera b), citato qualora si dimostri che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno⁴⁹. Il principio ricavabile da questa nuova norma, integrante sul punto la disciplina convenzionale, è che va sempre disposto il ritorno del minore se quest’ultimo può essere adeguatamente protetto nello Stato membro d’origine.

Si tratta, a tal proposito, di comprendere quale valutazione il giudice investito sia chiamato ad effettuare. Sul tema vale la pena di anticipare che pare preferibile un approccio concreto.

Non è sufficiente allora che nello Stato membro d’origine esistano in astratto procedure per la protezione del minore, ma occorre accertare in concreto che presso quello Stato siano state adottate misure idonee a proteggere il minore.

Appare evidente che valutazioni di tal tipo difficilmente possano essere compiute dal giudice dello Stato membro richiesto, atteso che occorrerebbero all’uopo dettagliate informazioni sulle circostanze di fatto inerenti alla situazione in essere presso lo Stato membro d’origine. E tuttavia, tali manifeste difficoltà applicative potrebbero essere neutralizzate mediante un accorto impiego della cooperazione assicurata dalle autorità centrali. L’assistenza di queste ultime allo Stato membro d’origine appare infatti di vitale importanza per stabilire se misure di protezione siano state o meno adottate in quel paese e se esse garantiscano in modo adeguato la protezione del minore al suo ritorno⁵⁰.

Procedendo con l’analisi della disciplina del giudizio in parola, va rilevato che il regolamento prevede anzitutto una norma (art. 11, par. 3) sui tempi del

⁴⁸ Cass., 5 ottobre 2011, n. 20365.

⁴⁹ Sull’operatività di tale innovativa disposizione v. infra.

⁵⁰ Sul punto si ritornerà in maniera più approfondita v. infra.

giudizio. Segnatamente, la disposizione prescrive che il giudice cui è stata presentata la domanda per il ritorno del minore procede al solerte trattamento della domanda stessa, utilizzando le procedure più rapide previste dalla legislazione nazionale. La disposizione prosegue, nella seconda alinea, stabilendo che il giudice, salvo il caso in cui circostanze eccezionali non lo permettano, emana il provvedimento al più tardi sei settimane dopo aver ricevuto la domanda.

Anche con riferimento ai tempi del giudizio di ritorno v'è una stretta connessione tra le norme del regolamento e la disciplina contenuta nella Convenzione dell'Aja del 1980.

All'art. 11, par. 3 del regolamento fa da *pendant* l'art. 11 della Convenzione dell'Aja, a mente del quale le autorità giudiziarie o amministrative di ogni Stato contraente devono procedere d'urgenza per quanto riguarda il ritorno del minore.

In particolare, anche qui è previsto un termine di sei settimane dalla data d'inizio del procedimento, termine il cui vano decorso – ai sensi della Convenzione – comporta che il giudice procedente sia chiamato a rispondere del ritardo.

La norma tuttavia, pur nell'apprezzabile intento acceleratorio perseguito, non chiarisce se la decisione che ordina il ritorno del minore da emanarsi nel termine di sei settimane debba essere anche esecutiva nello stesso termine. Va peraltro aggiunto che il suddetto termine deve ritenersi perentorio, pena la vanificazione dell'urgenza che il legislatore comunitario ha inteso imprimere al giudizio.

In ordine al citato profilo della esecutività entro il termine menzionato, può sostenersi che questa è la sola interpretazione che garantisce effettivamente l'obiettivo di assicurare l'immediato rientro del minore entro il termine perentorio. Tale scopo potrebbe invece essere indebolito qualora il diritto nazionale prevedesse la possibilità di appello nei confronti dell'ordine di ritorno e contemporaneamente affermasse la possibilità di sospendere l'esecutività di tale decisione, senza porre alcun termine per lo svolgimento del procedimento d'appello. La soluzione preferibile sarebbe quella di ritenere che l'ordine di ritorno, da emanarsi nel termine perentorio di sei

settimane, sia munito di esecutività.

Di fronte a tali esigenze di natura pratica, diverse possono essere le soluzioni procedurali praticabili dai singoli Stati membri, tenuto conto che le concrete scelte di procedura sono appannaggio dei singoli ordinamenti interni.

Astrattamente, il diritto nazionale potrebbe ad esempio precludere la possibilità di appello contro la decisione che implica il ritorno del minore; ovvero, potrebbe consentire la possibilità di appello ma al contempo assicurare che la decisione che implica il ritorno del minore sia esecutiva anche in pendenza dell'appello. In ultima ipotesi, qualora il diritto nazionale riconoscesse l'appellabilità dell'ordine di ritorno ed al contempo la possibilità di sospendere l'esecutività della decisione pendente l'appello, risulterebbe opportuna la istituzione di procedure volte a garantire un rapido svolgimento dell'appello, nonché il rispetto del termine di sei settimane.

Altro problema procedurale di pertinenza dei singoli ordinamenti riguarda specificamente i provvedimenti che impediscono il ritorno.

Per tali provvedimenti v'è il concreto rischio che si producano procedimenti paralleli e conseguenti decisioni contraddittorie. Una situazione simile può sorgere quando una parte appella una decisione che nega il ritorno, emessa prima della scadenza del termine di sei settimane e, nel contempo, richiede al giudice dello Stato membro d'origine di riesaminare il caso. In tale evenienza andrebbero forse privilegiate soluzioni atte a consentire un razionale coordinamento tra gli strumenti di gravame propri dell'ordinamento interno ed il giudizio di riesame ex art. 11, parr. 6 e ss. del regolamento.

I parr. 2 e 5 dell'art. 11 del regolamento recano altre disposizioni di ordine procedurale.

Le citate norme concernono rispettivamente l'audizione del minore e della persona che ha richiesto il ritorno dello stesso.

La prima delle menzionate disposizioni stabilisce che nel giudizio di ritorno del minore si assicurerà che quest'ultimo possa essere ascoltato durante il procedimento, salvo che ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità. Anche in questo caso il regolamento ribadisce quanto già previsto *in nuce* dalla stessa Convenzione dell'Aja, dove all'art. 13, par. 2 è stabilito che il giudice non è obbligato ad ordinare il ritorno del

minore se questi è contrario ed ha raggiunto un certo grado di maturità. Resta dunque immutato nella nuova regolamentazione la valutazione – prodromica rispetto all’audizione del minore – che venga accertata la maturità di quest’ultimo, in difetto della quale nessun rilievo assume l’avviso manifestato dal minore stesso.

Va peraltro segnalato che oggi il principio che il minore debba essere sentito nei procedimenti che lo riguardano è entrato a pieno titolo nel diritto processuale degli Stati membri. Il legislatore europeo ha comunque voluto introdurre una regola uniforme, da applicare e rispettare se del caso in integrazione (o anche contro) le disposizioni nazionali in materia.

In Italia, come ben noto, da tempo si è affermata la necessità di tale ascolto come condizione di validità del procedimento riguardante il minore, e non è questa la sede per entrare nei dettagli. Va soltanto segnalato che nell’ambito del procedimento per il mancato illecito rientro nella originaria residenza abituale, la Cassazione ha rilevato che l’audizione del minore non è imposta per legge, in ragione del carattere urgente e meramente ripristinatorio della situazione di tale procedura. Tuttavia, anche alla luce dell’art. 11 qui in esame, ha aggiunto che pure nel procedimento in questione l’audizione del minore è in via generale necessaria, onde potere valutare, ai sensi dell’art. 13, comma 2 della Convenzione, l’eventuale opposizione del minore al ritorno⁵¹.

La Suprema Corte ha, peraltro, precisato che, anche in questo ambito, l’ascolto del minore può essere escluso, oltre che da una valutazione di non idoneità della prole a renderla (per età o stati psichici particolari), anche qualora essa possa recare danni gravi alla serenità del destinatario⁵².

Questo approccio appare compatibile con il testo dell’art. 11 che, invero, non si esprime in termini di “doverosità” dell’ascolto da parte del giudice quanto di “possibilità” per il minore di fare sentire la propria voce: formulazione che porta alcuni interpreti a dubitare che la Corte debba, di propria iniziativa, interpellare il minore per verificare se questi voglia essere ascoltato⁵³.

La Cassazione⁵⁴ ha pure specificato che il minore, prima di essere ascoltato,

⁵¹ Cass., 19 maggio 2010, n. 12293, in *R. d. int. pr. proc.*, 2011, p. 225.

⁵² Cass., 27 luglio 2007, n. 16753, cit.; Cass., 19 maggio 2010, n. 12293, cit.

⁵³ Pataut, *Commento all’art. 11*, cit., p. 133.

⁵⁴ Cass., 27 luglio 2007, n. 16753.

deve ricevere ogni informazione pertinente al caso, in modo da consentirgli di meglio comprendere i termini della vicenda in cui è coinvolto e che l'esito del colloquio consente al giudicato di valutare direttamente se sussista o meno il 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. Le dichiarazioni e le risposte del minore, anche in questo ambito, non sono vincolanti per il giudice, che delle stesse può non tenere conto, dandone adeguata motivazione.

Ad ogni modo la suprema Corte, sia pure non specificamente in relazione al giudizio di riesame ha statuito, in una pronuncia che verrà esaminata *infra*, in relazione alla tematica della giurisdizione, che la violazione del diritto del minore ad essere ascoltato da luogo ad una violazione del contraddittorio e, correlativamente, alla nullità della sentenza⁵⁵.

Sempre in questa prospettiva va peraltro ricordato come il nostro legislatore si sia posto nell'ottica di dare ulteriore attuazione alla regola convenzionale sul diritto all'ascolto del minore. E' quanto dispone il disegno di legge d'iniziativa governativa, approvato dalla Camera nella precedente legislatura che reca disposizioni in materia di filiazione e, introducendo nel codice civile il nuovo art. 315 *bis*, stabilisce espressamente che il figlio minore di dodici anni, e anche di età inferiore se capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano (S. n. 2805).

Tornando all'art. 11, il par. 5 statuisce invece che l'autorità giurisdizionale che si occupa della vicenda sottrattiva non può rifiutare il ritorno del minore se la persona che lo ha chiesto non ha avuto la possibilità di essere ascoltata. Dunque, il regolamento incentiva l'audizione dei protagonisti della vicenda sottrattiva, e cioè, tanto del minore, il cui interesse rappresenta il cuore pulsante dell'intera disciplina di matrice comunitaria, quanto del genitore che ha patito l'evento sottrattivo. Quest'ultimo va necessariamente ascoltato nel giudizio sul ritorno del minore, tale adempimento procedurale assumendo una cruciale importanza in vista della decisione del giudice dello Stato membro richiesto, il quale in difetto di audizione non potrà adottare una decisione di non ritorno.

⁵⁵ Cass., sez. un., 21 ottobre 2009 n. 22238, in *Fam. dir.*, 2010, 364 ss., con nota di A. Graziosi, *Ebbene sì: il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*.

Tanto premesso sulla centralità di tali audizioni nel contesto normativo di riferimento, va registrato che sussistono taluni problemi pratici di gestione delle audizioni nella cornice del giudizio di ritorno, atteso che dovrebbe essere garantito il contemperamento tra la necessità dell'ascolto ed i tempi stretti del giudizio in parola. L'audizione pertanto deve tenersi nella maniera più rapida ed efficiente possibile. In tale prospettiva, una soluzione apprezzabile potrebbe essere senz'altro rintracciata nel regolamento n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale (il regolamento sulle prove)⁵⁶.

Tale regolamento, in vigore dal 1° gennaio 2004, facilita la cooperazione tra le autorità giudiziarie dei vari Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove, ad esempio in materia di diritto di famiglia. In attuazione di tale regolamento, un'autorità giudiziaria può richiedere al giudice competente dell'altro Stato membro di provvedere all'assunzione delle prove o assumerle direttamente nell'altro Stato membro. Atteso che l'autorità giudiziaria deve decidere entro sei settimane in merito al ritorno del minore, la richiesta va necessariamente eseguita senza indugio. All'uopo potrebbe essere opportuno l'impiego delle videoconferenze e delle teleconferenze proposto dall'art. 10, paragrafo 4 del citato regolamento sulle prove.

2.4 La disciplina del c.d. secondo giudizio: il giudizio di riesame della decisione di non ritorno.

Sin d'ora la disamina ha investito le scansioni procedurali del cosiddetto "primo giudizio", ossia quello che si svolge davanti al giudice dello Stato membro dove il minore è stato illecitamente condotto. Ora è necessario procedere all'analisi del secondo giudizio, vale a dire di quel procedimento – puramente eventuale – che si celebra dinanzi al giudice dello Stato membro d'origine dove si colloca la residenza abituale del minore.

Detto giudizio è puramente eventuale giacché condizione essenziale per la sua instaurazione è che il giudice dello Stato membro richiesto abbia chiuso

⁵⁶ Regolamento (CE) n. 1206/2001 del consiglio del 28 maggio 2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, in Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 27.6.2001, L 174/1.

il precedente giudizio con un provvedimento che nega il ritorno del minore. Appare infatti evidente che ove il primo giudizio terminasse con una pronuncia favorevole al ritorno, un ulteriore giudizio presso il giudice d'origine non avrebbe alcun senso.

Invece, posto che – come si vedrà meglio *infra* – la finalità del secondo giudizio, cioè il giudizio di riesame è quella di (eventualmente) rivedere il procedimento e l'esito del primo, occorre, quale condizione indefettibile, che il provvedimento emesso dal giudice richiesto abbia avuto segno negativo.

Le norme che disciplinano tale secondo giudizio (d'ora innanzi, giudizio di riesame⁵⁷) sono contenute nei paragrafi 6, 7 e 8 del citato art. 11 del regolamento.

Ed invero, il paragrafo 6 della cennata disposizione si riferisce a ben guardare ancora al primo giudizio appena concluso. Essa impone precisi adempimenti al giudice dello Stato membro richiesto nel caso in cui il giudizio di ritorno sia terminato con un diniego di rientro ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja.

In particolare, è previsto che codesto giudice, immediatamente dopo la pronuncia del provvedimento di diniego, trasmetta direttamente, ovvero per il tramite dell'autorità centrale, una copia del provvedimento emesso, unitamente ai pertinenti documenti, al giudice dello Stato membro d'origine. E' stabilito altresì che l'autorità giudiziaria dello Stato membro d'origine riceva tutti i documenti menzionati entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno.

Riguardo alla documentazione che il giudice dello Stato membro richiesto deve inviare al suo omologo nello Stato d'origine, la norma prescrive che oltre ad una copia della decisione debbano essere inviati "i pertinenti documenti", tra i quali, in particolare, una trascrizione delle audizioni avvenute dinanzi al giudice.

Circa la rilevanza dei documenti da inviare, spetta al giudice che ha emesso la decisione stabilire quali siano. A tal fine, è fondamentale che il giudice fornisca una corretta rappresentazione degli elementi più importanti, evidenziando i fattori che hanno influenzato la decisione. In generale, vanno

⁵⁷ Si segnala come l'espressione giudizio di riesame sia stata impiegata dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza Sez I, 14 luglio 2010, n. 16549, pronunzia che ha esaminato *funditus* taluni rilevanti aspetti del giudizio in parola. V., *infra* per l'analisi della citata sentenza.

ricompresi i documenti su cui il giudice ha basato la sua decisione, inclusi, ad esempio, eventuali relazioni scritte redatte dai servizi sociali concernenti la situazione del minore.

A tal proposito va anche segnalata la questione relativa alla traduzione dei documenti stessi, traduzione che può non essere necessaria se la causa è trasferita ad un giudice che comprende la lingua del procedimento. Al contrario, se la traduzione si rivela necessaria, si può far ricorso alle autorità centrali che possono fornire assistenza in tal senso mettendo a disposizione traduzioni informali.

Tanto chiarito in relazione alla documentazione da trasmettere, si pone l'ulteriore problema di stabilire quale sia in concreto l'autorità giudiziaria competente nello Stato membro d'origine cui dovranno essere trasmessi i citati atti. Sul punto può sostenersi che la decisione contro il ritorno e i relativi documenti devono essere trasferiti al giudice competente a decidere nel merito della controversia. Se un giudice dello Stato membro ha emesso in precedenza un provvedimento giudiziario concernente il minore in questione, i documenti devono, in via di principio essere trasmessi a tale giudice. In mancanza di provvedimento, l'informazione deve essere inviata al giudice competente in base al diritto dello Stato membro, nella maggior parte dei casi là dove il minore era abitualmente residente prima della sottrazione. All'uopo, un comodo punto di riferimento per individuare il giudice competente nell'altro Stato membro è rappresentato dall'atlante giudiziario europeo in materia civile. A tal fine, peraltro, le autorità centrali previste dal regolamento possono altresì assistere i giudici nell'individuazione dell'autorità giudiziaria competente nell'altro Stato membro.

Adempiuto l'obbligo della tempestiva trasmissione dei documenti presso l'autorità giudiziaria dello Stato d'origine, si apre formalmente il giudizio di riesame dinanzi a tale giudice. Ai sensi del paragrafo 7 dell'art. 11, l'instaurazione di tale giudizio crea immediatamente in capo all'autorità giudiziaria l'obbligo di informarne le parti ed invitarle a presentare le proprie conclusioni nel termine di tre mesi decorrente dalla data delle notifiche, al fine di consentire all'autorità giudiziaria di esaminare "la questione dell'affidamento del minore".

Cosa debba intendersi per “questione relativa all’affidamento del minore” lo si chiarirà nel prosieguo quando verrà affrontato il controverso tema dell’oggetto del giudizio di riesame⁵⁸.

Per ora è sufficiente osservare che l’adempimento procedurale cui si è fatto cenno, ossia la comunicazione alle parti cui è tenuto il giudice dello Stato membro d’origine, è finalizzato a sollecitare queste ultime all’attivazione dei poteri di riesame che il regolamento ha inteso attribuire al giudice della residenza abituale del minore.

Va inoltre evidenziato che la competenza del giudice che adotta una decisione ex art. 11, paragrafo 7 non è limitata alla decisione sull’affidamento del minore, potendo tale giudice decidere altresì, ad esempio, sul diritto di visita. In sostanza, il giudice di questo secondo giudizio dovrebbe, in linea astratta, trovarsi nella medesima posizione in cui sarebbe stato se il genitore *abductor*, invece di compiere la sottrazione, avesse adito l’autorità giurisdizionale d’origine per ottenere la modifica di una precedente decisione sull’affidamento o per chiedere l’autorizzazione a mutare la residenza abituale del minore. Potrebbe infatti accadere che il genitore che domanda il ritorno del minore non abbia la stessa residenza del minore prima della sottrazione, oppure che tale persona sia disposta ad accettare il mutamento della residenza abituale del minore in un altro Stato membro purché il suo diritto di visita sia di conseguenza opportunamente modificato.

Assolto l’obbligo di comunicazione ad opera dell’autorità giudiziaria competente, le parti dispongono di un termine di tre mesi, decorrenti dalla data della notifica, per poter presentare le conclusioni nell’instaurando giudizio di riesame. La norma stabilisce che se nel termine indicato le parti non adempiono all’onere di far pervenire le rispettive conclusioni, l’autorità giudiziaria archivia il procedimento. Ne discende quale ulteriore effetto – derivante dall’art. 10 del regolamento – il sopravvenuto difetto di giurisdizione del giudice dello Stato membro d’origine ed il correlativo radicarsi della giurisdizione in capo allo Stato membro dove il minore è stato condotto⁵⁹. Occorre peraltro evidenziare che per evitare l’esito di archiviazione

⁵⁸ In particolare, nel prosieguo verranno esaminate le conclusioni ermeneutiche cui è pervenuta – sul tema dell’oggetto del giudizio – la Corte giust. 1.7.2010 in C – 211/2010 PPU, *Povse*.

⁵⁹ Sull’aspetto relativo al mutamento della giurisdizione per effetto dell’operatività dell’art. 10 del regolamento n. 2201/2003, si veda infra Cap. III del presente lavoro.

menzionato non è necessario che entrambe le parti del procedimento presentino le rispettive conclusioni; è al contrario sufficiente che tale attività venga spiegata anche da una sola delle parti, con la conseguenza che il giudizio verrà instaurato anche se solo una delle parti assolve all'onere di prendervi parte.

Instaurato il giudizio sulla scorta di un'attività compiuta dalle parti, in omaggio al principio processualistico del "*ne procedeat iudex sine actore*", si apre quindi la fase in cui il giudice sottopone a valutazione il materiale istruttorio. Si è detto in precedenza che il compendio istruttorio del presente giudizio è pressoché simile a quello scrutinato dal giudice dello Stato membro richiesto. Si spiega così anche la ragione per cui il regolamento ha imposto a tale autorità giudiziaria l'obbligo di trasmettere al giudice dello Stato d'origine una copia del provvedimento, nonché la pertinente documentazione. Si tratta infatti di apprestare il substrato istruttorio necessario ai fini del giudizio di riesame.

Il regolamento delinea poi talune scansioni procedurali per il giudizio di riesame.

Tali adempimenti invero non figurano nell'art. 11 in commento, bensì sono enucleati nell'art. 42 dove il regolamento disciplina le condizioni giuridiche perché il provvedimento emesso all'esito del giudizio di riesame possa essere immediatamente esecutivo e riconoscibile in altri Stati membri.

Rileva, a tal proposito, il par. 2 della norma citata, la quale stabilisce che ai fini del rilascio del certificato – necessario per conferire l'esecutività senza *exequatur* alla decisione di ritorno – occorre che siano soddisfatte nel corso del giudizio di riesame due distinte condizioni procedurali. Anzitutto, è necessario che le parti ed il minore abbiano avuto la possibilità di essere ascoltate nel giudizio, salvo che l'audizione di quest'ultimo sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità. Occorre poi che il giudice del riesame abbia tenuto conto – nel rendere la sua decisione – dei "motivi" e degli "elementi di prova" alla base del provvedimento emesso conformemente all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980.

Appare evidente come la norma dianzi citata, nella misura in cui pretende che il giudice d'origine tenga conto delle ragioni sottostanti la decisione

contro il ritorno del minore, imponga ai giudici coinvolti nella vicenda processuale in argomento di collaborare reciprocamente affinché il giudice d'origine sia in grado di tenere adeguatamente conto dei motivi e degli elementi di prova alla base della decisione di non ritorno. In tale prospettiva, è essenziale che i suddetti giudici, ove possibile, prediligano contatti diretti tra loro per agevolare il compito di comprendere le ragioni che fondano il provvedimento contro il ritorno.

Altro aspetto da evidenziare concerne la concreta praticabilità delle audizioni tanto del genitore che ha sottratto il minore, quanto di quest'ultimo. Al cospetto della verosimile ipotesi che entrambi i citati soggetti non si recheranno presso lo Stato membro d'origine per rendere le audizioni necessarie ai fini del giudizio di riesame, si pone il problema dello strumento utilizzabile per ovviare un tale inconveniente pratico. Il rimedio più indicato consiste ancora una volta nel ricorso alle norme del regolamento n. 1206/2001. Alla stregua di questo regolamento un'autorità giudiziaria può – come si è veduto – richiedere al giudice competente dell'altro Stato membro di provvedere all'assunzione delle prove o assumerle direttamente nell'altro Stato membro. Il regolamento propone infine l'assunzione delle prove a mezzo di videoconferenza o teleconferenza.

L'esito del giudizio tratteggiato può essere di due tipi.

Se il giudice di origine adotta una decisione che non prescrive il ritorno del minore, il procedimento viene archiviato. Da ciò ne consegue – ai sensi dell'art. 10 del regolamento – un mutamento della giurisdizione che, per effetto della conferma del provvedimento giudiziario emesso dal giudice dello Stato richiesto, viene a consolidarsi presso l'autorità giudiziaria di quest'ultimo Stato⁶⁰. Se al contrario il provvedimento emesso dal primo giudice viene rivisitato e quindi il giudice d'origine adotta una decisione che prescrive il ritorno del minore, detta decisione è direttamente riconosciuta ed esecutiva nell'altro Stato membro purché sia corredata – ma questo lo si vedrà *funditus infra* quando si tratterà dell'esecuzione della decisione di ritorno – da un certificato redatto ai sensi dell'art. 42 del regolamento⁶¹.

⁶⁰ Sui titoli di giurisdizione ed in particolare sugli effetti che il provvedimento che chiude il giudizio di riesame produce sulla giurisdizione, si veda *infra*, Cap III del presente lavoro.

⁶¹ V. *infra* Cap III del presente lavoro.

2.5 Il controverso oggetto del giudizio di riesame.

La pronuncia della Corte di giustizia 1.7.2010 in C-211/2010 PPU: il punto di vista del giudice comunitario.

Circa l'oggetto del giudizio di riesame ed in particolare sul tema se il citato giudizio debba incentrarsi esclusivamente sulla rivisitazione della decisione di non ritorno emessa dal giudice dello Stato del trasferimento ovvero debba statuire anche e preliminarmente in ordine all'affidamento del minore si sono registrate interessanti pronunzie sia della giurisprudenza comunitaria che di quella interna.

In particolare, prima di procedere alla disamina delle argomentazioni offerte sul punto dal giudice di legittimità italiano, è opportuno anzitutto soffermarsi sulla ormai nota pronuncia della Corte di giustizia del 1.7.2010 in C-211/2010 PPU⁶², con la quale il giudice comunitario ha effettuato talune importanti considerazioni sul giudizio di riesame ex art. 11, parr. 6 e s.s. del regolamento.

La questione ermeneutica devoluta al giudice comunitario investiva, come anticipato, l'oggetto del nuovo giudizio. In dettaglio, ci si chiedeva se ai fini della decisione relativa al ritorno del minore conseguente ad una decisione di non ritorno emessa dal giudice dello Stato del trasferimento fosse necessario per il giudice dello Stato della residenza abituale del minore – e preliminare rispetto alla decisione sul ritorno – statuire sull'affidamento del minore stesso. Mutuando i chiari termini del quesito sottoposto alla Corte: “il giudice a quo domanda se l’art. 11, n. 8, del regolamento debba essere interpretato nel senso che la decisione del giudice competente che disponga il ritorno del minore rientra nell’ambito di applicazione di detta norma solo qualora si fondi su una decisione definitiva del medesimo giudice in merito al diritto di affidamento del minore”.

In altri termini, si tratta di comprendere se il meccanismo di cui all'art. 11 parr. 6 e s.s. del regolamento ed in particolare, l'art. 11, par. 8 dello stesso che consente al giudice della residenza abituale del minore di superare un diniego di ritorno, necessitano di una statuizione sull'affidamento (e quindi

⁶²Sentenza 1° luglio 2010, C-211/10, *Povse*, in *Famiglia e minori*, 2010, 8, 83 ss, con nota di A. Leandro. Cfr. A. Devers, *Une nouvelle procédure préjudicielle d'urgence sur les enlèvements intraeuropéens d'enfants*, in *La Semaine juridique*, 2010, n. 39, 956 ss.; C. Conti, R. Foglia, *Il trasferimento illecito del minore e provvedimenti provvisori*, in *Il corriere giuridico*, 2010, 8, 1087 ss. (<http://curia.europa.eu/>).

sulla responsabilità genitoriale) da parte del giudice dello Stato membro d'origine.

Giova a tal proposito ricordare, come peraltro già anticipato sopra, che il giudizio in parola si innesta su una precedente statuizione compiuta dal giudice dello Stato del trasferimento sulla scorta delle previsioni normative della Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori. E', lo si ribadisce, tale Convenzione a regolare ancora il giudizio di ritorno del minore sottratto.

Ora, il regime del giudizio di ritorno ai sensi della Convenzione risulta ispirato al principio per cui il giudice competente dello Stato del trasferimento può – ai sensi dell'art. 16 della Convenzione, che dipinge un procedimento monitorio e vincolato – solo ed esclusivamente pronunciarsi sulla questione del ritorno del minore, ogni altra determinazione, ed in particolar modo quelle sull'affidamento, restando devolute esclusivamente al giudice della residenza abituale del minore.

Il regolamento che, ai sensi del XVII considerando, ha inteso introdurre un meccanismo di controllo della decisione di non ritorno del giudice dello Stato del trasferimento, affidandola al giudice della residenza abituale del minore, non ha previsto simili restrizioni della cognizione di tale giudice. Quest'ultimo, pertanto, in astratto potrebbe statuire tanto sulla questione del ritorno del minore, quanto su quella dell'affidamento. Da qui, dunque, l'esigenza di compulsare il giudice comunitario per risolvere tale incertezza interpretativa. L'orizzonte conoscitivo del giudice della residenza abituale del minore è dunque senz'altro più ampio di quello del giudice del trasferimento, giudice che *per tabulas* è chiamato esclusivamente a pronunciarsi sul ritorno del minore.

Spostando l'attenzione sul giudizio di riesame attribuito al giudice dello Stato di origine, si tratta di comprendere se esista o meno un rapporto di pregiudizialità tra la decisione sull'affidamento e quella sul ritorno (tesi questa abbracciata dal giudice austriaco remittente), e nel caso negativo quale sia il rapporto tra queste due pronunzie.

La Corte di giustizia, lo si anticipa, conclude il suo ragionamento in termini negativi, ossia negando tale pregiudizialità, ed affermando che lo scrutinio

del giudice della residenza abituale – nel giudizio di riesame – prescinde da una decisione definitiva sull'affidamento. Occorre allora verificare, come già osservato, quale sia il *thema decidendum*, ossia, l'oggetto del giudizio di riesame.

La Corte muove anzitutto dalla disamina del testo dell'art. 11 del regolamento, rilevando come esso non rechi alcuna traccia di tale correlazione che dunque da un punto di vista schiettamente testuale non appare necessaria. Anzi, l'art. 11, par. 8 del regolamento fa esclusivo riferimento a qualunque successiva decisione che prescrive il ritorno del minore.

Il giudice comunitario, peraltro, tiene in debita considerazione il dato testuale derivante dall'art. 11, par. 7 del regolamento nel quale si adopera la locuzione “questione relativa all'affidamento del minore”. Tuttavia, lungi dall'imporre uno scrutinio sull'affidamento, la norma – osserva la Corte – delinea più correttamente l'obiettivo finale di tali procedimenti amministrativi e giudiziari, vale a dire la regolarizzazione della situazione del minore; ma da ciò non è lecito dedurre che la decisione sull'affidamento del minore costituisca una condizione preliminare all'adozione di una decisione che dispone il ritorno del minore. Allora, se da un lato non v'è dubbio che il fine ultimo di tali procedimenti coinvolgenti la persona del minore sia quello di statuire in ordine all'affidamento dello stesso, regolando in via definitiva l'assetto delle sue relazioni familiari, tuttavia la statuizione sull'affidamento non può assurgere a *condicio sine qua non* della decisione sul ritorno del minore.

Non esiste, secondo la Corte, un collegamento obbligato e necessario tra la deliberazione sull'affidamento del minore ed il provvedimento che ne dispone il rientro nella residenza abituale antecedente: il regolamento consente di ordinare il ritorno anche prima di decidere sull'affidamento.

Il giudice comunitario precisa che tale interpretazione appare confortata anche dalla sua pregressa giurisprudenza (in particolare, si richiama la nota sentenza 11.7.2008 in C-195/08 PPU⁶³), la quale ha affermato il principio di autonomia procedurale della esecutività di una decisione che prescrive il ritorno di un minore successiva ad un provvedimento contro il ritorno, rispetto

⁶³ Corte giust. 11.7.2008 in C-195/08 PPU, Rinau, in Raccolta, p. I-05271. La sentenza è stata commentata da M. Fragola, *Il primo rinvio pregiudiziale «d'urgenza»: il caso Rinau*, in Rivista di diritto comunitario e degli scambi internazionali, fascicolo n. 3 del 2008.

a qualsiasi decisione sull'affidamento al fine di non ritardare il ritorno del minore⁶⁴. Ne deriva che il giudizio di riesame appare recisamente autonomo rispetto a statuizioni che concernono l'affidamento del minore.

Ancora, tale esito ermeneutico appare vieppiù confermato dalla stessa *ratio* del giudizio di riesame ex art. 11, par. 8 del regolamento. Con tale meccanismo – rileva la Corte – il legislatore comunitario ha inteso attribuire al giudice della residenza abituale del minore l'ultima parola sulla questione del ritorno dello stesso dopo un episodio di sottrazione internazionale.

In tal guisa, allora, se il giudice dello Stato del trasferimento emette una decisione di non ritorno del minore fondandola sull'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori, il regolamento abilita il giudice dello Stato di origine a superare tale diniego, a ripetere le valutazioni effettuate dal primo giudice, onde garantire un rapido rientro del minore nel luogo dove si situa il centro dei suoi interessi a prescindere da statuizioni sull'affidamento che verranno adottate, se del caso, in una diversa sede processuale.

Tuttavia, è il caso di rimarcare come la normativa di riferimento non precluda al giudice dello Stato di origine di decidere anche in ordine all'affidamento del minore e, per l'effetto, di ordinare la restituzione del minore e tanto, anche alla luce di quanto sostenuto sopra a proposito del fine ultimo cui tendono tali procedimenti amministrativi e giudiziari.

L'art. 11, par. 8, in combinato con l'art. 10 del regolamento, consente infatti al giudice competente sia di occuparsi solo della questione del ritorno, rinviando eventualmente la deliberazione sul merito ad una fase successiva al rientro del minore, sia di decidere immediatamente sull'affidamento.

Tuttavia, come precisa la dottrina, anche in questa seconda ipotesi la decisione sul ritorno non potrà essere subordinata a valutazioni inerenti la migliore e più opportuna regolamentazione dei rapporti genitoriali, dal momento che l'art. 42, par. 2 del regolamento (che richiede di tenere conto dei motivi alla base del provvedimento fondato sull'art. 13 della Convenzione dell'Aja) impone al giudice competente di ripetere l'esame già svolto dal primo giudice circa l'eventuale sussistenza dei motivi ostativi e, pertanto, di fondare la propria decisione riguardo al ritorno sulle previsioni della

⁶⁴ V. infra, Cap. III del presente lavoro.

Convenzione dell'Aja del 1980⁶⁵.

Al contrario, ciò che pare potersi agevolmente escludere è la sussistenza del segnalato rapporto di pregiudizialità che, secondo l'interpretazione del giudice remittente, dovrebbe intercorrere tra la decisione sul ritorno e quella sull'affidamento.

Peraltro, osserva in maniera puntuale la Corte: “L’obiettivo di celerità perseguito dagli artt. 11, n. 8, 40 e 42 del regolamento e la priorità attribuita alla competenza del giudice di origine difficilmente potrebbero conciliarsi con un’interpretazione secondo la quale la decisione di ritorno dovrebbe essere preceduta da una decisione definitiva sul diritto di affidamento. Un’interpretazione del genere si tradurrebbe in un vincolo tale da obbligare eventualmente il giudice competente a prendere una decisione sul diritto di affidamento senza disporre di tutte le informazioni e di tutti gli elementi pertinenti, né del tempo necessario a valutarli in modo obiettivo e pacato”⁶⁶.

Dunque, per i giudici comunitari è la stessa esigenza di celerità che ispira il giudizio di ritorno (in riesame) ad impedire una correlazione necessaria tra le due tipologie di decisione, celerità che sarebbe infatti frustrata laddove si imponesse al giudice di adottare – prima di decidere sul ritorno – una decisione sull'affidamento. Viceversa e del pari, la citata condizione di celerità comporterebbe una decisione eccessivamente sbrigativa sull'affidamento, anche in difetto delle informazioni e di tutti gli elementi pertinenti che appaiono necessari ai fini di una retta regolamentazione dello stesso.

Replicando alla tesi sostenuta dal giudice remittente e relativa alla problematicità di una soluzione che potrebbe determinare per il minore una serie inutile di spostamenti, la Corte osserva poi che in tale vicenda, a ben guardare, si fronteggiano interessi diversi e contrapposti. In particolare, l'interesse a che sull'affidamento definitivo del minore sia resa una decisione giudiziaria giusta e fondata, la necessità di scoraggiare le sottrazioni di minori, nonché il diritto del minore di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori prevalgono sugli eventuali inconvenienti che tali spostamenti potrebbero provocare.

⁶⁵ Cfr. C. Pesce, *Sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea: il coordinamento tra il regolamento (CE) n. 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja del 1980*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, III, 2011, p. 240 s.s.

⁶⁶ Cfr. par. n. 62 della motivazione.

In definitiva la Corte, al termine della sua analisi, esprime il seguente principio di diritto: “l’art. 11, n. 8, del regolamento dev’essere interpretato nel senso che la decisione del giudice competente che disponga il ritorno del minore rientra nell’ambito di applicazione di tale disposizione anche qualora non sia preceduta da una decisione definitiva adottata dal medesimo giudice sul diritto di affidamento del minore.”⁶⁷

2.6 L'approccio della Corte di cassazione italiana: la sentenza Sez. I, 14 luglio 2010, n. 16549⁶⁸.

Sulle questioni analizzate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Povse* appena esaminata è intervenuta, con una pronuncia di poco successiva, anche la Corte di Cassazione italiana⁶⁹.

Questa pronuncia si segnala nel panorama giurisprudenziale italiano relativo al tema della sottrazione in quanto si occupa per la prima volta in maniera approfondita del un nuovo istituto rilevante in materia, ossia del modulo, di marca sostanziale-processuale, che il legislatore comunitario ha introdotto all'art. 11, parr. 6 e ss. del regolamento n. 2201/2003 (*Bruxelles II bis*) in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale oggetto fin qui di approfondimento⁷⁰.

La applicazione del nuovo dispositivo, solleva problemi interpretativi dovuti

⁶⁷ Cfr., par. n. 67 della motivazione.

⁶⁸ Questo paragrafo reca ampi riferimenti a F. Balato, *Il giudizio di riesame sulla decisione di non ritorno del minore nel Regolamento (CE) n. 2201/2003: il punto di vista della Cassazione*, in T. Vassalli di Dachenhausen (a cura di), *Atti del convegno in memoria di Luigi Sico*, 2011, 551 ss, cui opportunamente si rinvia.

⁶⁹ Cass., sentenza Sez. I, 14 luglio 2010, n. 16549. Cfr., anche la successiva Cass. 21 marzo 2011 n. 6319 che conferma l'orientamento inaugurato con la sentenza in commento.

Per un primo commento alla sentenza v. G. De Marzo, *Sottrazione internazionale dei minori e disciplina comunitaria*, in *Corr. Giur.*, 2010, 11, 1466 ss.; C. Pesce, *Finalità ed oggetto del "riesame" della domanda di ritorno di un minore sottratto in base al Reg. CE n. 2201/2003*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2011, 2, 160 ss.; L. Carpaneto, *Reciproca fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. Int. priv. e proc.*, 2011, 359 ss.

⁷⁰ Si riportano i paragrafi 6 e ss. dell'art. 11 (Ritorno del minore) del Regolamento: 6. Se un'autorità giurisdizionale ha emanato un provvedimento contro il ritorno di un minore in base all'articolo 13 della Convenzione dell'Aia del 1980, l'autorità giurisdizionale deve immediatamente trasmettere direttamente ovvero tramite la sua autorità centrale una copia del provvedimento giudiziario contro il ritorno e dei pertinenti documenti, in particolare una trascrizione delle audizioni dinanzi al giudice, all'autorità giurisdizionale competente o all'autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, come stabilito dalla legislazione nazionale. L'autorità giurisdizionale riceve tutti i documenti indicati entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno. 7. A meno che l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno non sia già stata adita da una delle parti, l'autorità giurisdizionale o l'autorità centrale che riceve le informazioni di cui al paragrafo 6 deve informarne le parti e invitarle a presentare all'autorità giurisdizionale le proprie conclusioni, conformemente alla legislazione nazionale, entro tre mesi dalla data della notifica, affinché quest'ultima esamini la questione dell'affidamento del minore. Fatte salve le norme sulla competenza di cui al presente regolamento, in caso di mancato ricevimento delle conclusioni entro il termine stabilito, l'autorità giurisdizionale archivia il procedimento. 8. Nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'articolo 13 della Convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore.

essenzialmente ad un difetto, per così dire, fisiologico di completezza della disciplina comunitaria che rinvia alla legislazione interna per i profili di dettaglio.

La normativa europea non delinea, infatti, una compiuta disciplina del giudizio sulla decisione di non ritorno, né precisa quale sia il regime processuale applicabile al provvedimento finale, sicché è la legislazione interna e, in difetto – come nel caso di specie – la giurisprudenza a dover stabilire: a) quale sia il rito applicabile a tale giudizio e b) se il provvedimento adottato all'esito dello stesso sia o meno immediatamente ricorribile per cassazione, questione, quest'ultima oggetto del controricorso sperimentato dal genitore *abductor*⁷¹.

Per rispondere a tali questioni, la Corte di legittimità procede illustrando la struttura nonché il funzionamento del procedimento in parola e si sofferma anche sulla sua finalità limpidamente descritta dallo stesso legislatore comunitario nei “*considerando*” anteposti al testo normativo. La motivazione su questo punto rappresenta la parte più significativa della sentenza in quanto è qui che la Cassazione si diffonde sulla fisionomia del sindacato compiuto dal giudice della residenza abituale del minore sulla statuizione di non ritorno adottata dall'autorità giudiziaria dello Stato dove il minore è stato condotto, individuando il rito applicabile a tale giudizio e, correlativamente, sciogliendo il nodo della immediata ricorribilità per cassazione del provvedimento che ne discende.

2.6.1 Segue: i fatti della causa.

Il padre di una minore, nata dall'unione di fatto con l'altro genitore, propone ricorso presso il Tribunale per i minorenni di Palermo chiedendo l'affidamento esclusivo della figlia e contestualmente la decadenza della madre dalla potestà genitoriale sulla minore lamentando che essa, senza il suo consenso, si sia trasferita con la minore in Spagna, suo paese di origine. Il Tribunale adito, con decreto emesso *inaudita altera parte*, in via provvisoria ed urgente, affida la figlia al padre, che, pendente tale procedimento, chiede al Tribunale di Cordoba il ritorno della figlia ai sensi della Convenzione

⁷¹ Cfr. par. 2.4 della motivazione.

dell'Aja del 25 ottobre del 1980. Con sentenza, il Tribunale spagnolo rigetta la domanda, rilevando la sussistenza – ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja – del rischio di una situazione intollerabile presso il luogo di residenza abituale della minore, ritenuto potenzialmente lesivo per la salute psichica di quest'ultima. Più specificamente, il rischio viene ravvisato nel clima fortemente conflittuale tra i genitori, che può menomare la stabilità psicologica della minore. L'autorità giudiziaria spagnola, ai sensi dell'art. 11, par. 6 del regolamento, trasmette la documentazione processuale rilevante al Tribunale di Palermo, adito successivamente dal padre della minore, azionando il procedimento di cui all'art. 11, par. 8 del regolamento. Il Tribunale con decreto rigetta la domanda revocando il provvedimento provvisorio con il quale aveva affidato la minore al padre, e dichiara altresì il difetto di giurisdizione in ordine alle domande di affidamento e di decadenza della madre dalla responsabilità genitoriale. Avverso tale decreto il padre della minore propone ricorso per cassazione, censurando il merito del provvedimento sotto vari profili.

2.6.2 Segue: gli spetti controversi del giudizio sulla decisione di non ritorno.

Le questioni essenziali esaminate dalla Corte di Cassazione italiana hanno natura schiettamente processuale. I giudici di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi sul tema preliminare della astratta ricorribilità per cassazione del decreto emesso dal Tribunale per i minorenni di Palermo all'esito del procedimento di cui all'art. 11, parr. 6-8 del regolamento. Si tratta allora, per i supremi giudici, di individuare la normativa processuale conferente onde chiarire se il provvedimento che chiude il nuovo giudizio sia o meno direttamente ricorribile per cassazione.

Nell'occuparsi delle citate questioni, la Cassazione dedica un breve passaggio alla finalità del giudizio sulla decisione di non ritorno⁷².

⁷²Cfr. par. 2.1 della motivazione, dove la Cassazione – prima di soffermarsi sulla finalità del giudizio – ha ribadito in maniera chiara il rapporto tra la Convenzione dell'Aja ed il Regolamento. In dottrina v. R. Spinosa Calabuig, *La sottrazione di minori nell'Unione Europea: tra Regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in S. M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *Diritto di Famiglia e Unione europea*, 2008, Torino, 296. Secondo l'autore tra le due fonti normative vi sarebbe una triplice tipologia di relazioni: "(...) si inizia dalla "priorità" del testo comunitario (art. 60), ma, nonostante il suo carattere prioritario, esiste anche una "complementarietà" tra di essi (art. 62.1), soprattutto per stabilire le cause di eccezione al ritorno del minore; allo stesso tempo, si sono introdotte delle "novità" che sono

In linea con le affermazioni contenute nei “considerando”⁷³ del regolamento, essa viene colta nell'intento del legislatore comunitario di assicurare una più intensa protezione tanto all'interesse del minore a conservare un contatto con il contesto di vita precedente all'atto sottrattivo, quanto a quello del genitore ad ottenere il ripristino dell'affidamento violato⁷⁴. A tal fine, il regolamento ha potenziato per un verso il criterio della residenza abituale del minore⁷⁵, anche in armonia con la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia (UE)⁷⁶; e conferito, per l'altro, alla decisione emessa ex art. 11, par. 8 del regolamento una esecutività senza *exequatur*⁷⁷ pervenendo, in virtù dell'effetto combinato di tali scelte, ad un evidente innalzamento del livello di tutela apprestabile al minore. Chiarita la finalità dell'istituto, la Corte, al fine di stabilire quale sia il rito applicabile a tale giudizio (questione a), e se il provvedimento finale sia immediatamente ricorribile per cassazione (questione b) procede ad esaminarne la natura.

Sul punto va osservato che, pur senza esplicitarlo in sentenza, i giudici di legittimità sembrano disporre di due distinte ricostruzioni ermeneutiche, entrambe astrattamente sostenibili. Secondo una prima lettura, il giudizio in esame, oltre a contenere una nuova valutazione della decisione di non ritorno emessa dal primo giudice, statuirebbe altresì sull'affidamento del minore ad uno dei genitori; secondo altra lettura, il rito in parola risulterebbe

esclusive del regolamento e che riguardano sostanzialmente l'esecutività senza *exequatur* di certe decisioni sul ritorno del minore. Queste tre regole di relazione possono produrre probabilmente dei conflitti interpretativi e applicativi del regolamento nel rapporto con la Convenzione dell'Aja del 1980”.

⁷³ Cfr. par. 2.2 della motivazione.

⁷⁴ Cfr. R. Espinosa Calabuig, op. cit. 286, che in particolare evidenzia che il Regolamento ha introdotto una serie di regole sul ritorno del minore che hanno la funzione, sia di offrire maggiore tutela alla figura del genitore o della persona che esercita l'affidamento o se ne vede privato in conseguenza di un trasferimento illecito del minore ad un altro paese, sia il riconoscimento di maggiori competenze all'autorità giurisdizionale del paese dove il minore risiedeva prima del trasferimento.

⁷⁵ Cfr. S. Tonolo, op. cit., la quale ritiene che si tratta: “di un sistema complessivamente orientato a salvaguardare il superiore interesse del minore avvicinando la controversia in cui lo stesso è coinvolto ad una giurisdizione che sia prossima al caso di specie, principalmente in base alla localizzazione della residenza del minore”.

⁷⁶ Il Regolamento stabilisce che l'autorità della originaria residenza abituale abbia l'ultima parola sulla collocazione territoriale del minore onde dar voce all'istituzione che si radica sul territorio dove lo stesso minore trova il centro delle sue relazioni sociali ed affettive, in omaggio ad un collegamento di tipo sostanziale, ad un rapporto di vicinanza anche materiale tra il giudice chiamato ad occuparsi della vertenza relativa al ritorno del minore e il luogo dove quest'ultimo aveva l'epicentro dei suoi interessi e delle sue relazioni. Cfr. Corte giust., sentenza 2 aprile 2009, causa C-523/07, A, (in RDIPP, 2009, 750) che accoglie una nozione non dissimile di residenza abituale mettendo in luce che la nozione di residenza abituale: “(..) corrisponde al luogo che denota una certa integrazione del minore in un ambiente sociale e familiare. A tal fine, si deve in particolare tenere conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto stato”. V., in senso conforme, tra le più recenti, Cass. Civ., Sez. I, 18 dicembre 2003, n. 19544; Cass. civ., sez. I, 16 luglio 2004, n. 13167; Cass. Civ., sez. I, 16 giugno 2009, n. 13936.

⁷⁷ Sul riconoscimento e l'esecutività senza *exequatur* che danno luogo alla c.d. “fast track procedure” v. G. Giacalone, *Gli strumenti sovranazionali in materia di famiglia*, in www.csm.it.

invece incentrato esclusivamente sul controllo della decisione di non ritorno emessa dal giudice del paese dove il minore è stato condotto.

Per comprendere i termini di tali diverse praticabili letture delle norme del regolamento, occorre muovere dalle disposizioni di cui all'art. 11, parr. 6 e 7 del regolamento relative agli adempimenti procedurali richiesti in presenza di una decisione contro il ritorno del minore.

L'art. 11, par. 6 del regolamento – al fine di rendere praticabile il controllo sulla decisione di non ritorno da parte dello Stato di residenza abituale – in armonia con il diciassettesimo “considerando” del regolamento, obbliga il giudice che ha deciso il non ritorno (giudice, potrebbe dirsi, *a quo*) a trasmettere al giudice della residenza abituale (giudice *ad quem*) il provvedimento giudiziario contro il ritorno ed i pertinenti documenti, tra i quali una trascrizione delle audizioni dinanzi al primo giudice, rappresentando, tale documentazione processuale, il substrato istruttorio necessario ai fini della nuova decisione del “giudice naturale” del minore⁷⁸. Il successivo par. 7 prescrive poi che quest'ultimo giudice sia tenuto ad informare le parti e ad invitarle a presentare le proprie conclusioni entro tre mesi dalla data della notifica, “a meno che la suddetta autorità non sia già stata adita da una delle parti”. Il paragrafo prosegue affermando che le predette comunicazioni e notificazioni alle parti siano fatte dall'autorità giudiziaria *ad quem*, “affinché quest'ultima esamini la questione dell'affidamento del minore”.

La lettura complessiva delle due disposizioni nonché il richiamo, di cui al citato par. 7, alla eventuale pendenza di un giudizio dinanzi al giudice dello Stato della residenza abituale, unitamente al punto in cui il regolamento menziona la “questione dell'affidamento”, sembrerebbero da un lato suffragare la dualità delle letture praticabili, e dall'altro, accreditare la prima di esse, ossia, che il giudizio in parola, accanto al controllo del “non ritorno” pronunciato dal giudice *a quo*, preveda la possibilità per il giudice *ad quem* di statuire sull'affidamento del minore stesso⁷⁹.

La stessa formula “affidamento del minore” del resto – la cui definizione è

⁷⁸ Cfr. par. 2.2 della motivazione, nel quale la Cassazione così denomina il giudice della “residenza abituale del minore”.

⁷⁹ Cfr. M. Manfredonia, *Il giudice minorile opera all'interno di confini ristretti*, in *Famiglia e minori*, 2007, 11, 54 ss., il quale dubita che il giudizio sul ritorno previsto dal Regolamento debba svolgersi sulla scorta di valutazioni inerenti l'affidamento e la responsabilità genitoriale o se, al contrario, sia sottoposto unicamente alle regole di cui agli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, come avveniva davanti al giudice del paese in cui il minore è stato condotto.

contenuta nell'art. 2, n. 9 del regolamento – non sembra chiarire quale lettura sia preferibile. Essa possiede infatti un duplice contenuto, dovendo intendersi: a) come sintesi dei diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore e b) come diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo (del minore) luogo di residenza, sicché, ove intesa nel senso sub a), potrebbe confortare la prima delle citate letture, con la conseguente possibilità per il giudice *ad quem* di statuire anche in ordine all'affidamento; ove intesa nel senso sub b) potrebbe avallare l'interpretazione per cui il giudizio si limita a verificare che il diritto di uno dei genitori di decidere il luogo di residenza del minore sia stato violato.

Condividendo la prima lettura, nella medesima cornice processuale vi sarebbe una duplice indagine: una tesa al controllo del provvedimento di diniego emesso dal primo giudice e l'altra, volta a decidere sui termini dell'affidamento; aderendo alla seconda lettura il giudizio, invece, si concentrerebbe su un unico versante, ossia il controllo della decisione di non ritorno emessa dal giudice *a quo*. Letta nel primo dei modi indicati, la natura del procedimento risulterebbe ben diversa e la portata dello stesso più ampia rispetto a quella suggerita dalla seconda delle prospettate letture che vede invece il giudizio meramente circoscritto al controllo del rifiuto del ritorno del minore; ne discenderebbero inoltre conseguenze pregnanti soprattutto sul versante della competenza ad emettere il provvedimento ex art. 11, par. 8 del regolamento.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, si tratta di stabilire a quale specifico “giudice della residenza abituale del minore” il giudizio andrebbe devoluto. In difetto di riferimenti normativi, non potrebbe invocarsi *de plano* la competenza del Tribunale per i minori contemplata per il procedimento di ritorno ai sensi degli artt. 8 e ss. della Convenzione dell'Aja. Dovrebbero allora richiamarsi gli ordinari criteri che sovrintendono alla distribuzione delle cause in cui - accanto ad una questione principale concernente, ad es., lo scioglimento del vincolo matrimoniale - venga in rilievo il merito dell'affidamento dei figli minori di genitori congiunti in matrimonio, applicando le norme che attribuiscono le decisioni sull'affidamento dei figli ai giudici chiamati ad occuparsi *principaliter* di questioni diverse e che fanno da sfondo

all'affidamento, quali la separazione dei coniugi o lo scioglimento del matrimonio⁸⁰.

Al contrario, se il procedimento – in ossequio alla seconda lettura – fosse circoscritto al profilo puro della rivisitazione della decisione di non ritorno emessa dal giudice straniero, si potrebbe invocare la similarità dello stesso con il giudizio di ritorno previsto dagli artt. 8 e ss. della Convenzione dell'Aja, e dunque richiamare il criterio di competenza previsto per quest'ultimo, con conseguente devoluzione della vertenza al Tribunale per i minori – giudice competente in base all'art. 7 della l. n. 64 del 1994. Così inteso, il procedimento risulterebbe dunque speculare a quello preordinato a conseguire una pronuncia sull'immediato rientro del minore e, come tale, analogo a quest'ultimo⁸¹.

Sulla questione del rapporto tra la decisione sul ritorno del minore nel luogo di residenza abituale e quella sull'affidamento dello stesso è intervenuta – come veduto⁸² – una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁸³. La Corte europea, rimarcando la rapidità che deve caratterizzare il procedimento di riesame, rileva che se il “giudice naturale del minore” fosse obbligato a risolvere in via preliminare la questione dell'affidamento, sarebbe vanificata l'urgenza che connota il giudizio sulla decisione di non ritorno. Le due valutazioni, secondo il giudice comunitario, lungi dal porsi in rapporto di pregiudizialità - per cui la statuizione sull'affidamento risulta preliminare rispetto a quella che ordina il ritorno (tesi questa, abbracciata dai giudici austriaci remittenti) - appaiono svincolate l'una dall'altra, sicché, il giudice della residenza abituale potrebbe decidere il ritorno del minore, ex art. 11, par. 8 del regolamento, senza aver prima deciso definitivamente sull'affidamento, cioè sul merito della vicenda che interessa il minore⁸⁴. Il che

⁸⁰ Cfr., in tal senso, G. De Marzo, *Questioni controverse in tema di ordine di rientro dei minori illecitamente sottratti in ambito europeo*, in *Famiglia e diritto*, 2010, I, 47.

⁸¹ Su questo giudizio che si inserisce tra i procedimenti di volontaria giurisdizione cfr. spec. Cass. 29 novembre 2000, n. 15295. In dottrina v. A. Chizzini, *Sottrazione internazionale di minori e tutele processuali: art. 7, l. n. 64 del 1994 e litisconsorzio necessario*, in *Famiglia e Diritto*, 1999, 341, nota a Cass. 28 gennaio 1999, n. 746; id., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994, spec. 226 ss., 304 ss.; V. A. Ceccherini, *La legge 15 gennaio 1994, n. 64 e le convenzioni internazionali in materia minorile*, in *Famiglia e Diritto*, 1994, 128 ss. Il procedimento giurisdizionale citato – come in parte già evidenziato – si svolge innanzi al Tribunale per i minorenni e rientra tra i procedimenti di volontaria giurisdizione. Coticchè, in tale procedimento il contraddittorio è garantito esclusivamente dalla fissazione dell'udienza in camera di consiglio e dalla comunicazione alle parti del relativo decreto, mentre non sono previsti i termini e le modalità dell'ordinario processo di cognizione, trattandosi di un procedimento soggetto, per quanto non diversamente previsto dalla legge, alle comuni disposizioni relative ai procedimenti in camera di consiglio, e caratterizzato peraltro dalla estrema urgenza di provvedere nell'interesse del minore.

⁸² V., supra, par. precedente.

⁸³ Sentenza 1° luglio 2010, C-211/10, in *Famiglia e minori*, 2010, 8, 83 ss, cit.

⁸⁴ Cfr. *Corte giust.*, 1° luglio 2010, cit., par. 53 ove si legge: “Vero è che, ai sensi del n. 7 dello stesso articolo, l'autorità giurisdizionale o

tuttavia non sembrerebbe escludere la possibilità per il giudice di trattare entrambe le questioni, antepoendo così lo scrutinio sull'affidamento a quello relativo al rientro immediato del minore. In definitiva, le due deliberazioni, secondo la Corte di giustizia, risultano reciprocamente indipendenti, di guisa che possono (non già devono) essere decise nella medesima cornice processuale.

2.6.3 Segue: le soluzioni accolte dalla Suprema Corte.

Secondo la Suprema Corte la “questione dell'affidamento”⁸⁵ rilevante ai fini del giudizio ex art. 11, par. 8 del regolamento si identifica con il secondo degli elementi che compongono il duplice contenuto prima citato, ossia con il diritto del genitore di intervenire nella decisione riguardo al luogo di residenza del minore. Perché si abbia una decisione ex art. 11, par. 8 del regolamento occorre che il giudice verifichi che il genitore *abductor* con la sua condotta abbia violato il diritto dell'altro genitore di decidere riguardo al luogo di residenza del figlio.

La Cassazione esclude che per “questione dell'affidamento” si intenda che la cognizione del giudice – nel procedimento di cui all'art. 11, parr. 6 e ss. – possa estendersi ad una decisione sull'affidamento: il giudizio de quo postula, in altri termini, che un affidamento (nel senso esposto) sia stato violato ma non statuisce sull'affidamento; essa pertanto trova l'affidamento, non lo predispose.

Il giudizio ex art. 11, par. 8, in definitiva, serve solo a controllare una precedente decisione che ha deliberato, con segno negativo, sul rientro del minore, cosicché attribuisce all'autorità giudiziaria della residenza abituale del fanciullo una cognizione simmetrica a quella compiuta dal giudice del paese dove il minore è stato indebitamente condotto. Per tali ragioni, la

l'autorità centrale dello Stato membro di residenza abituale anteriore deve notificare alle parti le informazioni che abbia ricevuto in merito a un provvedimento contro il ritorno del minore adottato nello Stato membro in cui questi è stato trasferito e invitarle a presentare le proprie conclusioni «affinché [tale autorità] esamini la questione dell'affidamento del minore». Questa disposizione, tuttavia, non fa che indicare l'obiettivo finale dei procedimenti amministrativi e giudiziari, vale a dire la regolarizzazione della situazione del minore, ma da ciò non è lecito dedurre che la decisione sull'affidamento del minore costituisca una condizione preliminare all'adozione di una decisione che dispone il ritorno del minore. Tale decisione intermedia, infatti, è anch'essa volta al conseguimento dell'obiettivo finale, che è la disciplina della questione dell'affidamento del minore”.

⁸⁵ Cfr. par. 2.3. della motivazione dove la Cassazione chiarisce che la questione dell'affidamento del minore che il Giudice della residenza abituale dello stesso minore deve esaminare: “concerne soltanto l'eventuale violazione del diritto di affidamento del titolare della responsabilità genitoriale, inteso appunto quale diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo del minore luogo di residenza, ciò essendo confermato dal rilievo che detta questione attiene proprio all'individuazione del luogo - quello dell'illecito trasferimento, ovvero quello della residenza abituale - dove il minore deve risiedere”.

natura del giudizio in disamina, secondo la Cassazione, è quella di “*un vero e proprio giudizio di “riesame”⁸⁶ del giudizio svoltosi dinanzi al giudice del luogo dove il minore è stato illecitamente trasferito e conclusosi con un provvedimento di diniego del ritorno*”. Tale modulo si propone eventualmente di sostituire – sulla scorta di una nuova e globale valutazione degli elementi probatori acquisiti dal giudice che ha negato il rientro, (eventualmente integrati con gli ulteriori elementi raccolti dal giudice naturale anche a seguito di sommarie informazioni) – il provvedimento di diniego con un nuova determina che ordini, *re melius perpensa*, il ritorno del minore⁸⁷.

Milita in tale direzione, malgrado la Cassazione non vi abbia fatto cenno, altresì il richiamo della disposizione contenuta all'art. 42, par. 2 lett. c) del regolamento⁸⁸. Ai sensi di siffatta norma, da leggersi in combinato disposto con l'art. 40, par. 1 lett. b), tra le condizioni richieste dall'art. 42, ai fini della esecutività senza *exequatur* del provvedimento di cui all'art. 11, par. 8, v'è quella che impone al giudice del riesame di tener conto dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso ex art. 13 della Convenzione. Detto richiamo ai “motivi” ed agli “elementi di prova” dimostrano che il giudizio designa una *revisio prioris instantiae*⁸⁹, cioè un sindacato che, ripercorrendo il materiale conoscitivo trattato dal primo giudice, eventualmente arricchito da nuovi elementi acquisiti nelle more, porti all'emanazione di un nuovo provvedimento in sostituzione del precedente⁹⁰.

L'espressione utilizzata dalla Cassazione ed impiegata dallo scrivente in questa tesi ad indicare in termini generali l'istituto in approfondimento va intesa nel senso che tale giudizio ha essenzialmente la finalità di *rivedere* la

⁸⁶ Sulla natura di tale procedimento v. CGUE 11 luglio 2008 in C-195/08 PPU, richiamata dalla Cassazione, la quale ha chiarito che il regime giuridico previsto dalla norma troverebbe applicazione solo in caso di ritorno del minore successivo ad un provvedimento che ne vietava invece la possibilità. L'interpretazione dell'art. 11, n. 8, a parere dei giudici, non lascia margine a dubbi sul fatto che il provvedimento presupposto alla procedura di cui all'art. 40, n. 1, debba essere necessariamente negativo, ossia contro il ritorno del minore nel Paese di origine. La Corte precisa infine che spetta al giudice di origine valutare l'esistenza dei presupposti, dei motivi e degli elementi di prova che abbiano fondato il provvedimento contro il ritorno, in quanto la norma mira proprio a limitare la competenza giurisdizionale dello Stato ove il minore è trattenuto: il provvedimento provvisorio che respinge la domanda di ritorno del minore è perciò destinato a cedere il passo alla decisione sull'affidamento emanato dall'autorità dello Stato di residenza abituale, che abbia ricevuto il provvedimento di non ritorno con l'allegata documentazione.

⁸⁷ Vi sarebbe, in tal guisa, una sorta di “effetto pienamente devolutivo” del giudizio in parola, con conseguente facoltà per il giudice *ad quem* di controllare in maniera pervasiva la decisione emessa dal giudice *a quo*.

⁸⁸ Cfr. C. Rimini, *La responsabilità genitoriale nel Reg. CE n. 2201/2003*, in Fam. Pers. Succ., 2008, 6, 542.

⁸⁹ Cfr. C. Pesce, *Sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea: il coordinamento tra il regolamento (CE) n. 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja del 1980*, cit., 236.

⁹⁰ Cfr. C. Pesce, *op. ult. cit.*, 242., la quale ritiene che: “Il procedimento di riesame consentito dal regolamento, poiché non subordinato al previo esaurimento dei mezzi di impugnazione di diritto interno, rappresenta un vantaggio anche in termini di economia processuale (...), detto riesame da parte del giudice della residenza abituale si pone come una valida alternativa ai mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento dello Stato in cui il minore è trattenuto: la decisione in merito ad un'eventuale riforma o revisione del procedimento viene sottratta alla giurisdizione dello Stato in cui si trova il minore per essere trasferita allo Stato di ultima residenza abituale”.

statuizione di non ritorno del minore adottata dal giudice dello Stato del trasferimento. Al giudice dello Stato della residenza abituale del minore il regolamento assegna il compito di ripetere la valutazione effettuata dal giudice del trasferimento che ha deciso negativamente l'istanza di restituzione sulla scorta delle conferenti norme della Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori.

Il regolamento pretende cioè che il giudizio sulla restituzione del minore sia valutato non una, ma due volte e da due giudici diversi. Una prima volta dal giudice dello Stato dove il minore è stato abusivamente condotto dall'altro genitore, che deciderà in base alle norme della Convenzione dell'Aja, all'esito di un giudizio da tempo inteso come monitorio e a natura *lato sensu* cautelare⁹¹. La seconda volta la stessa valutazione verrà ripetuta dal giudice dello Stato della residenza abituale del minore, giudice cui il regolamento ha inteso attribuire l'ultima parola sul problema del ritorno del minore.

Stabilita la natura del giudizio, la Cassazione, al fine di stabilire quale sia il rito applicabile al giudizio in parola (questione a), fa leva sulla locuzione "legislazione nazionale" contenuta nell'art. 11, par. 7 del regolamento. Essa, secondo i supremi giudici, farebbe riferimento essenzialmente alle norme di procedura ed alle regole di giudizio chiamate a governare il descritto meccanismo che, nella specie, vanno ricercate nell'ordinamento italiano in quanto ordinamento del foro. Per chiarire quali regole processuali siano applicabili al giudizio di riesame, la Cassazione, considerato che l'Italia, a differenza di altri ordinamenti non ha ancora ritenuto di introdurre una normativa di raccordo tra regolamento e disciplina processuale interna⁹², procede dalla constatazione che il rito in parola si presenta analogo al giudizio previsto dalla Convenzione dell'Aja con il quale si chiede il ritorno del minore in caso di sottrazione, sicché vi si può applicare la stessa normativa all'uopo predisposta dal legislatore nazionale. Rilevano, a tal proposito, le disposizioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 7 della citata l. n. 64 del 1994, attuativa della Convenzione che disegnano, come si è detto, un procedimento speciale che si svolge in camera di consiglio su iniziativa,

⁹¹ Cfr. M. A. Lupoi, *Gli aspetti processuali della sottrazione internazionale di minori: il rapporto tra regolamento UE n. 2201 del 2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in <http://www.judicium.it>, il quale parla di una sorta di rimedio "possessorio" in materia minorile a cognizione sommaria, da definirsi, tendenzialmente, nell'arco di poche settimane.

⁹² Cfr. M. A. Lupoi, *Gli aspetti*, cit.

nell'ipotesi tipica, del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni del luogo in cui si trova il minore; è caratterizzato dalla possibilità per lo stesso Tribunale di assumere "sommarie informazioni" e si conclude con un decreto (di accoglimento⁹³ o di reiezione della richiesta) immediatamente esecutivo.

Per quanto attiene, da ultimo, alla questione b), ossia al regime processuale cui dovrebbe soggiacere il provvedimento finale che chiude il giudizio ex art. 11, atteso che esso presenta le stesse caratteristiche della decisione oggetto di revisione, si presterà ai medesimi mezzi di impugnazione cui la stessa è sottoponibile, cioè, a ricorso diretto per cassazione. La giurisprudenza ha in più occasioni ribadito come il provvedimento emesso dal giudice all'esito del procedimento con cui si chiede il ritorno del minore ai sensi della Convenzione dell'Aja, abbia una natura in senso lato cautelare⁹⁴, giacché, lungi dall'investigare il merito (cioè l'affidamento), si occupa esclusivamente di ripristinare la situazione preesistente⁹⁵. Ne deriva, per le ragioni esposte, che anche il provvedimento di revisione avrà la medesima natura. In definitiva, per la Cassazione, dal momento che si tratta di rivedere un provvedimento avente *lato sensu* vocazione cautelare, che come detto non impinge nel merito della situazione di affidamento, il provvedimento emesso all'esito del giudizio di cui all'art. 11, par. 8, risulterà speculare a quello oggetto di revisione, con conseguente assoggettamento di entrambi i provvedimenti alla medesima sorte giuridica.

⁹³ Circa la natura del provvedimento che impone il rimpatrio del minore disciplinato sia dalla Convenzione dell'Aja, sia dal Regolamento n. 2201/2003, v. Cass. civ., sez. I, 27 maggio 2008, n. 13829, in Riv. dir. int. priv. e proc., 2009, 416, secondo la quale lo stesso non avrebbe soltanto efficacia esecutiva – diretta a consentire il rtrasferimento del minore nel luogo della sua residenza abituale – ma una più generale natura di atto di accertamento dell'illegittimità del trasferimento e dell'inesistenza di cause ostative al rimpatrio, ai sensi dell'art. 13 lett. a) e b) della Convenzione stessa.

⁹⁴ Cfr. Rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez-Vera sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, par. 123, "<http://hcch.net/>" "<http://hcch.net>. L'art. 16 della Convenzione assume significato pregnante in tale direzione: detta norma dispone, a tal proposito, che, pendente il procedimento sul ritorno, le questioni relative ai diritti di affidamento potranno essere esaminate soltanto di fronte ai giudici dello Stato di residenza abituale. Sul punto opera, infatti, la presunzione secondo la quale il foro potenzialmente più idoneo a decidere sul merito dei diritti di custodia è quello del luogo in cui il minore aveva la propria residenza abituale prima della sottrazione. La reintegrazione del minore nella sua residenza abituale ha infatti anche la funzione di restituire il giudizio sull'affidamento al suo giudice naturale, impedendo che il mutamento di circostanze determinato dall' *abductor* possa influire sull'individuazione del foro.

⁹⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 10 agosto 2007, n. 17648, la quale nell'accostare la protezione assicurata dalla Convenzione dell'Aja alla tutela possessoria, ha adoperato un parallelo con le azioni possessorie civili. Al pari dell'azione di reintegrazione nel possesso, tesa, come noto, a ripristinare in prima battuta la situazione alterata da chi ha eseguito lo spoglio, anche nel caso di specie la tutela internazionale intende garantire al genitore " *spoliatus*" il rientro nella "disponibilità" del minore sottratto. In tal senso, G. Giacalone, *Il riconoscimento di una tutela «possessoria» non garantisce il vero interesse del bambino*, in Guida al diritto, 1998, 28, 42; L. Sacchetti, *Le Convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980. Confronto e problematiche giuridiche*, in Dir. fam., 1997, II, 1497, il quale ricorda il riferimento all'actio possessoria *in infantera* di A. Beghè Loreti, *Le convenzioni internazionali per la protezione dei minori*, in AA.VV., *La protezione dei minori nelle convenzioni internazionali*, a cura di A. Beghè Loreti, Servizio sociale internazionale - sez. it., Roma, 1989, 19.

A tal proposito, vale la pena di segnalare come la Cassazione, con la sentenza 21 marzo 2011 n. 6319, tornando sulla questione, abbia confermato l'indicato aspetto della analogia tra il giudizio di riesame ed il giudizio di ritorno regolato dalla Convenzione dell'Aja, ribadendo che anche il provvedimento emesso all'esito del giudizio di riesame sia direttamente ricorribile per cassazione⁹⁶.

La dottrina, dal canto suo, ha osservato come tale soluzione interpretativa risolva il problema relativo alla decisione sul ritorno del minore ma necessiti di un adattamento qualora l'oggetto del procedimento sia più ampio e riguardi l'affidamento del minore. La Cassazione infatti nella illustrata decisione non ha escluso che il problema dell'affidamento resti in concreto del tutto estraneo agli strumenti processuali di tutela del genitore che ha subito la sottrazione del minore. Tale assunto del resto appare in linea con le osservazioni effettuate sul punto dalla Corte di giustizia nella esaminata sentenza *Povse*, con la quale la Corte ha enunciato il principio, veduto in precedenza, che alcuna forma di pregiudizialità esiste tra la decisione relativa alla restituzione del minore e quella sull'affidamento dello stesso, onde ben può verificarsi che in un'unica cornice processuale debbano coesistere statuizioni sulla restituzione ed altre sull'affidamento.

In tal caso potrebbe allora ipotizzarsi un procedimento bifasico, con una prima fase a carattere sommario-cautelare, con le caratteristiche sopra evidenziate dalla Cassazione ed una seconda governata dalle ordinarie regole del procedimento camerale applicato dal Tribunale per i minorenni⁹⁷.

2.6.4 Segue: talune considerazioni critiche intorno all'art. 11, par. 4 del regolamento n. 2201/2003.

La appena esaminata sentenza della Cassazione offre un interessante spunto di riflessione in relazione ad un importante aspetto disciplinatorio del

⁹⁶Cfr., la sentenza citata nella quale la Corte afferma: "Questa Corte ha avuto modo di precisare (Cass. n. 16549 del 2010) che i provvedimenti di cui agli artt. 10 e 11, prf. 7 e 8 del predetto Regolamento, stante la stretta analogia tra il procedimento in detta norma sommariamente descritto e quello regolato dalla L. n. 64 del 1994, art. 7, sono anch'essi ricorribili direttamente per cassazione. Nella specie, dunque, la statuizione relativa all'ordine di rientro del minore doveva essere impugnata direttamente davanti a questa Corte".

⁹⁷ Cfr. M. A. Lupoi, *Gli aspetti processuali della sottrazione internazionale di minori: il rapporto tra regolamento UE n. 2201 del 2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in <http://www.judicium.it>.

giudizio di riesame. Si tratta, in particolare, della applicazione del citato art. 11, par. 4 del regolamento.

Tale disposizione afferma che: “Un'autorità giurisdizionale non può rifiutare di ordinare il ritorno del minore in base all'art. 13, lettera b) della Convenzione dell'Aja del 1980 qualora sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno”.

Si tratta, come in parte già affermato, di una disposizione che individua un punto di intersezione tra la disciplina comunitaria e quella di matrice convenzionale. Ed infatti essa designa una ulteriore eccezione all'operatività delle cause di non ritorno del minore contemplate all'art. 13, lettera b) della Convenzione dell'Aja.

Per tal via il legislatore comunitario, come già veduto, ha inteso ridimensionare la portata delle situazioni eccezionali raffigurate nella citata lettera b) dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja, stabilendo che, pur in presenza del rischio che il minore per effetto del suo ritorno si ritrovi esposto ad una situazione intollerabile, il ritorno può essere ordinato qualora si dimostri che presso lo Stato di origine sono state (o verranno) adottate misure adeguate per assicurare la protezione dello stesso.

La cennata disposizione assume un rilievo non trascurabile nella prospettiva di protezione del minore, che, come più volte ricordato, è quella che ispira l'intero regolamento sulla responsabilità genitoriale. Come è stato evidenziato, il fine di tale norma è quella di garantire la cosiddetta *restituzione senza pericolo*, ovvero il ritorno del minore presso la sua abituale residenza con la garanzia di potervi permanere in una situazione protetta⁹⁸.

L'applicazione concreta di tale disposizione, tuttavia, ha sollevato taluni problemi ermeneutici, che in questo paragrafo – ovviamente senza alcuna pretesa di esaustività – si cercherà di prospettare. La sentenza della Cassazione esaminata nel precedente paragrafo riflette in tale guisa un adeguato punto di partenza per comprendere le questioni correlate all'applicazione della citata disposizione. Nel caso di specie, infatti, il Tribunale per i minorenni di Palermo, quale giudice del riesame del

⁹⁸ Cfr. C. M., Caamina Domínguez, *La «supresión» del exequátur en el R 2201/2003*, in *Quadernos de derecho transnacional*, marzo 2011, vol. 3, n. 1, 63 ss.

provvedimento adottato dal Tribunale di Córdoba, ha confermato il diniego di rimpatrio ritenendo dimostrata la circostanza citata dall'art. 13, primo paragrafo, lettera *b*), della Convenzione, cioè la sussistenza di 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. Secondo la Corte non vi è dubbio che la situazione intollerabile in cui può trovarsi un minore sottratto, ove sia disposto il suo rientro presso la residenza abituale, può essere determinata anche da rapporti fra i genitori connotati da un conflitto irrimediabile, oggettivamente apprezzabile e giuridicamente controllabile, poiché «un conflitto di tal genere è concretamente idoneo ad incidere in modo estremamente negativo sul benessere fisico e psichico del minore⁹⁹».

La pronuncia della Cassazione in sostanza eleva il conflitto tra i genitori del minore sottratto a situazione intollerabile che giustifica il diniego di ritorno del minore nello Stato di residenza abituale. Si è osservato come in tal senso la decisione della Cassazione desti talune perplessità, in quanto eleva a causa di diniego di rimpatrio *ex art. 13, paragrafo 1, lettera b)*, della Convenzione de L'Aja il *conflitto irrimediabile* tra genitori, a prescindere dalla possibilità di applicare una o più delle numerose misure di protezione del minore previste dal nostro ordinamento¹⁰⁰.

In tale prospettiva è necessario ad ogni modo muovere dalla considerazione per cui scopo immanente del regolamento – come esprime in maniera chiara il più volte citato diciassettesimo considerando – è quello di assicurare prontamente il ritorno del minore presso il luogo dove si situa il centro della sua vita quotidiana. All'uopo, ricorda sempre il citato considerando, dovrebbe essere applicata la Convenzione dell'Aja del 1980 così come integrata dal regolamento, in particolare dall'art. 11.

Si comprende allora che prioritario per il legislatore comunitario è assicurare il ritorno del minore, il non ritorno degradando ad ipotesi eccezionale che si collega al ricorrere di situazioni previste tassativamente dalla Convenzione dell'Aja. Il par. 4 dell'art. 11 riflette appieno tale filosofia, riducendo ancora di

⁹⁹ Cfr. par. 4.2 della motivazione

¹⁰⁰ Cfr., A. Salzano, *Sui rapporti intercorrenti (e sulle reciproche implicazioni) tra il cd. Regolamento di Bruxelles II bis e la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 su gli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori: per una maggiore effettiva loro tutela*, in *Dir. Famiglia* 2012, 1, 102.

più le possibilità di non ritorno del minore.

Un indirizzo interpretativo ritiene che dall'art. 11, par. 4 del regolamento derivi, per le Autorità del Paese di originaria residenza abituale del minore, un vero e proprio obbligo di valutare la necessità di adottare misure cautelari in modo tale da ottenere la menzionata *restituzione senza pericolo* del minore stesso¹⁰¹.

Si discute poi, come in parte già anticipato, se le misure adeguate di cui alla citata disposizione vadano intese in una prospettiva astratta o concreta, e cioè se risulti sufficiente in tal senso la mera ed astratta possibilità di adozione di dette misure da parte delle autorità competenti o se invece occorra dimostrare che in concreto talune misure siano state specificamente adottate.

Nel primo senso si schiera parte della dottrina straniera, la quale ritiene che le *misure adeguate* di cui alla citata disposizione devono essere concrete, effettivamente applicate e finalizzate alla protezione giuridica, materiale e psicologica del minore. Secondo tale tesi, pertanto, non è di per sé sufficiente che l'ordinamento giuridico dello Stato di abituale residenza del minore preveda in astratto la possibilità di adottare provvedimenti di protezione¹⁰². Nel senso opposto si esprime di contro l'Autorità centrale italiana, secondo la quale è sufficiente che le misure protettive siano contemplate dall'ordinamento e che esse possano essere tempestivamente attivate in caso di effettiva necessità, giudizialmente riscontrata¹⁰³.

Aderire all'una o l'altra delle riferite opzioni ermeneutiche non è scelta priva di conseguenze. E' sufficiente osservare infatti come aderendo alla prima delle prospettate letture, ossia quella che ritiene necessaria la dimostrazione che in concreto siano state adottate misure protettive, verrebbe offuscato il principio di fiducia reciproca tra gli ordinamenti, principio di assoluta centralità nel regolamento n. 2201/2003.

¹⁰¹Cfr. C. M. Caamina Domingues, *La «supresión» del exequátur en el R 2201/2003*, cit.

¹⁰²Cfr. J. M. De La Rosa Cortina, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, 201; Comunità Europea: *Guida pratica per l'applicazione del nuovo Regolamento Bruxelles II bis, Capo VII*, 33, 2005; H. Fulchiron, *La lutte contre les enlèvements d'enfants* in H. Fulchiron c. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, 2005, 234.

¹⁰³By a letter of 6 April 2007, the Italian Central Authority attested to the Latvian Central Authority that if any of the circumstances mentioned in Article 13 (b) of the Hague Convention arose Italy would be able to activate a wide-ranging child protection network which could ensure that Marko and his father received psychological help... Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 12 luglio 2011, § 20, *Sneersone Kampanella v. Italy* (application 14737/09).

Si osserva, infatti, che il principio di fiducia reciproca, che informa il regolamento, può trovare piena applicazione solo ove si presuma la capacità delle Autorità dello Stato membro di residenza abituale di disporre, senza indugio, le misure necessarie per assicurare al minore, dopo il suo rientro, l'assenza di qualsivoglia situazione intollerabile, o, comunque, caratterizzata dal rischio di pericoli fisici o psichici¹⁰⁴.

Se le Autorità del Paese in cui è stato condotto il minore adducessero, a motivo del diniego di rimpatrio, la mancata dimostrazione di una effettiva adozione di misure protettive, prima del rientro del minore stesso, da parte delle Autorità dello Stato di residenza abituale, in tal caso verrebbe probabilmente confermata l'opinione dottrinale di chi intravede, in tale negativa decisione, una certa svalutazione del detto principio di fiducia reciproca. Infatti, la negazione del ritorno per tale motivo equivarrebbe a sfiducia nella capacità e prontezza delle Autorità giurisdizionali dello Stato di origine di applicare celermente le misure di tutela e, in definitiva, nell'intero sistema di protezione¹⁰⁵.

Occorre peraltro considerare che il regolamento offre un discreto ventaglio di opzioni per assicurare la concreta protezione di un minore illecitamente sottratto da uno dei genitori. Tali misure rientrano nella giuridica disponibilità tanto del giudice dello Stato d'origine, quanto del giudice dello Stato dove il minore è stato indebitamente condotto. Va ricordato, infatti, che ai sensi dell'art. 10 del regolamento, il giudice dello Stato di origine, dove si situa la residenza abituale del minore, non perde per effetto del trasferimento illecito, la giurisdizione sul minore, di tal ch   pu   agevolmente adottare i provvedimenti protettivi ritenuti opportuni per la salvaguardia dello stesso, anche per consentire alle autorit   dello Stato del trasferimento di orientarsi serenamente nel senso del ritorno del minore.

Dall'altro lato, poi, il giudice dello Stato del trasferimento avr   a disposizione lo strumento di cui all'art. 20 del regolamento che lo abilita ad adottare provvedimenti provvisori a contenuto cautelare concernenti la persona del

¹⁰⁴ Cfr., *Summary of the Synthesis Report del Comparative study on enforcement procedures of family rights* JLS/C4/2005/06 There further appears to be a lack of understanding of the integration of the system of the Hague Abduction Convention (essentially ensuring the swift return of the child) into Regulation 2201/2003 (dealing with jurisdiction for parental responsibility in general).. in:http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm.

¹⁰⁵ Cfr. P. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracci  n internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 141-142.

minore. Tali provvedimenti, ai sensi della disposizione, conservano i propri effetti anche nello Stato d'origine, fino a che non siano sostituiti da provvedimenti adottati dai giudici di questo Stato.

Anzi, il contenuto di tali provvedimenti, eventualmente emessi dai giudici dello Stato del trasferimento, consentono di verificare in maniera più accurata se effettivamente esista la invocata situazione intollerabile per il minore presso lo Stato d'origine, atteso che - come appare verosimile - tali provvedimenti, dovrebbero per prima cosa tentare di sterilizzare i perniciosi effetti che la segnalata situazione intollerabile produce sul minore.

In definitiva, il regolamento assegna alle diverse autorità competenti un'ampia gamma di strumenti, i quali tutti condividono la medesima finalità che in definitiva anima l'intero regolamento: quella di assicurare il più solerte ritorno del minore presso il suo Stato di residenza abituale.

2.7 L'ambito di operatività del giudizio di riesame nella giurisprudenza di merito italiana: le prime indicazioni del Tribunale per i minorenni di Bologna¹⁰⁶.

Una recente e ben motivata sentenza emessa dal Tribunale per i minorenni di Bologna si è occupata dell'ambito di operatività del giudizio di riesame.

Va preliminarmente osservato che dal tenore letterale della disposizione di cui all'art. 11 del regolamento, emerge che il provvedimento che neutralizza il diniego di ritorno emesso dal giudice *a quo* possa essere adottato solo quando la decisione da rivedere abbia fondato il diniego del ritorno sull'art. 13 della Convenzione¹⁰⁷. Non dovrebbe esservi dunque spazio per il giudizio di riesame laddove il diniego di ritorno sia fondato sulle circostanze contemplate all'art. 12 della Convenzione¹⁰⁸. La sentenza del Tribunale per i

¹⁰⁶ Cfr. Sentenza 7 maggio 2009, Pres. Millo – Est. Salvatore, in *Famiglia e diritto*, 2010, I, 38 e ss., con nota di G. De Marzo, *Questioni controverse in tema di ordine di rientro dei minori illecitamente sottratti in ambito europeo*, in *Famiglia e diritto*, 2010, I, 43 e ss.

¹⁰⁷ Ai sensi dell'art. 13 comma 1 della Convenzione dell'Aja, "l'Autorità non è tenuta a ordinare il rientro qualora la persona, istituzione o ente che si oppone al ritorno, dimostri: a) che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno; o b) che 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". Inoltre, ai sensi del comma 2, l'Autorità dello Stato in cui il minore è stato condotto "può altresì rifiutarsi di ordinare il rientro del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere". Cfr. F. Corbetta, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, 8-9, 715.

¹⁰⁸ Cfr., diffusamente, par. 8 della motivazione. Va ricordato che tale disposizione legittima una pronuncia contro il rientro solo nel caso in cui si verifichino entrambe le seguenti condizioni: a) che la domanda sia stata presentata dopo più di un anno dalla sottrazione; b) che il minore si sia integrato nel nuovo ambiente.

minori di Bologna ha affrontato la questione concernente l'adottabilità di un provvedimento ex art. 11, par. 8 allorquando nel primo *decisum* manchi qualsiasi riferimento esplicito alle circostanze escludenti il ritorno di cui all'art. 13 della Convenzione dell'Aja. Se la menzione di tali circostanze manca del tutto ovvero, se la pronunzia del primo giudice difetti di una adeguata motivazione in ordine alla presenza delle stesse, ci si chiede se il congegno in parola sia o meno adoperabile.

Sulla questione si è verificato un contrasto tra il Tribunale per i minori di Bologna e l'autorità giurisdizionale portoghese. Quest'ultima aveva deciso il non ritorno di un minore avente la residenza abituale in Italia e la decisione era stata poi sottoposta al giudizio di riesame dinanzi al Tribunale emiliano. Secondo l'indirizzo del giudice portoghese, il fatto che la decisione contro il ritorno non facesse alcun riferimento alle circostanze di cui all'art. 13 della Convenzione dell'Aja ne avrebbe inibito il riesame.

Siffatto modo formalistico di concepire il funzionamento del giudizio di riesame è stato respinto in radice dal Tribunale per i minori di Bologna, il quale, con articolata pronunzia, ha affermato che ciò che conta ai fini della sua applicazione è che il provvedimento neghi il ritorno del minore e che tale diniego sia collegato - non necessariamente nel dispositivo del provvedimento - ad una delle situazioni di cui all'art. 13 della Convenzione. Secondo il giudice italiano, se si condividesse la lettura del Tribunale portoghese l'operatività del giudizio di riesame dipenderebbe dal modo in cui il giudice *a quo* ha elaborato la decisione, nel senso che basterebbe omettere il riferimento alle circostanze ex art. 13 per rendere immune la decisione dal riesame ex art. 11, par. 8 del regolamento¹⁰⁹. Ciò condurrebbe in definitiva alla vanificazione dell'effetto utile del regolamento comunitario. Una lettura orientata proprio all'effetto utile del regolamento¹¹⁰ richiede invece

¹⁰⁹ Cfr. par. 8 della motivazione dove il Tribunale osserva acutamente che se fosse fondato l'assunto patrocinato dal giudice portoghese, esso: "aprirebbe la strada ad ogni tipo di irrazionalità ed elusione perchè consentirebbe agli stati aditi di procedere ai sensi dell'art. 7 della Convenzione dell'Aja 1980 di emettere pronunce contro il ritorno formalmente non fondate sull'art. 13, anche prive di qualunque motivazione, e pertanto di ritardare o omettere l'invio del provvedimento e degli atti relativi, si da non attivare il procedimento previsto e consentito allo stato di residenza abituale dai commi 7 e 8 dell'art. 11 del Regolamento".

¹¹⁰ Sull'effetto utile del Regolamento (CE), n. 2201/2003 v. CGUE, 11 luglio 2008, in C-195/08, cit., ove la Corte, facendo leva sull'effetto utile del regolamento n. 2201/2003, ha chiarito che una volta emanato un provvedimento contro il ritorno di un minore e portato a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato previsto all'art. 42 del Regolamento, che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno quando il ritorno del minore non ha effettivamente avuto luogo.

che il congegno in parola non sia paralizzato dal modo in cui è adottato il provvedimento dal primo giudice. La decisione di non ritorno, ancorché carente di riferimenti testuali alle circostanze che consentono il diniego, ovvero priva di una adeguata motivazione, si presta comunque al controllo di cui all'art. 11, par. 8 del regolamento se, in base ad una complessiva valutazione del caso, emerge che il diniego di rientro sia stato nella sostanza ancorato alla sussistenza di condizioni ostative al rientro dello stesso (ex art. 13) ed anche nel caso in cui difetti *tout court* una precisa motivazione sul punto.

Tale soluzione è condivisibile da un lato perché si fonda su un approccio di tipo sostanziale, in omaggio all'impostazione dell'intero regolamento volto, come detto, a valorizzare la competenza dell'autorità della residenza abituale del minore – che individua il cosiddetto “giudice di prossimità” dello stesso – al quale non è dato sottrarre la cognizione con espedienti messi in atto dalle parti ed ulteriormente avallate dal giudice dello Stato dove il minore è stato illecitamente condotto; dall'altro, giacchè ha il pregio di aggiungere un ulteriore tassello alla impegnativa ricostruzione del giudizio di riesame.

CAPITOLO III

ASPETTI PROBLEMATICI RELATIVI ALLA DISCIPLINA DELLA GIURISDIZIONE NEL REGOLAMENTO N. 2201/2003.

3.1 Premessa

La tematica della giurisdizione e dei criteri che servono a radicarla rappresentano un settore di indubbia importanza nell'economia del regolamento n. 2201/2003¹¹¹.

Ad occuparsene è precisamente il Capo II, denominato "Competenza", nel quale trovano collocazione i molteplici criteri attributivi della giurisdizione sulle controversie in materia familiare e di responsabilità genitoriale.

Va preliminarmente osservato che il tema dei titoli di giurisdizione appare strettamente connesso a talune problematiche investigate nelle pagine precedenti, legandosi, ad esempio, a doppio filo con il giudizio di riesame di cui all'art. 11, parr. 6 e s.s. del regolamento illustrato nel capitolo precedente. In particolare, l'epilogo del giudizio di riesame può determinare – come già segnalato – un mutamento della giurisdizione, sottraendola al giudice dello Stato di residenza abituale a favore di quello del trasferimento¹¹².

¹¹¹ Sul tema della giurisdizione nel regolamento n. 2201/2003 e nel precedente regolamento n. 1347/2000 la bibliografia è molto ampia. Si vedano tra i lavori più recenti: G. Biagioni, *Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 4, n. 1, 2012, pp. 20 – 36, reperibile al sito Internet www.uc3m.es/cdt; R. Molè, *Il regolamento CE n. 2201/2003 (Bruxelles II bis): i criteri di riparto della giurisdizione e la disciplina della sottrazione internazionale dei minori*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2012, pp.366-375; S. Marino, *Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della Corte di giustizia CE*, in Rivista di diritto processuale, 2010, pp. 467-476; M.C. Baruffi, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008, pp. 257 – 281; F. Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in R.D.I.P.P., 2007, pp. 63-84; F. Uccella, *La competenza internazionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di famiglia e di responsabilità parentale: regime comune nell'ambito dell'Unione europea*, in Vita notarile, 2006, pp. 1261-1286; I. Lombardini, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il Regolamento comunitario n. 2201 del 2003 (Prima parte) e (Seconda Parte)*, in Studium iuris, 2005, pp. 555-566; pp. 723-731; G. Biagioni, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in Rivista di diritto internazionale, 2004, pp. 991-1035; A. Di lieto, *Il Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale*, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2004, pp. 117-137; R. Baratta, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in Giustizia civile, 2002, pp. 455-469; A. Magri, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di potestà dei genitori: una proposta di regolamento CE*, in Europa e diritto privato, 2002, pp. 605-617; F. Mosconi, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in Rivista di diritto processuale, 2001, pp. 376-408.

¹¹² In definitiva, il giudizio di riesame, per le vedute caratteristiche, si rivela dunque strumento idoneo ad incidere tanto sul piano

Si comprende dunque la ragione per cui un'indagine sul tema della giurisdizione assume per un verso una dimensione di schietta attualità, considerata la quotidiana applicazione che tali criteri ricevono sul piano giurisprudenziale, e per l'altro una valenza complementare rispetto alle tematiche che hanno formato oggetto della presente speculazione.

Per le ragioni esposte, ed in linea con l'opzione ricostruttiva privilegiata dallo scrivente¹¹³ appare dunque necessario offrire anzitutto un quadro complessivo di ciascuno dei molteplici titoli di giurisdizione enucleati dal regolamento in parola, riservando, al termine di tale panoramica, un esame più approfondito sul titolo di giurisdizione conferente in tema di sottrazione di minori, ossia quello che opera - tra le altre ipotesi - all'esito del giudizio di riesame.

3.2 Cenni sulla giurisdizione in materia di controversie matrimoniali.

Innovando rispetto al regolamento n. 1347/2000, il regolamento n. 2201/2003 qui in esame dedica alle norme sulla giurisdizione due sezioni diverse, una per le controversie matrimoniali (Capo II, Sez. prima) e l'altra per quelle sulla responsabilità genitoriale (Capo II, Sez. seconda). In entrambi i casi, la formulazione delle norme fa escludere che i criteri del regolamento possano essere utilizzati, oltre che per individuare lo Stato dotato di giurisdizione, anche per l'attribuzione in via diretta della competenza territoriale all'interno di quel medesimo Stato.

Nelle controversie matrimoniali, l'art. 3 propone un'articolata serie di criteri di collegamento tra loro alternativi, senza alcuna gerarchia reciproca. In effetti, il regolamento non mira ad escludere competenze giurisdizionali multiple ma, anzi, prevede espressamente la coesistenza di più giudici competenti di pari rango¹¹⁴. La necessità di bilanciare gli interessi contrapposti delle parti e le considerazioni di ordine pubblico degli Stati membri, dunque, lasciano un certo margine al *forum shopping*, tollerato nella misura in cui, alla base di ogni criterio utilizzato, vi è uno stretto collegamento

sostanziale, nella misura in cui statuisce con definitività sulla questione del ritorno del minore, oppure allorquando decide circa il definitivo assetto della responsabilità genitoriale; quanto sul versante processuale, allorquando determina in particolare i presupposti per una traslazione intracomunitaria della *potestas iudicandi*.

¹¹³ V., sul punto l'introduzione al presente lavoro.

¹¹⁴ Corte giust. 16 luglio 2009, in C-168/08, Hadadi c. Mesko in Hadadi, in <http://eur-lex.europa.eu>.

tra parti, giudice e controversia. L'approccio alla giurisdizione, nel contesto in esame, è ben diverso da quello del regolamento Bruxelles I.

Laddove, infatti, nel regolamento n. 44/2001, si ripudia il criterio della nazionalità e si riducono al minimo le ipotesi di *forum actoris*, qui il legislatore europeo non ha potuto ignorare la rilevanza della cittadinanza nei procedimenti relativi allo stato delle persone né la tendenza degli ordinamenti nazionali, nell'ambito del contenzioso matrimoniale, a permettere ai propri cittadini di agire nel foro domestico. L'art. 3, dunque, rappresenta un compromesso tra un'impostazione più tradizionale ed una più attenta allo stretto collegamento territoriale tra giudice, parti e controversia, anche alla luce della notevole "mobilità" che caratterizza le crisi dei matrimoni transnazionali, spesso con finalità di *forum shopping*.

Alla lettera a), si attribuisce competenza al giudice dello Stato nel cui territorio si trova la residenza abituale dei coniugi, o l'ultima residenza abituale degli stessi se uno di loro vi risiede ancora, o la residenza abituale del convenuto, o, in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, o la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o per sei mesi qualora sia un cittadino dello Stato membro di residenza.

Rispetto al criterio dell'ultima residenza abituale dei coniugi, se uno di loro vi risiede ancora al momento in cui viene proposta la domanda, il coniuge che continua a vivere in tale luogo può essere sia l'attore che il convenuto.

L'eventuale *forum actoris* si giustifica alla luce della stretta connessione tra le corti locali e la vita matrimoniale delle parti. Tale criterio, d'altro canto, attribuisce al coniuge che sia rimasto nella casa coniugale un vantaggio giurisdizionale, rispetto a quello che si sia trasferito altrove, il quale, per un periodo di sei/dodici mesi, potrà agire esclusivamente nel foro dell'ultima residenza comune (e, dunque, nel foro del convenuto).

Quanto al foro della residenza abituale dell'attore, nell'ottica del compromesso cui si faceva riferimento in precedenza, il termine "dilatorio" di un anno impedisce al coniuge che abbia lasciato l'abitazione coniugale di agire immediatamente nello Stato in cui si sia trasferito. D'altro canto, il

termine dimezzato per la proposizione dell'azione nello Stato di cui l'attore abbia la nazionalità, valorizza il legame tra gli ordinamenti ed i propri cittadini. Tale *forum actoris*, d'altro canto, si applica a prescindere dalla nazionalità delle parti¹¹⁵ e dal luogo in cui risiede abitualmente il coniuge convenuto: il Tribunale di prima istanza di Liegi, in una decisione del 24 novembre 2009, ad esempio, ha affermato la propria giurisdizione a pronunciare il divorzio tra due coniugi pakistani, a fronte della residenza del marito ricorrente in Belgio da oltre un anno, nonostante risultasse sconosciuta la residenza della moglie convenuta.

L'esercizio di questo criterio di collegamento, peraltro, può "costringere" i giudici nazionali ad individuare il foro territorialmente competente anche in mancanza di esplicite disposizioni nella *lex fori*. Nella fattispecie sopramenzionata, ad esempio, il Tribunale di Liegi ha ritenuto che, poiché la giurisdizione derivava dalla residenza in Belgio del ricorrente, tale criterio potesse essere adottato anche per determinare la competenza territoriale.

La giurisprudenza italiana ha chiarito (ove ve ne fosse stato bisogno) che il foro della residenza "ultra annuale" del ricorrente può essere invocato anche qualora la domanda non sia proposta congiuntamente da entrambi i coniugi¹¹⁶.

La lettera b) dell'art. 3, d'altro canto, prevede come criterio di collegamento la nazionalità comune delle parti dello Stato membro del foro. In via alternativa ai fori basati sulla residenza abituale di una delle parti, dunque, questa disposizione attribuisce una sorta di giurisdizione universale (ma non esclusiva) allo Stato di cui entrambi i coniugi sono cittadini. Al riguardo, si è chiarito che, in caso di coniugi con doppia cittadinanza comune, sussiste la giurisdizione "paritetica" di entrambi gli Stati interessati, senza che una nazionalità possa prevalere sull'altra.

Il giudice competente sulla domanda principale, ai sensi dell'art. 4, può altresì conoscere di eventuali domande riconvenzionali proposte dal convenuto e rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento. Non si richiede, peraltro, che sussista una connessione oggettiva tra domanda principale e riconvenzionale: nulla esclude, dunque, almeno in via teorica,

¹¹⁵ Ad esempio, Trib. Belluno, 5 novembre 2010, cit., applica il criterio di collegamento in esame in un'azione proposta dalla moglie Ucraina, residente da oltre un anno nella città veneta.

¹¹⁶ Cass., S.U., ord. 17 febbraio 2010, n. 3680, in Dir. famiglia, 2010, I, p.1195.

che si possa introdurre una domanda riconvenzionale di divorzio in un procedimento di separazione (o vice versa).

Nel capo del regolamento dedicato alla giurisdizione sulla responsabilità genitoriale, d'altronde, non è prevista una norma equivalente a quella dell'art. 4. Non si può peraltro ritenere che il legislatore europeo abbia voluto escludere *tout court* l'ammissibilità delle domande riconvenzionali nelle controversie relative ai minori. Piuttosto, si deve pensare che non possano sorgere problemi di giurisdizione rispetto alla riconvenzionale che riguardi il medesimo minore cui si riferisce la domanda principale.

Un ulteriore criterio di collegamento "speciale", in aggiunta a quelli dell'art. 3, è previsto dall'art. 5, con riferimento alla possibilità, per l'autorità giurisdizionale dello Stato membro che si è pronunciato sulla separazione personale, di convertirla in una decisione di divorzio, qualora ciò sia previsto dalla legislazione dello Stato in questione (la norma appare dunque inapplicabile in Italia).

3.3 La giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale.

Il regolamento n. 2201/2003 istituisce per le cause in materia di responsabilità genitoriale un sistema completo di titoli di giurisdizione¹¹⁷.

Le conferenti disposizioni determinano esclusivamente lo Stato membro le cui autorità giudiziarie hanno giurisdizione ma non i giudici funzionalmente o territorialmente competenti all'interno di ciascuno Stato membro, essendo tale questione devoluta al diritto processuale interno, in riferimento al quale è utile consultare l'atlante giudiziario europeo e la Rete giudiziaria europea¹¹⁸.

Le regole di competenza si informano all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza¹¹⁹.

La giurisdizione appartiene innanzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente (art. 8 del regolamento). E' quest'ultimo il titolo

¹¹⁷Cfr., E. M. Magrone, *Nelle controversie che investono un minore più tutela con il criterio della vicinanza*, in Guida al diritto, *Diritto comunitario e internazionale*, 2005, I, 19 ss.

¹¹⁸ In via preliminare occorre segnalare che nelle pagine che seguiranno, saranno adoperate in maniera promiscua le espressioni competenza e giurisdizione. E' evidente che anche laddove si farà impiego della locuzione "competenza", si intende far riferimento al concetto tecnico di giurisdizione, giacché a tale concetto si richiama il regolamento allorché disciplina – come si illustrerà nel testo – i vari criteri di distribuzione delle cause tra giudici appartenenti a Stati membri diversi.

¹¹⁹ Cfr., P. Hammje, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, in *Mélanges P. Lagarde*, 373; B. Ancel, h. Muir-Watt, *La désunion européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II'*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 403-457.; E. M. Magrone, *Nelle controversie che investono un minore più tutela con il criterio della vicinanza*, cit., p. 29 e ss.

generale di giurisdizione prescelto dal legislatore comunitario.

Ai sensi dell'art. 8, infatti, sussiste la competenza "generale" delle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente alla data di proposizione della domanda, salvo quanto previsto dai successivi artt. 9, 10 e 12. Il presupposto di tale norma è che il criterio della residenza abituale del minore garantisca la prossimità tra il minore stesso e il giudice che deve decidere sulle sue modalità di vita.

Per la giurisdizione in materia di sottrazione dei minori, rileva essenzialmente l'art. 10 del regolamento. Detta disposizione disciplina, come si vedrà *infra*, quella che potrebbe essere indicata con l'espressione "dinamica della giurisdizione" in caso di trasferimento illecito di un minore in un luogo diverso da quello della propria residenza abituale.

Con la locuzione "dinamica della giurisdizione" ci si riferisce essenzialmente ai mutamenti del foro competente che conseguono a determinati esiti del giudizio di riesame, anche se – e tale precisazione appare qui necessaria – l'art. 10 non si applica soltanto agli esiti del giudizio di riesame, limitandosi a designare, al contrario, il foro speciale che opera in presenza di episodi di sottrazione di minori.

Ferma la centralità del criterio di giurisdizione di cui all'art. 10 ai fini di un'indagine concernente in via essenziale il tema della sottrazione internazionale dei minori, come programmato, non ci si può sottrarre in questa sede dall'offrire una compiuta panoramica sulla gamma dei diversi titoli di giurisdizione introdotta dal regolamento n. 2201/2003 in materia di responsabilità genitoriale.

Beninteso, non si procederà al vaglio dei criteri di collegamento operanti in materia matrimoniale, ma verranno analizzati in dettaglio soltanto quelli che presiedono al riparto della giurisdizione in relazione alle controversie aventi ad oggetto la responsabilità genitoriale.

Si affronteranno poi le questioni più interessanti emerse nella giurisprudenza, soprattutto interna con riferimento ai criteri di collegamento che hanno registrato una più diffusa applicazione ad opera del diritto vivente.

Sul punto occorre preliminarmente osservare come accanto al criterio uniforme di giurisdizione cristallizzato all'art. 8 del regolamento e fondato

sulla residenza abituale del minore, esistano taluni titoli speciali di giurisdizione che designano altrettanti fori speciali, talvolta anche esclusivi. Le norme di riferimento sono contenute negli artt. da 8 a 15 del regolamento.

3.4 Il principale titolo di giurisdizione: l'art. 8 e la residenza abituale del minore.

L'art. 8 esprime come anticipato il fondamentale principio secondo il quale il foro più adeguato per la cognizione di vertenze concernenti la responsabilità genitoriale è quello dello Stato membro della residenza abituale del minore.

Si può affermare allora che l'intero sistema della competenza giurisdizionale in materia di responsabilità genitoriale - laddove in materia matrimoniale il regolamento n. 2201/2003 ripropone le disposizioni previgenti - si impernia sul foro generale della residenza abituale del minore di cui all'art. 8.

Sul punto la fonte comunitaria segue la tendenza avviata dalla Convenzione dell'Aja del 1996¹²⁰, che ha innovato rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1961¹²¹ eliminando la concorrenza tra il foro della residenza abituale del minore ed il foro della cittadinanza. La scelta di assegnare assoluta preminenza a tale titolo di giurisdizione è intesa a valorizzare il principio della vicinanza¹²², in ossequio al quale si ritiene preferibile che la causa sulla responsabilità genitoriale si radichi il più vicino possibile all'ambiente di vita del minore.

Proprio a tale proposito, vale la pena di richiamare talune significative considerazioni svolte dalle sezioni unite della Corte di Cassazione nella recente ordinanza n. 30646 del 2011, la quale verrà più diffusamente esaminata *infra* con riguardo alla applicazione dell'art. 12 del regolamento n. 2201/2003 e alle condizioni che giustificano la proroga della competenza giurisdizionale. La Corte ricollega il principio della vicinanza, corollario del

¹²⁰ Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale e misure di protezione dei minori.

¹²¹ Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, ratificata e resa esecutiva con la Legge 24 ottobre 1980 n. 742.

¹²² Cfr., Cass. S.U., Sentenza 6-21 ottobre 2009 n. 22238, nella quale a proposito di tale criterio di collegamento si osserva efficacemente: "Effettivamente il criterio di collegamento su cui si fonda il riparto di giurisdizione tra autorità giurisdizionali di Stati membri della U.E., in ordine alle decisioni sull'affido e le modalità di visita a figli minori, in base all'art. 8 del Regolamento CE n. 2201 del 2003, è quello della residenza abituale del figlio, per il rapporto di prossimità del minore al giudice che deve decidere sulle modalità di vita di lui." Cfr., su tale criterio Cass. S.U. 24 marzo 2006 n. 6585 e 7 marzo 2005 n. 4807 e sul principio di prossimità, utile per individuare il giudice territorialmente competente in rapporto all'affidamento di minori, cfr. la recente Cass. S.U. 9 dicembre 2008 n. 28975. Cfr., E. M. Magrone, *Nelle controversie che investono un minore più tutela con il criterio della vicinanza*, cit., p. 29 e ss.

criterio della residenza abituale del minore, anche ad un'esigenza potrebbe dirsi di tipo giurisdizionale, da intendersi in termini di maggiore comodità dell'accertamento e dell'istruttoria là dove la causa venga trattata dalle autorità della residenza abituale del minore. "Risulta dunque all'evidenza come sia stato privilegiato, ai fini della determinazione della competenza, il parametro riconducibile al luogo in cui il minore si trova stabilmente ed in cui sia pertanto ravvisabile il centro dei suoi affetti ed interessi, soluzione questa che trova fondamento anche nel più corretto ed agevole sviluppo processuale che ne deriva, essendo incontestabilmente molto più complesso, per un giudice che operi a distanza dal luogo in cui si trova il minore, compiere tutti gli atti istruttori necessari ai fini del decidere"¹²³.

Peraltro, il richiamo all'ambiente di vita del minore sollecita a chiarire cosa debba intendersi con l'espressione "residenza abituale" dello stesso.

Va a tal proposito precisato che il concetto di residenza abituale non è definito dal regolamento, ma deve essere determinato dal giudice volta per volta nel caso concreto sulla base di elementi di fatto. Esso deve essere interpretato alla luce degli obiettivi del regolamento comunitario, onde, assume una connotazione autonoma rispetto ai diversi significati che lo stesso concetto assume nelle legislazioni dei singoli Stati membri. La nozione di residenza abituale è pertanto nozione autonoma di diritto comunitario.

All'uopo, per residenza abituale del minore non può intendersi il "luogo in cui l'interessato ha stabilito il centro permanente dei suoi interessi": tale accezione, infatti, non pare utilizzabile nella specie, perché in relazione ad un minore non si può, di regola, prefigurare una scelta di tal tipo.

Ne discende dunque l'opportunità di ricostruire il significato della residenza abituale negli stessi termini funzionali emersi in passato nella trattazione della Convenzione dell'Aja 1961 e della Convenzione dell'Aja 1980.

Ad ogni modo, la sentenza della Corte di Giustizia del 2 aprile 2009, in C-523/07 ha precisato che la nozione di "residenza abituale" ai sensi dell'art. 8, n. 1 del regolamento n. 2201/2003, deve essere interpretata nel senso che tale residenza corrisponde al luogo che denota una certa integrazione in un

¹²³ Cfr., Cass. S.U., ordinanza n. 30646 del 30/12/2011 (Rv. 620614), in CED, Corte di Cassazione reperibile al seguente indirizzo: <http://www.italgiureweb.it>.

ambiente sociale e familiare. A tale fine, si deve in particolare tener conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato. Compete al giudice nazionale stabilire la residenza abituale del minore, tenendo conto delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie.

La determinazione della residenza abituale dovrà pertanto avvenire *case by case*, sulla base dei vari elementi di fatto che si riallacciano alla situazione familiare e personale del minore, tenendo conto che, come si evince dall'art. 9 del regolamento n. 2201/2003, l'abitudine non presuppone il decorso di un periodo di tempo particolarmente lungo. Infatti, la valutazione concreta di volta in volta effettuata dal giudice implica che ancorché l'aggettivo "abituale" tenda ad indicare una certa durata, non può escludersi che il minore acquisisca la residenza abituale in uno Stato membro, a limite, anche lo stesso giorno del suo arrivo, perché ciò dipende appunto dagli elementi fattuali del caso concreto¹²⁴.

In dettaglio, la nozione di residenza abituale fa riferimento non alla residenza anagrafica, ma al centro della condotta di vita e al fulcro dei legami sociali e affettivi del soggetto interessato e va intesa come il luogo in cui quest'ultimo ha fissato con carattere di stabilità il centro permanente o abituale dei propri interessi¹²⁵.

Oltre alla presenza fisica di un soggetto in uno Stato membro, si devono considerare altri fattori idonei a dimostrare che tale presenza non sia in alcun modo temporanea o occasionale e che la residenza del soggetto denoti una certa integrazione in un ambiente sociale e familiare¹²⁶. Con riferimento ai minori, come si è più volte già accennato, secondo i giudici del Lussemburgo, si deve, in particolare, tenere conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle

¹²⁴ Cfr., in tal senso, la recente Cass. S.U., 17 gennaio 2012, n. 1984, la quale ha affermato che per residenza abituale del minore di cui all'art. 8 del regolamento n. 2201/2003 deve intendersi quello del concreto e continuativo svolgimento della vita personale (Cass. S.U. ord. 17 febbraio 2010 n. 3680), e non quello risultante da un calcolo puramente aritmetico del vissuto. Cfr., Corte giust. 2.04.2009, in C-523/07.

¹²⁵ Cass. S.U., ord. 17 febbraio 2010, n. 3680, cit.

¹²⁶ Per una fattispecie in cui si discute se la residenza di un minore fosse in Germania o in Italia, v. Trib. min. Firenze, 12 aprile 2005, in Foro tosc., 2005, p.315

ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato.

Sempre secondo la Corte di giustizia, l'intenzione dei genitori di stabilirsi con il minore in un altro Stato membro, manifestata attraverso determinate circostanze esterne, come l'acquisto o l'affitto di un alloggio nello Stato membro ospitante, può costituire un indizio del trasferimento della residenza abituale. Un ulteriore indizio può essere la presentazione di una domanda per ottenere un alloggio sociale presso i relativi servizi del detto Stato. Per contro, la circostanza che i minori soggiornino in uno Stato membro in cui, per un breve periodo, non hanno fissa dimora può essere un indizio che la residenza abituale di tali minori non si trovi in questo Stato¹²⁷.

Rispetto al criterio in esame non rileva che alcuna autorità giudiziaria abbia stabilito formalmente la residenza abituale di un minore¹²⁸. Per quanto riguarda l'Italia, si è affermato che il concetto di residenza abituale corrisponde a fatti accertabili dal solo giudice di merito, la cui decisione non è censurabile per cassazione se motivatamente accertata¹²⁹.

E' peraltro essenziale evidenziare poi che la competenza si radica al momento in cui l'autorità giudiziaria viene adita. Opera a tal riguardo il principio della *perpetuatio fori*, in ragione del quale se nelle more del procedimento muta la residenza abituale del minore, tale mutamento non spiega alcun effetto sulla giurisdizione del giudice adito, salve le eccezioni previste dal regolamento stesso e di cui si dirà *infra*.

3.5 I titoli speciali di giurisdizione.

Gli articoli 9, 10, 12 e 13 del regolamento introducono titoli speciali di giurisdizione, cui si ricollegano altrettante eccezioni al principio della

¹²⁷ Per Trib. min. Catania, 23 luglio 2008, in <http://www.affidamentocondiviso.it>, ad esempio, il fatto che la madre avesse trasferito il figlio in Germania nel corso dell'anno scolastico «e con connotati di repentinità (e quindi senza una sicura programmazione che prefigurasse quantomeno il proposito del suo radicarsi) non poteva fare ritenere "stabile" la nuova residenza del minore stesso (in una fattispecie in cui il ricorso avanti al giudice italiano era stato pro-posto «dopo poco più di due mesi dal trasferimento»).

¹²⁸ Trib. min. Emilia Romagna, decreto 14 gennaio 2010, in <http://www.giuraemilia.it>.

¹²⁹ Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 67.

giurisdizione fondata sulla residenza abituale del minore.

Ed invero, l'art. 13 del regolamento pone una regola di competenza pur essa a carattere generale che opera allorché non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore, e purché la competenza giurisdizionale non sia prorogata ai sensi dell'art. 12. In tal caso, così come accade in presenza di minori rifugiati, sono competenti ai sensi dell'art. 13 del regolamento, i giudici dello Stato membro in cui il minore è temporaneamente presente.

Si tratta, dunque, di una novità del regolamento n. 2201/2003 che prevede un *forum necessitatis*, per l'ipotesi in cui non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore né determinare la competenza ai sensi dell'art. 12: in tal caso, dunque, si attribuisce, eccezionalmente, competenza ai giudici dello Stato membro in cui si trova il minore.

La presenza del minore costituisce criterio di collegamento anche rispetto ai minori rifugiati o sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro paesi.

3.5.1 L'art. 9 del regolamento n. 2201/2003: la c.d. ultrattività della competenza dello Stato di residenza abituale.

La disposizione, rubricata "ultrattività della competenza della precedente residenza abituale", si riferisce agli episodi di trasferimento *lecito* del minore in Stati diversi da quello dove il minore aveva la residenza abituale.

In tali ipotesi, il titolare del diritto di visita – stante il trasferimento del minore – è abilitato a rivolgersi al giudice della precedente residenza abituale dello stesso per ottenere un cambiamento dei termini del diritto di visita.

La norma prevede un'eccezione all'art. 8 del regolamento giacché, pur essendosi verificato in fatto un mutamento della residenza abituale del minore, il foro competente per le sole controversie concernenti l'esercizio del diritto di visita non muta, verificandosi – si badi, solo per questo tipo di controversie – una proroga della *potestas iudicandi* dell'autorità giudiziaria competente prima del trasferimento¹³⁰.

Tale innovativa disposizione esprime molto bene la sua finalità. Essa, infatti,

¹³⁰ Cfr., Cass. n. 27188 del 2006, ove si specifica l'applicabilità della disposizione alle sole pronunzie sul diritto di visita e non a quelle sull'affidamento. In senso conforme, Cass. S.U. n. 22238 del 2009.

nella prospettiva di non vanificare la libertà di movimento dei cittadini europei nello spazio comunitario, ha inteso al contempo tutelare anche le ragioni del titolare del diritto di visita. Quest'ultimo, di fronte ad un trasferimento del minore in un altro Stato, ha la possibilità di chiedere un adeguamento del diritto di visita non all'autorità giudiziaria del nuovo Stato membro (che sarebbe competente ex art. 8 del regolamento), ma – solo per un periodo di tre mesi – all'autorità che già aveva statuito sul diritto di visita.

L'operatività dell'art. 9 e della cennata ultrattività della competenza in esso prevista subordina alle seguenti condizioni.

In primo luogo è necessario che le autorità giudiziarie dello stato membro d'origine abbiano emesso una decisione sul diritto di visita. Per ciò che si è affermato, è evidente che se non fosse stata emanata alcuna decisione sul diritto di visita, l'ultrattività della competenza del giudice dello Stato membro d'origine non avrebbe alcuna ragion d'essere e del pari non avrebbe alcun senso l'eccezione al foro generale di cui all'art. 8 del regolamento.

La norma in questione si applica poi soltanto ai trasferimenti leciti; per i trasferimenti illeciti, ossia di episodi di sottrazione di minori troverà applicazione non l'art. 9, ma l'art. 10 del regolamento¹³¹.

Un'altra condizione è di natura temporale: l'ultrattività della competenza opera soltanto durante il periodo di tre mesi successivo al trasferimento del minore. E' appena il caso di segnalare, a tal proposito, che il periodo di tre mesi decorre dalla data in cui il minore si trasferisce fisicamente dallo Stato membro d'origine. La data del trasferimento, in particolare, non deve essere confusa con la data in cui il minore acquisisce la residenza abituale nel nuovo Stato membro.

Ancora, ai fini dell'operatività della norma, occorre che il minore – nel termine dei tre mesi – abbia acquisito la residenza abituale presso il nuovo Stato membro. Appare evidente che in difetto di tale condizione non vi sarebbe spazio per l'ultrattività della competenza, atteso che la stessa risulterebbe

¹³¹ Cfr., I. Viarengo, in A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto della famiglia*, 2011, 2992. Il regolamento, al pari della Conv. dell'Aja del 1980, configura il trasferimento come illecito solo se posto in essere dal titolare del diritto di visita, non assumendo rilevanza il mutamento della residenza abituale di un minore in caso di trasferimento (lecito) da parte del titolare esclusivo del diritto di affidamento. In tale ultima ipotesi il genitore non affidatario potrà chiedere il mutamento delle condizioni di visita, anche per il tramite delle autorità centrali. In caso di affidamento congiunto in capo a entrambi i genitori o di affidamento esclusivo ad uno dei due, ma con prescrizioni particolari di residenza, il trasferimento del luogo di residenza operato rispettivamente da uno dei due genitori o dal titolare del diritto di affidamento all'insaputa dell'altro si configura come illecito: Trib. Min. Emilia Romagna 7-05-2009, Fam. e d. 10, 38 e ss., comm. G. De Marzo, 43 ss. In generale, v., M. G. Cubeddu, *La responsabilità genitoriale i trasferimenti di residenza dei minori*, in S. Patti – Cubeddu, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, 349 ss. Inoltre è illecito il trasferimento all'estero effettuato dal genitore affidatario in violazione dell'accordo di separazione che escludeva il mutamento della residenza se non è decorso il termine dell'anno.

ancora radicata, ex art. 8 del regolamento, presso lo Stato d'origine.

Occorre inoltre che il titolare del diritto di visita posseda ancora la residenza abituale nello Stato membro d'origine. E' necessario infine che quest'ultimo non abbia accettato il mutamento di giurisdizione.

A tal proposito va osservato che, fatta salva per il titolare del diritto di visita la facoltà di ricorrere al giudice del nuovo Stato membro per conseguire un adeguamento dello stesso, perché operi la competenza ultrattiva del giudice dello Stato membro d'origine ex art. 9 del regolamento, occorre che il genitore non accetti – neppure implicitamente – la giurisdizione del nuovo Stato membro.

Un'accettazione implicita si verifica invece allorché quest'ultimo prenda parte al giudizio senza contestare la giurisdizione dell'autorità adita¹³².

La previsione di cui all'art. 9 mira infatti ad agevolare sul piano giurisdizionale il genitore che rimane nello Stato di provenienza e può avere interesse a modificare i provvedimenti esistenti per tenere conto della nuova situazione venutasi a creare a seguito del trasferimento. Proprio per questo, tale proroga viene meno in caso di accettazione della giurisdizione da parte del titolare del diritto di visita rimasto nello Stato di partenza e, a fortiori, qualora quest'ultimo abbia presentato un'istanza relativa a tale diritto nello Stato ove si trova la nuova residenza del figlio.

3.5.2 L'art. 10 del regolamento n. 2201/2003: la giurisdizione in materia di sottrazione internazionale di minori.

Il ruolo del regolamento n. 2201/2003 rispetto alla problematica della sottrazione internazionale di minori è particolarmente innovativo. Dove il regolamento n. 1347/2000, all'art. 4, si limitava a richiamare le disposizioni della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, il nuovo art. 10 del regolamento n. 2201/2003 detta una disciplina specifica ad hoc sulla competenza giurisdizionale in tale ambito, in deroga alle norme della *abduction convention*¹³³.

¹³² Sul punto si vedano *infra* le considerazioni concernenti l'operatività del principio di non contestazione in relazione all'operatività del titolo di giurisdizione ex art. 12 del regolamento n. 2201/2003.

¹³³ Sull'art. 10 cfr. Espinosa Calabuig, *La sottrazione di minori nell'Unione europea: tra Regolamento n. 2201/2003 e Convenzione*

In premessa, occorre osservare che tale disposizione – come recita la rubrica – si riferisce specificamente alla competenza nei casi di sottrazione di minori.

La norma, che prevede un foro speciale esclusivo, si prefigge l'obiettivo – già fatto proprio dall'art. 16 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione dei minori – di evitare che l'evento sottrattivo possa determinare uno spostamento della giurisdizione relativa alla responsabilità genitoriale sul minore. Così facendo, la disposizione in commento disincentiva gli illeciti trasferimenti di minori in altri Stati, giacché elide uno degli effetti maggiormente ricercati dagli autori di episodi sottrattivi, ossia incardinare la competenza in ordine all'affidamento del minore presso fori più convenienti rispetto a quello della precedente residenza abituale del minore.

In linea di principio, pertanto, siffatta norma cristallizza la giurisdizione presso lo Stato membro d'origine, facendo salve tuttavia talune ipotesi eccezionali rispetto alla regola generale in presenza delle quali la giurisdizione si radica dinanzi alle autorità del nuovo Stato membro.

Il regolamento, in particolare, devolve la giurisdizione alle autorità giudiziarie dello Stato membro del trasferimento solo in due situazioni.

La prima si verifica quando il minore sottratto abbia acquisito la residenza abituale nello Stato membro richiesto e i titolari del diritto di affidamento abbiano accettato la sottrazione. La presenza di entrambe le condizioni normative è del pari essenziale ai fini dell'operatività della norma.

La mera acquisizione della residenza abituale del minore presso il nuovo Stato membro, pur sufficiente ai fini dell'applicazione del titolo generale di giurisdizione di cui all'art. 8 del regolamento, non determina *ex se* il trasferimento di competenza presso la nuova sede del minore¹³⁴.

L'eccezione alla regola generale di cui all'art. 8 riflette appunto la cennata finalità della disposizione *de qua* di neutralizzare gli effetti traslativi della giurisdizione collegati agli episodi di sottrazione illecita di minori. Accanto all'acquisizione della nuova residenza abituale è necessario che vi sia anche

dell'Aja del 1980, in Carbone, Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 257 ss., dove l'A. evidenzia i rischi di abuso di tale norma (malgrado la Commissione nella Guida pratica cit., p. 31, ne ammetta il ricorso solo «in condizioni molto restrittive»), con conseguenti manipolazioni processuali favorevoli al genitore sottraente. Per un'applicazione di tale norma nell'ordinamento italiano cfr. Cass. S.U., 21 ottobre 2009 n. 22238, in R.D.I.P.P., 2010, p. 474 ss.

¹³⁴ Sul punto si ritornerà infra, quando verranno esaminate le interessanti considerazioni svolte sul tema dalla Corte giust. nella pronunzia 1.7.2010 in C – 211/2010 PPU, *Povse*.

l'acquiescenza dei titolari del diritto di affidamento in difetto della quale rimane intatta la giurisdizione dello Stato della precedente residenza del minore.

L'altra situazione disciplinata dalla norma si riferisce alle ipotesi in cui difetta il consenso del titolare dell'affidamento e, tuttavia, si verificano circostanze ritenute idonee, ove contestuali al consolidarsi della presenza del minore presso il nuovo Stato, a determinare il trasferimento della giurisdizione presso quest'ultimo Stato. La fattispecie cui fa riferimento la indicata seconda situazione è di natura complessa in quanto consta di vari elementi, tutti necessari ai fini del suo perfezionamento.

Occorre innanzitutto che il minore abbia acquisito la residenza abituale nel nuovo Stato membro ed abbia ivi soggiornato per almeno un anno da quando i titolari del diritto di affidamento hanno avuto conoscenza o avrebbero dovuto avere conoscenza del luogo in cui il minore si trovava¹³⁵. In sostanza, si riconosce che, decorso un certo lasso di tempo, il minore può comunque creare un collegamento significativo sul piano giurisdizionale con lo Stato in cui sia stato trasferito.

Occorre poi che il minore si sia integrato nel nuovo ambiente, ed inoltre che si verifichi una delle seguenti condizioni: a) non sia stata presentata alcuna domanda di ritorno del minore entro un anno da quando l'altro genitore ha avuto conoscenza o avrebbe dovuto aver conoscenza del luogo in cui il minore si trovava; b) una domanda di ritorno sia stata ritirata e non sia stata presentata una nuova domanda entro l'anno; c) una decisione contro il ritorno del minore sia stata emessa nello Stato membro richiesto e le autorità giudiziarie di entrambi gli stati membri abbiano agito in base a quanto disposto dall'art. 11, par. 6, ma il procedimento sia stato archiviato ai sensi dell'art. 11, par. 7, in quanto le parti non hanno presentato le loro conclusioni entro tre mesi dalla data della notifica; d) l'autorità giudiziaria dello Stato membro d'origine abbia emanato una decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore¹³⁶.

¹³⁵ Cfr. C. Baruffi, Int'l Lis 05, 82 e ss. Al fine di porre rimedio ai problemi originati dall'applicazione della Conv. dell'Aja del 1980, l'art. 10 del regolamento fa decorrere il termine di un anno dal momento in cui è stata acquisita o si sarebbe dovuta acquisire la conoscenza del luogo in cui il minore si trova. In tal modo si preclude che il genitore che ha sottratto illecitamente il minore possa avvantaggiarsi del decorso del termine grazie all'utilizzo di mezzi fraudolenti, come era accaduto invece nel caso deciso dalla Court of Appeal di Londra il 19.10.2004 applicando la Convenzione dell'Aja che non lega il dato oggettivo del decorso del termine all'elemento soggettivo della conoscenza o della conoscibilità dell'utilizzo dei mezzi fraudolenti.

¹³⁶ Cfr. England and Wales High Court (Family Division) 26.06.2009 secondo la quale il livello di integrazione del minore nel nuovo

Le ultime due condizioni citate mettono in correlazione il mutamento di giurisdizione qui in analisi agli esiti del giudizio di riesame di cui all'art. 11, parr. 6 e ss. del regolamento¹³⁷. Tali disposizioni assumono un'importanza rilevante giacché descrivono le conseguenze derivanti, sul piano della giurisdizione, da determinati esiti del giudizio in parola.

Per tale ragione, con riferimento al titolo di giurisdizione contemplato nell'art. 10, si è sopra utilizzato il sintagma “dinamica della giurisdizione” conseguente al giudizio di riesame, proprio per sottolineare che il giudizio *de quo* non produce soltanto effetti concernenti il ritorno o meno del minore presso lo stato d'origine di quest'ultimo, ma può determinare altresì rilevanti effetti in ordine alla stessa giurisdizione che, come noto, riflette una condizione preliminare di ogni delibazione sull'affidamento.

A ben guardare, nella circostanza enucleata dalla lettera c), in particolare, la concreta trattazione del giudizio di riesame non può dirsi - a rigore - ancora iniziata.

In precedenza si è affermato che l'art. 11 del regolamento – nel disciplinare il giudizio di riesame – descrive in realtà due diversi giudizi, l'uno dei quali si celebra dinanzi allo Stato dove il minore è stato condotto, l'altro davanti al giudice di origine. Le ipotesi di cui alle lettere c) e d) menzionate si riferiscono al giudizio dinanzi al giudice d'origine, l'una riferendosi alla circostanza in cui le parti, compulsate dal giudice, non abbiano presentato neppure le conclusioni nel giudizio stesso, lasciando in tal modo trasparire un atteggiamento acquiescente verso l'episodio sottrattivo ed il trasferimento della competenza ad esso conseguente; l'altra invece correlandosi all'esito negativo del giudizio in questione.

Appare pienamente evidente la non omogeneità delle due ipotesi suaccennate. Nella prima si registra una sorta di accordo implicito delle parti verso la trasmigrazione della causa presso lo Stato richiesto; nella seconda invece, il radicarsi della nuova giurisdizione è conseguenza che discende da un determinato esito del giudizio di riesame. In quest'ultimo caso è la valutazione del giudice dello Stato membro d'origine che – accertata la presenza delle situazioni normative che giustificarono il non ritorno del

ambiente va valutato senza aver riguardo al grado di attaccamento della madre “as his primary carer”, ma con riferimento a condizioni oggettive.

¹³⁷ Sul giudizio di riesame v. più diffusamente cap. II del presente lavoro.

minore – ratifica la decisione del primo giudice e determina in tal modo il proprio sopravvenuto difetto di giurisdizione. Nel primo caso la trasmigrazione è, in senso lato, collegata al comportamento delle parti; nel secondo invece è il prodotto dell'operazione intellettuale compiuta dal giudice d'origine.

In ambedue le ipotesi il risultato è tuttavia identico, con conseguenti rilevanti effetti sulla competenza giurisdizionale.

Ad ogni modo, mette conto di osservare, quanto all'ipotesi di cui alla lettera d), e cioè quella che collega il mutamento della giurisdizione all'esito del giudizio di riesame che i giudici comunitari hanno spiegato che tale disposizione deve essere intesa in senso restrittivo, con riferimento solo ad una decisione definitiva, adottata sulla scorta di una disamina completa dell'insieme degli elementi pertinenti, con la quale il giudice competente si pronuncia sulla disciplina della questione dell'affidamento del minore, ancorché passibile di revisione o riesame periodico entro un certo periodo¹³⁸.

3.5.3 L'art. 12 del regolamento n. 2201/2003: la c.d. proroga della competenza giurisdizionale.

Dopo aver esaminato l'art. 10 del regolamento n. 2201/2003, occorre analizzare le norme previste dall'art. 12, disposizione rubricata: "proroga della competenza".

In via preliminare va osservato che la disposizione in parola prevede un'altra eccezione al regime generale di giurisdizione di cui all'art. 8 del regolamento. Il foro speciale previsto dall'art. 12 in particolare si fonda per un verso sulla valorizzazione di talune frequenti connessioni tra controversie e, per l'altro, sull'importante legame che il minore conserva con un certo contesto territoriale.

La norma prevede dunque due distinte situazioni: la prima – regolata ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 12 – fa riferimento all'ipotesi in cui la causa relativa alla responsabilità genitoriale si presenti connessa con un pendente procedimento in materia matrimoniale.

La seconda – disciplinata dal paragrafo 3 dell'art. 12 – dà voce al citato

¹³⁸ Corte giust. 1 luglio 2010 in C-211/10, *Povse*, cit.

parametro del legame sostanziale del minore con un determinato foro.

In ambedue le situazioni il foro competente non è quello della residenza abituale del minore ma rispettivamente quello dove si sta trattando il procedimento matrimoniale connesso, ovvero dove è individuabile un legame sostanziale del minore con il territorio di riferimento.

Passiamo all'analisi in dettaglio delle situazioni menzionate.

Ai sensi dei primi due paragrafi dell'art. 12 del regolamento, quando un procedimento di divorzio è pendente in uno Stato membro, le autorità giudiziarie di detto Stato sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale che si ricollegano al procedimento di divorzio anche se il minore interessato non è abitualmente residente in detto stato membro; ciò a condizione che il minore sia figlio di uno o entrambi i genitori¹³⁹.

Perché il giudice del divorzio sia competente anche per le cause aventi ad oggetto la responsabilità genitoriale devono essere soddisfatte le seguenti condizioni. Innanzitutto, occorre che almeno uno dei coniugi eserciti la responsabilità genitoriale sul figlio; è necessario inoltre che tutti i titolari della responsabilità genitoriale accettino espressamente o per comportamento concludente la competenza del foro speciale in argomento, trattandosi infatti di una sorta di *electio fori*.

Proprio a tal proposito va fatta menzione di una sentenza emessa dal Tribunale di Belluno il 30.12.2011¹⁴⁰, che si è occupata del titolo di giurisdizione in argomento precisando in particolare, con riferimento al requisito della accettazione espressa o tacita della giurisdizione, che la contumacia di una delle parti processuali non è situazione idonea ad integrare neppure un'accettazione per comportamento concludente del foro speciale in commento¹⁴¹.

Da ultimo, si deve accertare che la competenza dell'autorità giudiziaria adita sia conforme all'interesse superiore del minore.

¹³⁹ Cfr. *Guida pratica all'applicazione del Regolamento 2201/2003*, versione aggiornata dell'1.6.2005, in <http://ec.europa.eu/civiljustice>, 21, pt. III.1.

¹⁴⁰ Cfr. Sentenza 30 dicembre 2011, Pres. Giacomelli – Est. Giacomelli, in *Giur. Merito* 2012, 09,1849.

¹⁴¹ Queste le interessanti conclusioni raggiunte dalla sentenza menzionata. “La giurisdizione del giudice italiano sulle domande relative all'affidamento dei figli ed all'esercizio del diritto di visita (in riferimento all'ambito della responsabilità genitoriale delineato dall'art. 1, paragrafo 2, lett. a, del Regolamento) va pertanto affermata in applicazione del citato art. 8, non operando, nel caso concreto, la "proroga della competenza" giurisdizionale, per connessione con la domanda di separazione, prevista dall'art. 12, paragrafo 1, del medesimo Regolamento n. 2201/2003, la cui applicazione presuppone non soltanto l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte di almeno uno dei coniugi (lett. a), ma anche (lett. b) l'accettazione espressa (o comunque manifestata in modo univoco) della giurisdizione (mentre, nel caso in esame, il convenuto è rimasto contumace, e non ha quindi manifestato la propria accettazione) ”.

Le disposizioni in commento stabiliscono inoltre che la competenza così determinata venga meno non appena: a) la sentenza di divorzio sia passata in giudicato oppure, b) venga emessa una decisione definitiva in un procedimento relativo alla responsabilità genitoriale ancora pendente nel momento in cui la sentenza di divorzio passa in giudicato, oppure, c) i procedimenti in materia di divorzio e di responsabilità genitoriale sono terminati per altri motivi (ad es., rigetto delle domande in materia di divorzio e di responsabilità genitoriale).

La seconda situazione soccorre invece – come in parte anticipato – allorché, le autorità giudiziarie di uno Stato membro vengono adite per controversie relative alla responsabilità genitoriale in forza di un legame sostanziale del minore con lo Stato membro suddetto.

Le condizioni per l'operatività del foro speciale in commento sono le seguenti: a) occorre anzitutto il cennato legame sostanziale del minore con il foro, legame che sussiste quando uno dei genitori del minore risiede abitualmente in quello Stato o perché il minore stesso vi ha la cittadinanza; b) è necessario poi che la competenza dello Stato sia accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti del procedimento; c) occorre infine che il suddetto foro corrisponda all'interesse superiore del minore.

L'art. 12, par. 4, specifica in quali circostanze la competenza ai sensi del presente articolo si considera nel "superiore interesse del minore", ossia quando il minore in questione è abitualmente residente in uno Stato terzo che non è parte della Convenzione dell'Aja del 1996 in materia di protezione dei minori e si riveli in particolare impossibile iniziare il procedimento in tale paese.

3.5.4 L'art. 14 del regolamento n. 2201/2003: la c.d. competenza residua.

L'art. 14 del regolamento individua invece la cosiddetta "competenza residua".

Se non vi è alcuna autorità giudiziaria competente ai sensi dagli artt. da 8 a 13 del regolamento, la competenza in materia di responsabilità genitoriale è

determinata in ciascuno Stato membro in base alla normativa nazionale.

La norma in esame, in sostanza, conferma quanto si è già veduto in merito all'ambito soggettivo di applicazione del regolamento in materia minorile. Come regola generale, infatti, alla *lex fori* si farà riferimento rispetto ai minori abitualmente residenti in uno Stato terzo, purché non sia possibile invocare nei loro confronti uno dei molteplici criteri di collegamento appena passati in rassegna.

Per quanto concerne l'Italia, troverà dunque applicazione l'art. 42 della legge n. 218 del 1995 di riforma del diritto internazionale privato che, facendo rinvio alla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla protezione dei minori, prevede a tal fine il criterio della cittadinanza del minore, a prescindere dalla sua residenza e da quella di chi è titolare della responsabilità genitoriale. Si tratta dunque di un criterio che non coincide con alcuno di quelli indicati dal regolamento e perciò destinato ad operare qui in via del tutto eccezionale, ove non sia possibile accertare diversamente la giurisdizione competente. Alle decisioni rese in uno Stato membro in virtù delle sue competenze residue, sono comunque applicabili disposizioni del regolamento relative al riconoscimento e all'esecuzione negli altri Stati membri in ossequio al capo III del regolamento.

3.5.5 L'art. 15 del regolamento n. 2201/2003: il c.d. forum conveniens.

Tale norma designa una disposizione innovativa rispetto al precedente assetto normativo. Essa consente il trasferimento della competenza in materia di responsabilità genitoriale dall'autorità giudiziaria del foro generale (art. 8) ad una diversa autorità giurisdizionale ritenuta più adatta a trattare la causa.

Si tratta della prima forma di dismissione discrezionale della competenza accolta da un regolamento comunitario, sulla scia della dottrina anglosassone del *forum non conveniens*¹⁴². Essa, infatti, richiede una valutazione circa l'esistenza di un foro alternativo "più adatto" a pronunciarsi,

¹⁴² Cfr. I. Lombardini, *Il regolamento comunitario in materia di famiglia, cit.*, secondo la quale sembrerebbe così codificato il principio del *forum non conveniens*.

in ragione dello stretto legame con il minore, in applicazione del principio di prossimità, che trova il suo fondamento nella tutela prevalente dell'interesse del minore¹⁴³.

La disposizione in commento intende introdurre con tutta evidenza un temperamento al menzionato principio della *perpetuatio fori*. In ossequio a tale principio, non sono ammessi mutamenti della residenza abituale del minore quando una controversia risulta già pendente dinanzi all'autorità del foro generale.

L'art. 15 mitiga la portata della *perpetuatio* abilitando – come si vedrà – le parti, o la stessa autorità giudiziaria a trasferire la causa ad altra autorità più indicata (perché, poniamo, trattasi del giudice dello Stato membro della nuova residenza abituale) a trattare il caso.

Ciò chiarito, occorre anzitutto illustrare in quali circostanze è possibile operare la *translatio iudicii* ai sensi della norma.

Occorre in prima battuta che il minore abbia un legame particolare con lo Stato presso il quale la causa andrà trasferita. Il par. 3, nell'ottica di "incanalare" la discrezione del giudice adito, individua alcuni fattori da cui si possa desumere un legame particolare tra il minore ed il foro concorrente.

La norma si incarica infatti di elencare le cinque situazioni in cui tale legame esiste ai fini del regolamento.

Queste situazioni si fondano alcune sul fatto che presso l'altro Stato vi sia la precedente o attuale residenza abituale del minore ovvero quella attuale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale. Altre sul fatto che di quello Stato il minore abbia la cittadinanza; ovvero che in esso siano presenti beni del minore e la causa riguarda appunto le misure di protezione legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione di tali beni¹⁴⁴.

Altra condizione è che entrambe le autorità siano persuase che il trasferimento della causa corrisponda all'interesse superiore del minore.

L'iniziativa al trasferimento della causa può provenire da una parte oppure dalla stessa autorità giudiziaria (di entrambi gli Stati coinvolti nella

¹⁴³ V. App. Caltanissetta, 4 maggio 2009, in Fam. min., 2009, fasc. 6, p. 54.

¹⁴⁴ Per una fattispecie, v. App. Caltanissetta, 4 maggio 2009, in Fam. Min., 2009, fasc. 6, p. 54, che ritiene sussistere un legame particolare del minore con il foro straniero alternativo dalla residenza in tale Stato della madre e dal trasferimento nello stesso Stato del minore dopo l'instaurazione della causa avanti al giudice italiano. La Corte siciliana dispone il trasferimento della causa sul rilievo che il giudice straniero, «in quanto giudice di prossimità, è a conoscenza degli stili di vita nonché dei ritmi giornalieri imposti in quel Paese, a ragazzi dell'età di (C) e (D), dagli impegni scolastici ed extrascolastici».

procedura), a condizione che almeno una delle parti sia d'accordo.

Per evitare vuoti di tutela, la norma si preoccupa di disciplinare le modalità di quella che può definirsi una forma di *translatio iudicii* internazionale.

Quanto alla procedura che deve essere seguita ai fini della traslazione del giudizio, va segnalato che l'autorità giudiziaria che riceva una richiesta di trasferimento o intenda trasferire la controversia di sua iniziativa dispone di due opzioni alternative. Essa può sospendere la controversia ed invitare le parti a presentare domanda all'autorità giudiziaria di un altro Stato membro oppure può compulsare direttamente l'autorità giudiziaria dell'altro Stato membro chiedendole di assumere la controversia. Nella prima ipotesi, l'autorità originaria fissa un termine entro il quale le parti dovranno adire l'autorità giudiziaria nell'altro Stato membro. Decorso inutilmente il termine, la controversia non viene trasferita e l'autorità giudiziaria continua ad esercitare la sua competenza. D'altra parte, l'autorità giudiziaria che ha ricevuto la domanda di trasferimento deve decidere, entro sei settimane dall'adizione (termine peraltro ritenuto non perentorio in caso di accordo tra i genitori che individuino il luogo di soggiorno del minore nello Stato del legame particolare e, comunque, se ciò sia conforme all'interesse del minore stesso)¹⁴⁵, se accetta o meno il trasferimento.

Il giudice è chiamato in tal caso a valutare se il suddetto trasferimento sia o meno corrispondente al superiore interesse del minore. In tale prospettiva, un ruolo importante deve essere svolto dalle autorità centrali fornendo informazioni ai giudici circa la situazione nell'altro Stato membro. Se il secondo giudice declina la competenza oppure, entro il termine di sei settimane non accetta la stessa, l'autorità giudiziaria originaria mantiene la propria competenza e deve esercitarla. In tal modo si assicura che una delle autorità investite della controversia si occupi nel merito della stessa. In tal senso può dirsi allora neutralizzato il rischio di un sostanziale diniego di giustizia e soprattutto possono dichiararsi infondati i dubbi avanzati in dottrina in ordine all'eventuale contrasto di queste norme con i principi costituzionali in materia di diritto di agire in giudizio (art. 24 Cost.) e con quelli di matrice europea (art. 6 CEDU)¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Trib. min. Genova, decr. 11 dicembre 2009, in Fam. min., 2010, fasc. 9, p. 61.

¹⁴⁶ Cfr., G. Biagioni, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sulla efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in Riv. Dir. Int., 2004, IV, 991 e ss.

Si tratta, in definitiva, di un trasferimento di competenza notevolmente macchinoso, rispetto al cui utilizzo le corti nazionali potrebbero avere qualche riserva. L'obiettivo di individuare, nel caso concreto, il giudice più appropriato per la decisione, appare peraltro particolarmente rilevante rispetto a pronunce destinate a regolare rapporti tanto delicati.

3.6 La pronunzia della Corte di giustizia 1.7.2010 in C-211/2010 PPU: il punto sull'art. 10, lett. b), iv) del regolamento n. 2201/2003.

Proprio in relazione al titolo di giurisdizione ex art. 10 del regolamento n. 2201/2003, che soccorre in ipotesi di eventi sottrattivi, occorre far qui riferimento ad una importante questione interpretativa affrontata e risolta dal giudice comunitario¹⁴⁷, concernente il modo di intendere la locuzione “decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore”, prevista dall'art. 10, lett. b), n. iv del regolamento.

Si è detto nelle pagine precedenti che se per effetto di un illecito trasferimento del minore in uno Stato diverso da quello della residenza abituale, si radichi una nuova residenza abituale del minore nello Stato del trasferimento, la giurisdizione del giudice dello Stato membro di origine non viene meno automaticamente, occorrendo all'uopo che si verifichi – in difetto del consenso del genitore titolare dell'affidamento – una delle condizioni alternative di cui alla lett. b) dell'art. 10. Tra queste condizioni figura quella prevista dal n. IV, ed oggetto della appena conclusa disamina¹⁴⁸.

Tale norma, come veduto, tendenzialmente collega il mutamento della giurisdizione all'esito negativo del giudizio di riesame. Ove infatti il giudizio di riesame si concluda con una decisione che statuisca sull'affidamento e non preveda il ritorno del minore, si produce un mutamento della giurisdizione a vantaggio dello Stato del trasferimento.

La questione ermeneutica devoluta alla Corte di giustizia UE e risolta con la sentenza *Povse* (questione n. 1 della pronunzia) concerne la possibilità di configurare in tali termini un decisione giudiziaria provvisoria.

¹⁴⁷ Sentenza 1 luglio 2010, C-211/10, *Povse*, in *Famiglia e minori*, 2010, 8, 83 ss, con nota di A. Leandro. Cfr. A. Devers, *Une nouvelle procédure préjudicielle d'urgence sur les enlèvements intraeuropéens d'enfants*, in *La Semaine juridique*, 2010, n. 39, 956 ss.; C. Conti, R. Foglia, *Il trasferimento illecito del minore e provvedimenti provvisori*, in *Il corriere giuridico*, 2010, 8, 1087 ss. (<http://curia.europa.eu/>).

¹⁴⁸ V. il paragrafo n. 6 del presente capitolo.

La Corte muove dalla considerazione che l'intero sistema istituito con il regolamento n. 2201/2003 si impernia sul ruolo centrale conferito al giudice competente ai sensi del regolamento. In particolare, l'art. 10 che disciplina la giurisdizione in presenza di episodi di sottrazione illecita di minori, appare essenzialmente improntato sulla competenza del giudice dello Stato membro di origine, configurandosi i mutamenti di tale giurisdizione alla stregua di ipotesi eccezionali che presuppongono il verificarsi delle analitiche circostanze previste dal regolamento. La disciplina contenuta nell'art. 10 evidenzia come il trasferimento di un minore in un altro Stato per effetto di una condotta illecita ed il radicarsi della residenza abituale del minore in tale Stato non appaiono condizioni sufficienti ai fini del trasferimento della competenza giurisdizionale al giudice dello Stato del trasferimento, occorrendo all'uopo il materializzarsi di condizioni ulteriori poste in posizione di alternatività, tra le quali si colloca quella oggetto di interpretazione.

Considerato dunque lo sfondo sistematico sul quale si colloca il regolamento che si ispira, come detto, alla assoluta centralità del giudice dello Stato della residenza abituale precedente all'evento sottrattivo, ne consegue - secondo la Corte - che i parametri normativi eccezionali che consentono il trasferimento della giurisdizione devono essere interpretati in maniera restrittiva. Cosicché, è la stessa espressione, "decisione che implica il non ritorno del minore" a dover essere interpretata in senso restrittivo.

In particolare, secondo la Corte, nella nozione di decisione che non prevede il ritorno del minore non può comprendersi la decisione provvisoria, dovendo tale decisione assumere i connotati della definitività. Osserva la Corte che alla luce del ruolo centrale attribuito dal regolamento al giudice competente e del principio della conservazione di tale competenza, si deve ritenere che per "decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore", ai sensi dell'art. 10, lett. b), n. IV vada intesa una decisione definitiva, adottata sulla scorta di una disamina completa dell'insieme degli elementi pertinenti, con la quale il giudice competente si pronuncia sulla disciplina della questione dell'affidamento del minore, disciplina che non è più soggetta ad altre decisioni amministrative o giudiziarie.

Una conclusione di tal tipo, ad avviso del giudice comunitario, appare

obbligata.

Essa, come osservato, discende dalla sistematica del regolamento e risponde altresì agli interessi del minore. Rileva infatti la Corte che qualora una decisione provvisoria dovesse comportare la perdita di competenza in ordine alla questione dell'affidamento del minore, il giudice competente dello Stato membro della residenza abituale anteriore del minore potrebbe essere dissuaso dall'adottare una siffatta decisione provvisoria, e ciò quand'anche essa fosse necessaria per tutelare gli interessi del minore.

Al termine delle sue considerazioni la Corte elabora pertanto il seguente principio di diritto: *“l'art. 10, lett. b), n. iv), del regolamento dev'essere interpretato nel senso che un provvedimento provvisorio non configura una «decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore» ai sensi di tale disposizione e non può costituire il fondamento di un trasferimento di competenza ai giudici dello Stato membro verso il quale il minore è stato illecitamente trasferito”*.

3.7 La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 6 ottobre 2009 n. 22238: i reciproci rapporti tra gli artt. 9 e 10 del regolamento n. 2201/2003

In questo interessante arresto della composizione allargata della Corte di Cassazione, il giudice di legittimità si è occupato di due importanti questioni¹⁴⁹.

E' stata anzitutto affrontata una questione di giurisdizione, che appare senz'altro conferente nella presente sede della trattazione. E' stato poi investigato in maniera approfondita il profilo – che tuttavia non costituirà oggetto di analisi – dell'ascolto del minore nei processi che lo riguardano.

L'aspetto sul quale è necessario qui indugiare investe invece il problema del riparto di giurisdizione tra autorità giudiziarie italiane e quelle di altri Stati membri, giacché è in relazione a tali aspetti - sui quali lo scrivente si è intrattenuto nelle pagine precedenti - che occorre verificare se la suprema Corte ha fatto buon governo dei veduti criteri di collegamento disciplinati

¹⁴⁹ Cass. S.U., 21 ottobre 2009 n. 22238, in R.D.I.P.P., 2010, p. 474 ss, in *Fam. dir.*, 2010, 364 ss., con nota di A. Graziosi, *Ebbene sì: il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in Guida al diritto, 2009, n. 48, 44 ss., con nota di M. Finocchiaro, *Un adempimento ritenuto inderogabile da assolvere con le modalità convenienti*.

dalla normativa in esame.

In particolare, e prima di fare un cenno ai fatti che hanno predisposto lo sfondo della pronunzia in commento, va preliminarmente segnalato che la sentenza in esame ha fatto applicazione dei criteri di collegamento disciplinati dagli articoli 9 e 10 del regolamento n. 2201/2003.

Tanto premesso in relazione alle questioni affrontate dal supremo collegio, venendo ora ai fatti della causa, va riferito anzitutto che nel mese di giugno del 2006 in Italia veniva omologata la separazione consensuale dei due coniugi in lite, con affidamento dei figli minori alla madre straniera (di nazionalità finlandese) e impegno della stessa di risiedere in Italia. Ciò posto, nei mesi successivi, tuttavia, in Italia si registravano almeno altre tre iniziative giudiziarie.

Una prima, promossa nel mese di settembre dalla moglie innanzi ai giudici italiani, diretta a ottenere una modifica delle disposizioni accessorie alla separazione, quanto al diritto di visita del padre, atteso che era intenzione di essa ricorrente di trasferirsi, per motivi di lavoro, nel proprio Paese di origine, con i figli. Una seconda, promossa dal padre nel successivo mese di ottobre sempre innanzi ai giudici italiani, con la quale è stato chiesto l'affidamento esclusivo dei figli, condotti all'estero contro la sua volontà.

Una terza, promossa nei mesi successivi dalla madre innanzi alle autorità finlandesi, diretta a ottenere il divorzio dal marito, cittadino italiano, con ogni provvedimento consequenziale.

Superato sostanzialmente senza alcuna opposizione delle parti, in applicazione della regola fissata dall'art. 19 del regolamento n. 2201/2003, in tema di litispendenza e connessione (in forza della quale il giudice successivamente adito deve sospendere d'ufficio il procedimento innanzi a sé finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita) il primo problema derivante dal sovrapporsi dei descritti procedimenti, le sezioni Unite sono state investite del diverso problema se sussisteva, o meno, la giurisdizione del giudice italiano in ordine alle domande di modifica delle condizioni della separazione personale, quanto all'affidamento dei figli e al diritto di visita proposte dal padre.

La ricorrente aveva infatti denunciato, ai sensi degli artt. 8, 9, 10 e 12 del

regolamento 2201/2003, il provvedimento della Corte d'appello di Roma per avere la stessa ritenuto la giurisdizione del giudice italiano, mentre i bambini si erano già trasferiti stabilmente in Finlandia pochi giorni prima del provvedimento italiano, e per le relative asserite carenze motivazionali.

Le sezioni unite della Cassazione, nel premettere come il principale criterio di collegamento in materia di responsabilità genitoriale risulti quello – veduto in precedenza – della residenza abituale del minore (art. 8 del regolamento), in omaggio ad un criterio di prossimità che pretende che ad occuparsi delle vicende riguardanti il minore sia l'istanza giurisdizionale più vicina a quest'ultimo, affermano la correttezza dell'operato dei giudici di merito e quindi la sussistenza della giurisdizione dei giudici italiani.

E nondimeno, tale affermazione della giurisdizione viene ancorata – sulla scorta di una duplice *ratio decidendi* – ad entrambi i criteri di collegamento previsti rispettivamente dagli articoli 9 e 10 del regolamento n. 2201/2003.

Ed infatti, la sussistenza di detta giurisdizione è stata ritenuta da un lato, osservando nella specie come non fosse sostenibile che dall'epoca in cui i minori avevano lasciato la loro pregressa residenza in Italia al momento in cui il padre aveva (nel mese di ottobre) il giudice italiano fossero trascorsi tre mesi, atteso che - ancorché i minori avessero lasciato l'Italia nel mese di giugno - il padre *“avendo appreso dal ricorso della moglie (di settembre), per la prima volta, la intenzione di lei di trasferirsi con i figli (...) ben poteva ritenere sussistere la giurisdizione del tribunale (...) potendo egli escludere in base alle notizie fornite dalla controparte, che fossero già decorsi tre mesi dal cambio di residenza abituale dei minori (...) facendo decorre il termine trimestrale, per i principi del giusto processo e del contraddittorio, dalla intervenuta comunicazione a lui della mutata abituale residenza dei minori ancora non avvenuta secondo le deduzioni del ricorso (...) all'inizio del mese di settembre”*.

Dall'altro – ed in ciò si sostanzia l'impiego dell'altra *ratio decidendi* – che la violazione degli accordi di separazione, per effetto del trasferimento in Finlandia della residenza propria e dei minori a opera della madre comporta - in rapporto alla giurisdizione - l'applicabilità dell'art. 10 del regolamento, per cui resta competente a decidere della responsabilità genitoriale sui minori il

giudice della pregressa residenza abituale di questi ultimi fino alla data dell'acquisizione della nuova residenza, finché non sia decorso un anno da quando chi aveva diritto a chiedere il ripristino del diritto di visita o il rientro, ha avuto conoscenza del cambio di residenza, per cui anche per tale profilo, andava affermata la giurisdizione del giudice italiano.

In disparte per ora l'aspetto, di non scarsa importanza, concernente l'affermazione della suprema Corte in ordine al *dies a quo* per il computo del termine trimestrale di cui all'art. 9 del regolamento – sul quale si tornerà innanzi¹⁵⁰ – è necessario osservare senza indugio come la soluzione patrocinata dalla cassazione si presti a fondate censure per la intuitiva ed elementare ragione che appare errata un'opzione qualificatoria che pretenda di collocare una stessa vicenda sotto l'ombrello di due eterogenee fattispecie normative, peraltro in rapporto di reciproca incompatibilità logica e positiva.

Non è necessario richiamare qui ciò che si è compiutamente illustrato nelle pagine precedenti quando sono stati esaminati i vari criteri di collegamento enucleati dal legislatore comunitario, per comprendere che gli articoli 9 e 10 del regolamento n. 2201/2003 individuano titoli di giurisdizione affatto diversi che regolano rispettivamente i trasferimenti leciti e quelli illeciti dei minori verso altri Stati membri e che riposano su altrettanto diversi presupposti, oltre ad essere disciplinati in maniera differente proprio sulla scorta degli eterogenei elementi strutturali delle rispettive fattispecie.

In tal guisa, allora, una corretta applicazione delle disposizioni in commento, anche alla luce di quanto esposto sopra in relazione al *quid proprium* dei diversi criteri di collegamento, avrebbe imposto ai giudici di legittimità la seguente scansione di delibazioni. Innanzitutto, sarebbe stato necessario accertare la presenza di un trasferimento del minore in uno Stato diverso da quello della sua precedente residenza abituale, ciò per verificare che non ricorra una ipotesi di mero allontanamento temporaneo del minore (ad esempio a scopo di breve vacanza), che non integrerebbe dunque il requisito (del trasferimento) preteso dalla fattispecie.

Poi, sarebbe stato necessario verificare la ricorrenza di un trasferimento “lecito” oppure “illecito”, ovvero di un mancato rientro.

Ed infine, si sarebbe dovuto individuare, proprio alla luce della cennata

¹⁵⁰ V. il paragrafo successivo del presente lavoro.

qualificazione del trasferimento, la normativa applicabile e, in particolare, se l'articolo 9 o, piuttosto il successivo articolo 10, e - quindi - nell'ambito di una di tali categorie trovare la soluzione del caso¹⁵¹. Tali, in definitiva, le scansioni valutative che si impongono all'interprete all'esito di una retta applicazione dei criteri di cui al regolamento.

Peraltro, al di là delle ragioni contingenti - legate verosimilmente alla impossibilità di rivedere profili decisori già coperti dal giudicato - che hanno spinto la Cassazione ad avvalersi di una duplice *ratio decidendi*, può darsi che l'impiego del criterio di collegamento di cui all'art. 10 e, quindi, la qualificazione in termini di illiceità del trasferimento, siano stati verosimilmente propiziati dall'intento della suprema Corte di rivedere il pregresso orientamento¹⁵² che ha sempre ritenuto lecito il trasferimento dei figli all'estero operato dal genitore titolare del diritto di affidamento¹⁵³.

Non è un caso probabilmente se la Cassazione in un passaggio della motivazione abbia avvertito la necessità di chiarire che: *"(...) Se è vero che si è esattamente tenuto distinto il diritto di visita dall'istituto dell'affidamento, in rapporto al trasferimento all'estero o al mancato rientro di minori, che non si ritengono sottratti illecitamente all'altro genitore allorché l'allontanamento avviene ad opera dell'affidatario con il quale i minori devono convivere come nel caso (Cass. 2 luglio 2007 n. 14960, 14 luglio 2006 n. 16092 e 5 maggio 2006 n. 10374), non è però contestato che tale mobilità internazionale e mutabilità della residenza abituale, era stata convenzionalmente esclusa dai coniugi nelle condizioni da loro concordate della separazione, tanto che la ricorrente, come già detto, è stata anche condannata penalmente per mancata esecuzione dell'accordo omologato dal Tribunale di Rieti ai sensi dell'art. 388 c.p. Esattamente la Corte d'appello ha qualificato "illecito" il mancato rientro dei minori in Italia (...) La rilevata violazione degli accordi di separazione, per effetto del trasferimento in Finlandia della residenza propria e dei minori ad opera della madre, in rapporto alla giurisdizione, comporta l'applicabilità dell'art. 10 del Regolamento più volte citato, per cui resta*

¹⁵¹ Così, M. Finocchiaro, *Un adempimento*, cit., 47.

¹⁵² Cfr., il costante orientamento della Cassazione espresso da Cass., 4 aprile 2006 n. 7864; 5 maggio 2006 n. 10374; 4 aprile 2007 n. 8481; 2 luglio 2007 n. 14960.

¹⁵³ Cfr., in senso difforme S. Tonolo, *La sottrazione dei minori*, cit., la quale osserva: "Ciò non esclude che nel regolamento Bruxelles II bis si ribadisca la fondamentale distinzione tra diritto di affidamento e diritto di visita, nel senso secondo il quale è stata interpretata la disciplina prevista dalla Convenzione dell'Aja del del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (...) ovvero al fine di collegare il provvedimento di rientro del minore solo all'ipotesi di violazione del diritto di affidamento".

competente a decidere della responsabilità genitoriale sui minori il giudice della pregressa residenza abituale dei minori fino alla data dell'acquisizione della nuova residenza, finché non sia decorso "un anno" da quando chi aveva diritto a chiedere il ripristino del diritto di visita o il rientro, ha avuto conoscenza del cambio di residenza, per cui, anche per tale profilo, va affermata la giurisdizione del giudice italiano, da confermare in questa sede, con il rigetto del ricorso principale sulla questione relativa".

Nel menzionato passaggio della sentenza in commento, la Cassazione, pur non prendendo formalmente le distanze dalla pregressa giurisprudenza di legittimità che – nel quadro della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori – aveva sempre assegnato al diritto di visita una tutela meno incisiva rispetto a quella somministrata al genitore affidatario, ha inteso con ogni verosimiglianza correggere il tiro di tale indirizzo interpretativo, forse nella recuperata “consapevolezza che il proprio orientamento conduce alla sostanziale vanificazione prima che del diritto di visita, dei diritti derivanti dall'affidamento condiviso in tutte le ipotesi in cui un genitore, in assenza del consenso dell'altro, trasferisca la residenza del figlio in un luogo così distante da rendere di fatto impossibile l'esercizio dello stesso diritto con le modalità stabilite all'epoca della separazione o del divorzio”¹⁵⁴.

Orbene, alla luce di tali considerazioni, pare potersi dunque affermare come, con la decisione in commento, la Cassazione abbia inteso creare talune aperture verso una più incisiva tutela del titolare del diritto di visita che – anche in considerazione della L. n. 54 del 2006, che ha introdotto nell'ordinamento italiano l'affidamento condiviso – spesso compete al genitore co-affidatario, ancorché non collocatario del minore, ossia non convivente con quest'ultimo¹⁵⁵. E' significativo inoltre, in tale prospettiva,

¹⁵⁴ Così, De Marzo-De Santi, *Minori oltre confine. Sottrazione e protezione dei minori nel diritto internazionale*, 2009, 157.

¹⁵⁵ M. C. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento*, cit. p. 192, la quale osserva che: “Va rilevato in particolare che in base al regolamento l'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quando uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale. Col che viene data risposta ad una delle questioni che in sede di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980 hanno dato luogo ad interpretazioni a lungo divergenti nei vari paesi, ovvero se il titolare del diritto di visita il cui consenso sia necessario per il trasferimento all'estero della residenza del minore sia legittimato ad azionare le misure previste per la sottrazione illecita del minore. In argomento va ora segnalato come l'art. 155 quater c.c., così come modificato dalla legge 24 gennaio 2006 recante Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli, prevede che “nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici”.

Se ne potrebbe quindi dedurre che il trasferimento della residenza da parte del coniuge affidatario rientri nella sua piena disponibilità, potendo l'altro coniuge solo richiedere i necessari aggiustamenti. In realtà, è da ritenersi che in base al comma 3 dell'art. 155 novellato quella sulla residenza rientri tra le decisioni “di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute” per le

notare che tra le sentenze espressive dell'orientamento consolidato che - come dice la Cassazione - correttamente distingue il diritto di visita da quello di affidamento, sia stata menzionata la sentenza 5 maggio 2006, n. 10374, decisione questa che riflette senza dubbio l'esempio più recente di provvedimenti che si inseriscono nel solco del filone meno protettivo per il genitore non collocatario.

3.7.1 Segue: il controverso aspetto del *dies a quo* per il computo del termine dei tre mesi di cui all'art. 9 del regolamento n. 2201/2003.

Un altro aspetto di notevole interesse affrontato dalla sentenza in commento è quello, in parte anticipato, concernente la individuazione del *dies a quo* per il calcolo del termine di tre mesi previsto dall'art. 9 del regolamento, disciplinante, come veduto, il criterio di collegamento operante nei casi di trasferimento lecito del minore da parte di uno dei genitori.

Ebbene, afferma la Corte di cassazione che il termine di tre mesi, previsto dall'art. 9 del regolamento quale termine ultimo per l'ultrattività della competenza, deve essere computato non dal trasferimento della prole in altro paese, bensì dal momento in cui l'altro genitore – dunque il titolare del diritto di visita a favore del quale opera la suddetta ultrattività – prende conoscenza dell'avvenuto trasferimento.

La Cassazione motiva tale lettura richiamandosi anche qui ad una duplice ragione.

Essa infatti, da un lato chiarisce che una tale interpretazione appare senz'altro più in linea con i principi del giusto processo e del contraddittorio; dall'altro, evoca, quale argomento rafforzativo, il richiamo anche qui alla disciplina specifica che il regolamento detta in situazione simile all'art. 10. Così testualmente la Cassazione: “(...) *A tale conoscenza fa del resto chiaro riferimento l'art. 10 del medesimo Regolamento CE, per il caso di "illecito" trasferimento all'estero dei minori, che, per tale sua natura, deve presumersi non conosciuto da chi agisce per la modifica delle condizioni della*

quali occorre il consenso di entrambi i coniugi. Troverebbe così conferma l'orientamento già oggi prevalente nella dottrina e giurisprudenza italiana secondo cui “la decisione sul trasferimento tendenzialmente definitivo rientra nel novero delle scelte che spettano ad entrambi i genitori, indipendentemente dall'affidamento, stante il fatto che la potestà genitoriale è comunque esercitata alla luce della novella da entrambi i genitori”.

separazione consensuale ex, artt. 711 e 710 c.p.c.” .

Orbene, vale la pena di osservare a tal proposito che se da un lato non pare criticabile la correttezza degli obbiettivi ermeneutici perseguiti dalla suprema Corte, coerentemente collocati nell'alveo dei canoni del giusto processo e del contraddittorio, lo stesso non sembra potersi dire con riferimento al richiamo – anche in tale circostanza – al diverso paradigma normativo di cui all'art. 10 del regolamento, chiaramente dedicato alla eterogenea ipotesi del trasferimento illecito del minore.

Se infatti - anche alla luce di altra già citata giurisprudenza della Cassazione relativa (ad esempio) alla impossibilità di considerare la contumacia quale comportamento processualmente rilevante ed assimilabile al consenso al trasferimento della residenza del minore - non sorprende che la suprema Corte miri ad un più alto tasso di garanzia per il genitore che “subisce” il trasferimento; al contrario, stupisce il richiamo, quale termine di comparazione, ad una fattispecie che, nel regolare ipotesi diverse, risulta costruita in termini affatto differenti.

Ed infatti, è sufficiente scorrere la disposizione, già ampiamente illustrata, di cui all'art. 9 del regolamento, per rendersi conto che la norma aggancia il termine di tre mesi al momento del trasferimento.

La disposizione non reca alcun riferimento al momento in cui si sarebbe prodotta la conoscenza del trasferimento in capo al titolare del diritto di visita, incentrandosi invece *tout court* sul dato (sembrerebbe) oggettivo del mero trasferimento.

Se invece si rivolge l'attenzione all'art. 10 che, come riferito, presuppone un trasferimento illecito del minore, la disposizione subordina il permanere della competenza delle autorità dello stato di origine al fatto che il minore abbia acquisito la residenza abituale nello Stato del trasferimento e (in alternativa rispetto all'accettazione del trasferimento da parte del genitore non collocatario) che il minore abbia soggiornato in quell'altro Stato per almeno un anno da quando la persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza del luogo in cui il minore si trovava, il minore poi si sia integrato nel nuovo ambiente, e ricorrano inoltre le già riferite condizioni.

Ebbene, il richiamo a tale disposizione per suffragare una lettura, potrebbe dirsi soggettiva del *dies a quo* di cui all'art. 9 del regolamento, appare probabilmente inconferente, per due ordini di motivi.

Da un lato per la semplice ragione che il dato letterale dell'art. 9 sembra sufficientemente chiaro: la disposizione infatti aggancia il decorso del termine trimestrale al semplice trasferimento, alcun riferimento essendovi alla conoscenza o alla conoscibilità dello stesso, così come invece accade proprio nell'art. 10; segno questo del fatto che il legislatore comunitario *ubi voluit, dixit*.

Dall'altro, per la del pari intuitiva ragione che estendere in chiave (parrebbe) analogica la disciplina prevista nella ipotesi di cui all'art. 10, cozzerebbe con la diversa *ratio* che anima le due disposizioni.

Ed infatti, se si muove dal presupposto che l'art. 10 è stato concepito per fronteggiare – *ex latere iurisdictionis* – l'illecito trasferimento del minore attuato da uno dei genitori a danno dell'altro, è perfettamente comprensibile che la traslazione della giurisdizione per il minore che ha acquisito la nuova residenza si consolidi solo quando (in presenza pure degli altri requisiti) sia trascorso un determinato termine dal momento in cui il genitore ha saputo del trasferimento, e ciò per la intuibile ragione che quando un trasferimento è illecito – come ben evidenzia anche la stessa Cassazione – deve presumersi che il genitore non collocatario non conosca il momento preciso in cui viene attuato. Ragion per cui è ragionevole che il termine annuale previsto dalla norma venga ancorato al momento in cui può fondatamente ritenersi che il genitore non convivente abbia saputo del trasferimento.

Non così invece nei casi in cui, per il fatto che il trasferimento deve considerarsi lecito, opera la diversa fattispecie di cui all'art. 9 del regolamento.

In tal caso la citata presunzione di non conoscenza non può dirsi operante, cosicché potrebbe risultare ingiustificatamente dilatoria un'opzione – come quella patrocinata dalla Cassazione – che pretendesse di ricollegare il termine trimestrale al momento della accertata conoscenza dell'avvenuto trasferimento.

Ed infatti, in disparte il già segnalato argomento letterale, e cioè la

circostanza che nell'art. 9 del regolamento il legislatore ha impiegato un'espressione diversa, vi è anche da aggiungere che una siffatta opzione trascura di considerare che, in questo caso, non sembrano sussistenti le vedute ragioni di protezione del genitore non collocatario, al quale, andrebbe piuttosto richiesto un qualificato onere di diligenza, cui si ricollega la necessità di informarsi e vigilare circa le sorti del minore.

E tuttavia, non vi sono ragioni per dissentire rispetto all'altra ragione giustificativa individuata dal supremo collegio, e cioè dal richiamo ai canoni del giusto processo e del contraddittorio in omaggio ai quali, appare senz'altro ragionevole che il titolare di una determinata situazione soggettiva sia messo nelle condizioni di esercitarla; onde, merita in definitiva condivisione la soluzione ermeneutica attinta sul punto dalla suprema Corte.

3.8 L'ordinanza 30 dicembre 2011, n. 30646 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: i rilievi sull'applicazione dell'art. 12 del regolamento n. 2201/2003.

Nell'ordinanza 30 dicembre 2011, n. 30646¹⁵⁶, le Sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno esaminato talune questioni riguardanti la competenza giurisdizionale in tema di responsabilità genitoriale e obbligazioni alimentari nella famiglia, offrendo tra l'altro alcuni interessanti spunti in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 12 del regolamento n. 2201/2003, dettato – come veduto in precedenza – in tema di proroga della competenza giurisdizionale.

Va all'uopo precisato che la controversia intercorreva tra una coppia di coniugi nella quale il marito (di nazionalità italiana), convenuta in giudizio la moglie (di nazionalità inglese) davanti al Tribunale di Palermo, aveva chiesto che venisse dichiarata la separazione giudiziale dalla moglie e fosse disposto l'affidamento condiviso dei due figli minori residenti a Londra.

Ad avviso della madre, la giurisdizione italiana doveva ritenersi insussistente sia con riferimento alle domande relative alla responsabilità genitoriale sia in relazione al contributo per il mantenimento dei figli, chiesto dal marito.

¹⁵⁶ Cass. S.U., ordinanza n. 30646 del 30/12/2011 (Rv. 620614), in CED, Corte di Cassazione reperibile al seguente indirizzo: <http://www.italgiureweb.it>.

Di qui il ricorso per regolamento di giurisdizione definito con il provvedimento qui in esame.

Con riferimento al primo motivo di ricorso – relativo alla responsabilità genitoriale – la convenuta sosteneva la carenza di giurisdizione del giudice italiano sulla base del regolamento n. 2201/2003, essendo i minori residenti a Londra alla data dell'instaurazione del procedimento (art. 8) e non sussistendo i presupposti per una proroga della giurisdizione in favore del giudice italiano (art. 12).

La Cassazione giudica fondato il motivo.

Essendo pacifica la residenza dei figli nel Regno Unito, assieme alla madre, la Corte osserva anzitutto – richiamandosi al preambolo del regolamento – che la disciplina della competenza in tema di responsabilità genitoriale mira a garantire l'interesse superiore del minore e riflette una logica di vicinanza¹⁵⁷.

Ciò impone di ancorare la giurisdizione alla residenza abituale dei minori, salvo non sia possibile affermare – sulla scorta di un vaglio rigoroso delle circostanze pertinenti – che ricorrano le condizioni per la proroga.

E' questo il punto più significativo della sentenza in commento, dove la Corte si sofferma sull'interpretazione del requisito strutturale previsto dall'art. 12 del regolamento n. 2201/2003 ai fini della operatività del meccanismo di proroga della competenza.

A quest'ultimo riguardo, la Cassazione rileva che le condizioni necessarie per impiegare il dispositivo della proroga della competenza, che consente di derogare alla giurisdizione del giudice della residenza abituale sulla scorta di connessioni qualificate tra processi, non appaiono sussistenti nella fattispecie, non avendo la madre accettato la giurisdizione italiana quanto all'affidamento dei figli.

Ed invero, quest'ultima aveva prestato il consenso, (anzi, più precisamente, non aveva contestato la giurisdizione italiana) per la domanda relativa alla separazione e non anche per quella dell'affidamento dei figli, ossia quella concernente la responsabilità genitoriale, non potendosi - come rileva la Corte - ipotizzare all'uopo che potesse essere valorizzata la connessione tra

¹⁵⁷ Cfr., la sentenza in commento dove si osserva: “Risulta dunque all'evidenza come sia stato privilegiato, ai fini della determinazione della competenza, il parametro riconducibile al luogo in cui il minore si trova stabilmente ed in cui sia pertanto ravvisabile il centro dei suoi affetti ed interessi, soluzione questa che trova fondamento anche nel più corretto ed agevole sviluppo processuale che ne deriva, essendo incontestabilmente molto più complesso, per un giudice che operi a distanza dal luogo in cui si trova il minore, compiere tutti gli atti istruttori necessari ai fini del decidere”.

procedimenti.

Non si può del resto affermare, si legge infatti nel provvedimento, che *“l'accettazione della giurisdizione limitatamente alla domanda di separazione personale comporti anche quella relativa alle altre, per la connessione fra esse esistenti”*.

La Cassazione, nel motivare questo passaggio della sentenza, fa leva sulla *ratio* delle suddette previsioni, ed, in particolare, sulla esigenza di tenere in debita considerazione l'interesse del minore, interesse che come noto informa di sé l'intera disciplina del regolamento n. 2201/2003.

Osserva infatti la suprema Corte che in senso contrario alla estensibilità del consenso prestato anche rispetto alle domande connesse militano, sia il dato testuale che motivi di ordine logico-sistematico.

In particolare quanto al profilo logico-sistematico, la Cassazione osserva come l'individuazione della giurisdizione secondo un parametro non coincidente con quello del luogo di residenza del minore sia subordinata al consenso di entrambi i genitori, ed il criterio appare del tutto ragionevole, essendo ad essi fisiologicamente rimessa la tutela dell'interesse del minore.

La Corte intravede dunque nel consenso genitoriale previsto dall'art. 12, ai fini della proroga della competenza, uno strumento mediante il quale si realizza la tutela dell'interesse del minore, sicché, assolvendo a tale funzione, esso non può che essere esplicito e come tale non può soggiacere ad indebite e fittizie estensioni che comporterebbero, per ciò soltanto, un *vulnus* alla tutela dell'interesse minorile sottostante.

Ed infatti, rileva la Corte, ove al contrario si ritenesse l'accettazione della giurisdizione sulla domanda di separazione un presupposto idoneo a far ritenere la sussistenza della tacita accettazione anche della competenza sulle domande relative alla responsabilità dei genitori, al parametro normativo precedentemente indicato se ne sostituirebbe un altro, basato su un consenso prestato con riferimento a domanda non direttamente incidente sulla posizione del minore ed indipendentemente da ogni valutazione circa l'interesse di questi.

In definitiva, secondo l'insegnamento della suprema Corte, il consenso di cui all'art. 12 del regolamento n. 2201/2003, necessario per far scattare la

proroga della competenza deve essere esplicito, non potendo invece desumersi – così come invece comunemente accade in altri settori dell'ordinamento processuale – dall'averlo prestato in ordine alla giurisdizione su domanda connessa a quella concernente la responsabilità genitoriale.

Dunque, ciò affermando, la Corte conferisce alla responsabilità genitoriale uno statuto processuale del tutto peculiare, nel quale l'interesse del minore assume un rilievo centrale bloccando l'operatività di meccanismi semplificatori comunemente adoperati in altri settori. Ne resta ridimensionato, come peraltro veduto anche in altre pronunzie esaminate in questo lavoro, il principio di non contestazione della domanda, che qui scontrandosi con gli interessi sostanziali di difesa dei minori, non trova nella materia minorile – come dimostra in maniera evidente la decisione in commento – i consueti spazi di applicazione all'interno dei sistemi processuali¹⁵⁸.

3.9. La giurisprudenza di merito italiana sull'applicazione dell'art. 15 del regolamento n. 2201/2003: la pronunzia del Tribunale per i minorenni di Genova dell'11.12.2009.

E' essenziale, per comprendere meglio le osservazioni rese dal Tribunale¹⁵⁹ in ordine al veduto articolo 15 del regolamento n. 2201/2003, recante la disciplina del trasferimento del giudizio presso un'autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso, che si chiariscano dapprima i fatti che fanno da sfondo alla causa.

Il padre di un minore adiva il tribunale di Genova per ottenere l'affidamento del figlio, nato da un rapporto con una cittadina polacca. Nel ricorso il padre esponeva che il bimbo dal settembre del 2007 si trovava con la madre in Polonia.

Il ricorrente riferiva altresì di essere stato citato dalla madre del minore a comparire dinanzi all'autorità giudiziaria polacca, per il pagamento degli alimenti a favore del figlio. Aggiungeva poi che il Tribunale polacco aveva provveduto su tale domanda disponendo a suo carico il versamento di talune

¹⁵⁸Cfr. F. Tommaseo, *Nuove regole per il processo civile e controversie in materia familiare e minorile*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 654, il quale non ritiene applicabile il principio di non contestazione alla materia familiare a causa del carattere indisponibile degli interessi coinvolti. V. anche A. Caratta, *Principio di non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 572 e s.s.

¹⁵⁹ Trib. min. Genova, decreto 11 dicembre 2009, in *Fam. min.*, 2010, cit.

somme di denaro a titolo di alimenti per il bimbo. Il padre precisava inoltre che il Tribunale polacco non si era ancora pronunciato sulla ulteriore domanda proposta dalla madre ed inerente alla regolamentazione degli incontri tra il bimbo ed il padre.

Così stando le cose, il Tribunale per i minorenni di Genova, con provvedimento del 25.8.2008, chiedeva al Tribunale polacco di dichiararsi eventualmente competente anche in ordine alla domanda del padre di affidamento del figlio, sulla scorta degli artt. 8 e 15, punti 3 e 5 del regolamento n. 2201/2003.

In particolare il tribunale italiano riteneva sussistenti due delle condizioni stabilite dall'art. 15 del regolamento n. 2201/2003, ossia la condizione contemplata dalla lettera c), attesa la cittadinanza polacca del bimbo, e quella prevista dalla lettera d), fondata sulla circostanza che la madre del minore risiedeva in Polonia.

Il Tribunale italiano, con apposito provvedimento, attivava quindi la procedura ex art. 15 del regolamento. Senonché, il padre del minore depositava presso l'autorità giudiziaria italiana un'istanza con la quale invocava l'avvenuto decorso del termine di sei settimane previsto dall'art. 15 per l'accettazione della competenza da parte della autorità giudiziaria cui la causa andava trasferita.

In seguito, tuttavia (in data 1.7.2009), il Tribunale polacco emetteva un provvedimento nel quale, tra le altre questioni affrontate, si dava atto che era stata accolta anche quella relativa all'esercizio della giurisdizione sul tema dell'affidamento, stante il legame speciale della controversia con lo Stato polacco, ai sensi dell'art. 15 del regolamento.

Sulla scorta di tali emergenze il Tribunale di Genova effettuava talune considerazioni sul *modus operandi* del citato art. 15 del regolamento n. 2201/2003.

Anzitutto, il Tribunale genovese si soffermava sugli aspetti generali del peculiare titolo di giurisdizione previsto dall'art. 15 del regolamento. Si tratta, come rilevava il Tribunale italiano e come si è già illustrato nelle pagine precedenti, di un criterio di collegamento che reca una chiara eccezione al criterio generale fondato sulla residenza abituale del minore.

In particolare, il criterio di cui all'art. 15 riflette una eccezione rispetto a quello previsto dall'art. 8 del regolamento, nonostante si fondi sulla medesima *ratio* su cui si poggia il titolo generale di giurisdizione fondato sulla residenza abituale del minore. Entrambi i titoli, nelle loro rispettive sfere di applicazione, sono palesemente orientati alla valorizzazione dell'interesse del minore: il primo, come più volte precisato, nella misura in cui attribuisce la competenza al cosiddetto giudice di prossimità del minore, vale a dire all'istanza giurisdizionale geograficamente più vicina al bambino; il secondo, nella misura in cui valorizza – ancora una volta – l'interesse del bimbo, che abbia rapporti qualificati con un determinato foro, a conseguire la traslazione della giurisdizione verso il *forum conveniens* individuato sulla scorta di taluni indici di collegamento espressamente previsti dall'art. 15.

Ciò chiarito, il Tribunale indugia poi sugli aspetti disciplinatori del cennato meccanismo di traslazione della competenza osservando in estrema sintesi che esso si attiva su iniziativa di una delle due istanze giurisdizionali coinvolte; postula poi la sussistenza – come anticipato – di un legame particolare del minore con il foro così individuato e richiede infine che esso sia accettato da almeno una delle parti in causa.

Un ulteriore profilo regolamentativo per l'operatività del meccanismo di spostamento della competenza è che il giudice del *forum conveniens* accetti – nel termine di 6 settimane – l'attribuzione della giurisdizione sul caso, atteso che in mancanza, rimarrà ferma la competenza del primo giudice che sarà quindi chiamato ad esercitarla.

Tornando alla fattispecie concreta sottoposta all'attenzione del Tribunale genovese, va dato atto come, all'indomani dell'attivazione del segnalato meccanismo ad opera del Tribunale italiano, il padre – decorso il termine delle sei settimane senza che il giudice polacco avesse deciso sull'istanza di trasferimento della controversia sull'affidamento, aveva compulsato il giudice italiano a riassumere presso sé la competenza giurisdizionale.

Il Tribunale genovese effettua quindi talune osservazioni in relazione alla indicata disposizione concernente il termine delle sei settimane per l'assunzione della giurisdizione, segnalando in particolare un aspetto interessante.

Anzitutto, il Tribunale, ritiene superata la sollevata questione relativa al termine, facendo leva sul fatto che, atteso il consenso manifestato successivamente dal padre del minore al passaggio della giurisdizione, la eccezione relativa al decorso infruttuoso del termine doveva ritenersi superata.

Senonché, in una considerazione incidentale, il Tribunale legge il termine delle sei settimane in stretto collegamento con l'interesse del minore, affermando in particolare che *“la tutela del preminente interesse del minore informa anche il termine delle sei settimane indicato dall'art. 15 punto 5 del regolamento n. 2201/2003 richiesto perché avvenga la pronuncia del giudice interpellato”*.

Questa motivazione, offerta potrebbe dirsi *ad abundantiam* dal giudice genovese, nel sottrarre al suindicato termine ogni caratteristica di perentorietà, rappresenta l'ulteriore esempio di interpretazione del regolamento n. 2201/2003 orientata all'interesse del minore. Ancora una volta, una disposizione - contenente una chiara regolamentazione processuale - viene modulata sotto la lente dell'interesse minorile sottostante, con il risultato di ridimensionarne per un verso, ed in misura notevole, la portata precettiva, e rendendo per l'altro anche molto più intensa la discrezionalità giurisdizionale.

E' infatti evidente che se risultasse confermata una simile lettura, sarebbe a questo punto il giudice, di volta in volta investito di una eccezione relativa al decorso del termine di sei settimane, a dover stabilire caso per caso se l'avvenuto decorso del suddetto termine abbia o meno provocato un blocco nel meccanismo di trasferimento della giurisdizione, con il definitivo consolidamento della giurisdizione del giudice interpellante.

In questi termini, sia pure in un'ottica di asserito *favor* per l'interesse del minore, verrebbe agevolmente aggirato il chiaro dato normativo, con conseguente frustrazione della certezza e soprattutto della stringatezza dei tempi che il legislatore ha inteso imporre al suddetto meccanismo di traslazione della giurisdizione.

E tuttavia, non sorprende più di tanto come una impostazione sostanzialista nella lettura di aspetti schiettamente processuali, come quelli dei termini,

fatta propria dal giudice italiano venga invocata ancora una volta¹⁶⁰ a sostegno dell'interesse minorile, atteso che, per un verso una lettura in tali termini appare senz'altro più vicina e coerente con l'impostazione del giudice comunitario, e per l'altro rappresenta – come dimostrano le altre sentenze esaminate nel presente lavoro – un *trend* interpretativo ormai sempre più consolidato in ordine al tema degli istituti minorili di marca processuale.

¹⁶⁰ Nel medesimo solco si pone con ogni verosimiglianza anche la sentenza Cass., S.U., 21 ottobre 2009 n. 22238, esaminata nel par. n. 3.7 del presente capitolo.

CAPITOLO IV

ASPETTI PROBLEMATICI INERENTI ALLA ESECUZIONE ED AL RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE.

4.1 Profili generali sul riconoscimento automatico delle decisioni nel regolamento n. 2201/2003.

Sul modello della Convenzione di Bruxelles del 1968¹⁶¹, e in seguito, del regolamento n. 1347/2000 il riconoscimento delle decisioni è automatico, cioè, come stabilisce l'art. 21, par. 1 del regolamento n. 2201/2003 "senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento" di carattere giurisdizionale o amministrativo¹⁶².

Si configura, dunque, un riconoscimento automatico o, in altri termini, un mutuo riconoscimento, al fine di consentire alle decisioni emesse in uno Stato membro di essere "esportate" in un altro Stato membro¹⁶³.

Tale principio non costituisce peraltro una novità per l'ordinamento italiano, in quanto ad esso si ispira la disciplina generale sul riconoscimento di sentenze ed altri provvedimenti giurisdizionali contenuta negli artt. 64 e s.s. della legge

¹⁶¹ Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁶² Sul tema del riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni concernenti la responsabilità genitoriale la bibliografia è molto ampia. Si vedano tra i lavori più recenti: M. A. Lupoi, *Gli aspetti processuali della sottrazione internazionale di minori: il rapporto tra regolamento UE n. 2201 del 2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, 2012, in <http://www.judicium.it>. O. Feraci, *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, in RDIPP, 2011, p. 107 e ss; M.C. Baruffi, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008, pp. 257 – 281; M. Falcone, *Sottrazione di minori La Corte interpreta il regolamento su esecuzione e riconoscimento delle decisioni in materia familiare*, in Sud in Europa, dic. 2008, pp. 13-14. F. Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in R.D.I.P.P., 2007, pp. 63-84; F. Uccella, *La competenza internazionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di famiglia e di responsabilità parentale: regime comune nell'ambito dell'Unione europea*, in Vita notarile, 2006, pp. 1261-1286; I. Lombardini, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il Regolamento comunitario n. 2201 del 2003 (Prima parte) e (Seconda Parte)*, in Studium iuris, 2005, pp. 555-566; pp. 723-731; G. Biagioni, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia della decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in Rivista di diritto internazionale, 2004, pp. 991-1035; A. Di lieto, *Il Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2004, pp. 117-137; P. Biavati, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2003, pp. 1241-1259. R. Baratta, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in Giustizia civile, 2002, pp. 455-469; A. Magri, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di potestà dei genitori: una proposta di regolamento CE*, in Europa e diritto privato, 2002, pp. 605-617; F. Mosconi, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in R.D.I.P.P., 2001, pp. 545-556; F. Mosconi, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in Rivista di diritto processuale, 2001, pp. 376-408.

¹⁶³ Cfr. I. Lombardini, *Il regolamento comunitario in materia di famiglia*, in St. Iuris, 2005, 724

n. 218/1995.

L'automaticità del riconoscimento si basa sulla presunzione che i requisiti del riconoscimento sussistano e, in definitiva, sul principio della reciproca fiducia che caratterizza, in misura sempre più ampia, i rapporti tra gli attori del processo di integrazione europea.

Il segnalato spirito di reciproca fiducia che anima il regolamento in materia di diritto di famiglia si ricava dal duplice divieto di riesaminare sia la competenza, stabilita in base a norme regolamentari, del giudice che ha emesso la decisione (art. 24), sia il merito della decisione stessa (art. 26)¹⁶⁴.

Con il riconoscimento si tratta di attribuire al provvedimento di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio e che statuisce sulla responsabilità genitoriale i medesimi effetti che esso ha determinato nell'ordinamento di origine. Con tale locuzione si intende dunque il conferimento, nello Stato richiesto, degli effetti di accertamento e costitutivi che discendono dalla decisione resa in un altro Stato membro, effetti che assumono efficacia vincolante per i soggetti che ne sono destinatari anche dal punto di vista dello Stato richiesto.

Per quanto concerne l'attribuzione di effetti esecutivi, occorre attivare la procedura di esecutività di cui agli artt. 28 e ss del regolamento.

Tanto premesso, va segnalato che il suddetto riconoscimento opera in via automatica ad una duplice condizione: occorre anzitutto che la decisione soddisfi i requisiti di riconoscimento previsti dagli artt. 22 e 23 del regolamento, che si presume ricorrano proprio in virtù della reciproca fiducia che gli Stati membri si accordano; occorre poi che non vi sia contestazione sulla ricorrenza effettiva dei medesimi requisiti, sì da ritenere superfluo l'intervento del giudice interno.

La dottrina ha giustamente osservato che in assenza di contestazione "gli ordinamenti realizzano in tal modo una economia processuale"¹⁶⁵.

In caso contrario, il regolamento fa salva sia la possibilità di contestare l'iscrizione già avvenuta, sia di agire in accertamento negativo preventivo al

¹⁶⁴ Corte giust. 15 luglio 2010 in causa C-256/09, Purrucker, nella quale (p. 72) si rileva che: "È questa fiducia reciproca che ha consentito la creazione di un sistema obbligatorio di competenze, che tutti i giudici cui si applica il regolamento n. 2201/2003 sono tenuti a rispettare, e la correlativa rinuncia da parte degli Stati membri alle loro norme interne di riconoscimento e di delibazione a favore di un meccanismo semplificato di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni pronunciate nell'ambito di procedure in materia di responsabilità genitoriale".

¹⁶⁵ Cfr. R. Baratta, *Il Regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in Picone (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 185.

fine di verificare l'insussistenza dei requisiti.

Sulla scorta della comunicazione di cui all'art. 68 del regolamento, ad accertare l'assenza di motivi di diniego è per l'Italia la Corte d'Appello competente per territorio.

La Corte può essere adita mediante presentazione di un'istanza per la dichiarazione di esecutività prevista dagli artt. 28 e ss., con riguardo all'esecuzione delle decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale ed estesa dal par. 3 dell'art. 21, in caso di contestazione o di accertamento preventivo, alla materia matrimoniale. Il meccanismo procedurale per verificare l'assenza di motivi ostativi al riconoscimento è infatti identico a quello previsto al fine di ottenere una vera e propria dichiarazione di esecutività. La procedura è destinata a concludersi con una sentenza di mero accertamento della sussistenza o meno dei requisiti del riconoscimento.

Ai sensi dell'art. 21, par. 2 del regolamento il principio del riconoscimento automatico risulta applicabile anche all'aggiornamento dei registri dello stato civile qualora avverso la decisione di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio non sia più possibile proporre impugnazione in base alla legge dello Stato membro in cui la decisione è stata resa.

L'introduzione dell'automaticità del riconoscimento anche per le iscrizioni nei registri dello stato civile ha senza dubbio agevolato la riduzione della sfera di applicabilità della procedura tesa ad ottenere l'esecutività. Infatti, per le decisioni che investono il vincolo coniugale la pubblicità legale rappresenta il mezzo più appropriato per garantirne l'esecuzione.

Si profilano pertanto meccanismi di esecuzione diversi soprattutto per le decisioni che concernono esclusivamente il vincolo coniugale, rispetto a quelle relative alla responsabilità genitoriale.

Quest'ultima tipologia di decisioni, per produrre modificazioni della realtà materiale oltre che giuridica, abbisogna di specifici atti di esecuzione che invece non sono necessari quando l'esecuzione si risolve nella produzione di effetti schiettamente giuridici come nel caso delle decisioni che incidono sul vincolo coniugale: qui è sufficiente la pubblicità negli appositi registri per determinare la conformazione della realtà materiale a quella giuridica.

Può dunque sostenersi che "salvo per talune decisioni in materia di diritto di visita o che prescrivono il ritorno del minore, per le quali la sezione IV del Capo III prevede l'abolizione dell'*exequatur*, la disciplina dell'efficacia delle decisioni sulla responsabilità genitoriale è improntata alla dicotomia, presente anche nel regolamento n. 1347/2000, tra riconoscimento automatico e necessità di un procedimento giurisdizionale ai fini dell'esecuzione"¹⁶⁶.

Quanto all'oggetto del riconoscimento e dell'esecuzione, l'art. 46 del regolamento equipara alle decisioni gli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro e gli accordi tra le parti.

Sul punto occorre segnalare che nell'ordinamento italiano il principio dell'indisponibilità dello stato coniugale implica che una sua modificazione o estinzione, inclusi i provvedimenti sull'affidamento dei figli e la potestà dei genitori, possa avvenire solo con l'intervento del giudice, sicché mentre in Italia troveranno riconoscimento ed esecuzione atti stranieri anche di natura privata compiuti in assenza di intermediazione giurisdizionale, negli altri Stati membri troveranno attuazione esclusivamente atti italiani di natura giurisdizionale.

Sempre in ordine all'oggetto, dalla nozione di decisioni in materia matrimoniale suscettibili di riconoscimento sono escluse quelle che negano lo scioglimento del vincolo.

Tale distinzione, già affermata nella relazione Borrás alla originaria Convenzione del 1998¹⁶⁷, si giustifica, alla luce delle significative differenze esistenti tra i vari paesi in materia di divorzio con la volontà, alla base di detta Convenzione, di facilitare il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni di divorzio¹⁶⁸. In realtà, la limitazione alle sole decisioni positive, ancorché criticata dalla dottrina, troverebbe una propria spiegazione nell'esigenza di dar una risposta alle preoccupazioni espresse dai paesi scandinavi, timorosi delle conseguenze che la circolazione delle sentenze negative potrebbe avere sulle loro norme più liberali in tema di divorzio.

Si tratta dunque di una scelta voluta dal legislatore comunitario ed espressione di un *favor divortii* che pervade l'intero regolamento. Per tali

¹⁶⁶ Cfr., E. M. Magrone, *Nelle controversie che investono un minore più tutela con il criterio della vicinanza*, cit., p. 29 e ss.

¹⁶⁷ Relazione esplicativa alla Convenzione del 28.5.1998 (Bruxelles II) redatta dal prof. Alegria Borrás (GU C 221 del 16.7.1998, pag. 27).

¹⁶⁸ Diversamente, a sostegno della circolazione di ogni sentenza, anche se negativa, Campeis – De Pauli, *Il giusto processo civile*, 2008, 285.

ragioni, ad esempio, una decisione di segno negativo in ordine alla richiesta di divorzio non potrà essere riconosciuta in altro Stato membro favorendo così il coniuge recalcitrante allo scioglimento del matrimonio¹⁶⁹.

Si discute molto in ordine al significato da attribuire alla espressione “decisioni di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio”.

In particolare, è lecito chiedersi se siano suscettibili di riconoscimento automatico anche le decisioni di scioglimento di unioni non tradizionali, quali quelle omosessuali contemplate ad es., dal diritto olandese, belga, spagnolo e portoghese, nonché quelle relative alle unioni registrate.

Circa le unioni omosessuali, il termine matrimonio viene usato nel regolamento 2201/2003, come già nella originaria Convenzione del 28.5.1998 in senso non solo autonomo ma anche generico, lasciando così spazio ad interpretazioni anche diverse da quella che limita tale istituto alla tradizionale unione di persone di sesso diverso¹⁷⁰.

La Corte di giustizia, seppure in contesti diversi, pare accogliere una nozione di matrimonio limitata ad un'unione tra due persone di sesso diverso, pur non negando il prodursi di determinati effetti anche ad altre forme di unione. In realtà, fatta esclusione per le mere convivenze di fatto, tutte le altre forme di unione matrimoniale o para matrimoniale in discorso possono forse ricadere nell'ambito di applicazione del regolamento, fermo restando che ciascuno Stato potrà opporre, a seconda delle connotazioni dei principi fondamentali del proprio ordinamento, il limite dell'ordine pubblico¹⁷¹.

Un altro aspetto di rilievo concerne lo status giuridico della decisione oggetto di riconoscimento, cioè la questione se la stessa debba o meno essere passata in giudicato. Tale quesito va risolto in senso negativo.

Lo si desume dall'art. 27 del regolamento che accorda al giudice richiesto il potere di sospendere il procedimento qualora la decisione sia stata impugnata con mezzo ordinario, ciò che dunque segnala la piena

¹⁶⁹ P. Picone, *Modalità di designazione della legge applicabile al diritto internazionale privato della famiglia*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Padova, 2003, p. 675 e s.s.; A. Di Lieto, *Il regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, cit., p. 130 e s.s.; R. Baratta, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in P. Picone (a cura di), *Diritto Internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 184 e s.s.

¹⁷⁰ Con riferimento all'ordinamento italiano la Corte costituzionale con la sentenza n. 138 del 15.4.2010 ha statuito che “spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette”, con possibilità per la Corte di intervenire a tutela di situazioni specifiche.

¹⁷¹ Per una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria, L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, 81 ss.

conciliabilità del riconoscimento con la natura non definitiva della decisione. E' dubbio se analoga considerazione possa farsi con riguardo alle decisioni che vanno annotate nei registri dello Stato civile, attesa la formulazione letterale della norma (art. 21, par. 2) che allude a decisioni contro le quali non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto Stato membro, espressione questa che lascia intendere che ai fini dell'aggiornamento dei registri dello stato civile occorrano decisioni definitive.

4.2 I motivi di non riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio.

I motivi di non riconoscimento si differenziano a seconda che riguardino decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio (art. 22), o, invece, decisioni relative alla responsabilità genitoriale (art. 23). Tali motivi, ad ogni modo, hanno carattere esclusivo, non potendosi addurre motivi diversi da quelli previsti espressamente dal regolamento, sicché l'elencazione degli stessi contenuta negli artt. 22 e 23 ha natura tassativa e non già esemplificativa.

L'art. 22 contempla i motivi di non riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio.

La disposizione prevede quattro ipotesi di non riconoscimento delle richiamate decisioni, e segnatamente: a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; b) quando la decisione è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione; c) se la decisione è incompatibile con una decisione resa in un procedimento tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; d) se la decisione è incompatibile con una decisione anteriore avente le stesse parti, resa in un altro Stato membro o in un paese terzo purchè la decisione anteriore soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto.

Circa l'ordine pubblico, va osservato che si è voluto restringerne sotto vari profili l'incidenza. Anzitutto, come sempre più spesso accade, il contrasto con l'ordine pubblico del foro deve essere manifesto, con la conseguenza da un lato che l'operatività dell'ordine pubblico è limitato a casi eccezionali e dall'altro che l'intervento di tale clausola va motivato dettagliatamente. Esso peraltro, non trova applicazione con riferimento alle norme sulla competenza (artt. da 3 a 14 del regolamento).

Altro fattore di restrizione della clausola dell'ordine pubblico deriva dall'art. 25 del regolamento, a mente del quale la divergenza tra leggi circa i fatti idonei a determinare la separazione, il divorzio o l'invalidità del matrimonio non può costituire motivo di diniego del riconoscimento.

Si aggiunga inoltre che il concetto di ordine pubblico interno subisce un progressivo arretramento a vantaggio di un concetto più ampio di "ordine pubblico comunitario", di cui il regolamento costituisce parte integrante. Infatti, sebbene spetti ai giudici nazionali definire il contenuto dell'ordine pubblico, già con riguardo al regime del regolamento n. 44/2001, la Corte di Giustizia si è riservata il potere di controllo sui limiti entro i quali può invocarsi tale clausola. In particolare, il limite in oggetto va interpretato restrittivamente¹⁷² ed applicato in casi eccezionali¹⁷³.

La Corte tende anche a ricondurre l'applicazione della clausola su un piano unitario, elaborando principi di ordine pubblico comuni agli Stati membri, tratti dalle tradizioni costituzionali degli Stati e dai trattati internazionali a tutela dei diritti umani che vincolano i giudici nazionali. Con l'espansione dell'"ordine pubblico comunitario", si assiste pertanto ad un simmetrico arretramento di quello interno.

Circa il rispetto dei diritti della difesa (art. 22, lett. b), va osservato anzitutto che si tratta di ipotesi di non riconoscimento che si collocano anch'esse nel quadro del concetto di ordine pubblico *lato sensu* inteso. Nel caso specifico si tratta delle sentenze contumaciali.

Ai fini dell'operatività di tal motivo di non riconoscimento è necessaria infatti la presenza di tre condizioni: 1) che la decisione sia stata resa in contumacia; 2) che l'atto introduttivo del procedimento non sia stato notificato in tempo

¹⁷² Corte giust. 2.6.1994 in C-414/92 Solo Kleinmotoren.

¹⁷³ Corte giust. 4.2.1998, 145786, Hoffmann.

utile per svolgere la difesa; 3) il convenuto non abbia accettato *ex post* inequivocabilmente la decisione.

In realtà, in analogia con quanto osservato con riferimento al regolamento n. 44/2001, può sostenersi che la verifica cui è sottoposta la decisione non abbracci unicamente il contenuto ovvero le previsioni sostanziali circa la regolamentazione dei rapporti tra le parti litiganti, con le limitazioni di cui agli artt. 25 e 26, ma si riferisca all'intero svolgimento del processo all'estero, comprendendo così anche l'ordine pubblico processuale, la cui rilevanza non sarebbe perciò limitata alle circostanze specificate all'art. 22, lett. b), che al contrario, dando rilievo al comportamento delle parti, ne costituirebbe un'esemplificazione. Ne consegue che le decisioni rese in uno Stato membro devono essere conformi, tra l'altro, ai principi dell'equo processo e di non discriminazione stabiliti dall'art. 6, par. 1, CEDU.

Si tratta allora della necessità, avvertita dal legislatore comunitario anche in altri recenti regolamenti (regolamento n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati) di garantire l'osservanza di talune norme minime di tutela. Tra queste ultime rientrano, in generale, le previsioni che disciplinano le forme di notificazione, l'esigenza di una sufficiente informazione della controparte, affinché abbia a disposizione un tempo adeguato per predisporre le proprie difese, e venga messa a conoscenza non solo di un'azione giudiziaria promossa contro di lei, ma altresì degli adempimenti imprescindibili per partecipare attivamente al procedimento e delle conseguenze pregiudizievoli nel caso in cui non partecipi allo stesso.

Il terzo motivo di non riconoscimento (art. 22, lett. c) è teso a salvaguardare l'armonia interna dello Stato richiesto, il quale non può tollerare che una persona possa avvalersi di due decisioni contraddittorie.

In base al regolamento il provvedimento interno ostativo al riconoscimento deve essere stato emanato solo "tra le medesime parti", e quindi potrebbe avere diversità di oggetto e di titolo.

Ciò che rileva ai fini del non riconoscimento è che le decisioni producano effetti giuridici che si escludono reciprocamente. Così, non sussiste contrasto, ad esempio, tra un provvedimento di divorzio ed un preesistente provvedimento di separazione pronunciato nello Stato dove il primo

provvedimento va riconosciuto. Nel caso di specie infatti non sussiste inconciliabilità tra le due decisioni, mentre tale incompatibilità deve ritenersi sussistente tra una decisione di divorzio ed una di annullamento del matrimonio, stante l'inconciliabilità degli effetti discendenti da tali tipologie di provvedimento.

Per quanto riguarda il quarto requisito – secondo il quale una decisione di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio non è riconosciuta se incompatibile con una decisione resa in precedenza in un altro Stato membro o in un paese terzo che soddisfi le condizioni per essere riconosciuta nello Stato richiesto – valgono i medesimi rilievi dianzi svolti riguardo alla inconciliabilità tra le due decisioni¹⁷⁴.

4.2.1 Segue: i motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale.

L'art. 23 disciplina i motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale.

In dettaglio, secondo tale disposizione la decisione non è riconosciuta se: a) tenuto conto dell'interesse superiore del minore il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; b) se, salvo i casi d'urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto; c) quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione; d) su richiesta di colui che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale, se è stata emessa senza dargli la possibilità di essere ascoltato; e) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale

¹⁷⁴ All'uopo può essere utile un esempio: in uno Stato non membro D è resa una decisione di separazione avente i requisiti per essere riconosciuta nello Stato membro B. In seguito, nello Stato membro C viene emessa una sentenza di divorzio tra i medesimi coniugi, decisione di cui è richiesto il riconoscimento nello Stato membro B. In tale ipotesi la pronunzia di divorzio, emanata nello Stato membro C, non è incompatibile con la decisione anteriore di separazione personale resa nello Stato non membro D ed è riconosciuta nello Stato membro B. Al contrario, qualora nello Stato non membro D sia stata emessa una sentenza di divorzio ed in seguito venga resa una pronunzia di separazione nello Stato membro C, lo Stato membro B negherà il riconoscimento di quest'ultima perché incompatibile con una decisione di divorzio emessa nello Stato non membro D che soddisfi i requisiti per il riconoscimento nello Stato membro B.

emessa nello Stato membro richiesto; f) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa in un altro Stato membro o nel paese terzo in cui il minore risiede, la quale soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto; g) se la procedura prevista dall'articolo 56 non è stata rispettata.

Il secondo, il terzo ed il quarto requisito possono comprendersi nell'alveo più generale del limite dell'ordine pubblico pur rappresentando specificazioni introdotte probabilmente allo scopo di puntualizzarne la sfera di operatività.

Va osservato tra l'altro che l'incidenza dell'ordine pubblico è condizionata tra gli altri requisiti, al bisogno di tener conto "dell'interesse superiore del minore". Il diritto del minore di essere ascoltato nei procedimenti in questione deve essere contemplato dai "principi fondamentali" di procedura dello Stato richiesto. Il giudice dello Stato di origine dovrà dunque considerare, in questa prospettiva, la riconoscibilità all'estero della sua decisione ed attenersi, in ultima analisi, all'osservanza di un diritto del minore garantito peraltro dall'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo.

In tale prospettiva, la disposizione regolamentare accentua la discrezionalità del giudice, in quanto gli affida il compito di effettuare un bilanciamento tra le esigenze di coerenza interna dell'ordinamento richiesto di riconoscere il provvedimento straniero, che porterebbero a negare il riconoscimento, e l'esigenza di perseguire l'interesse del minore, che risulterebbe a favore del riconoscimento.

Quanto al regime di ascolto del minore, va segnalato che il grado di maturità del minore e la sua capacità di discernimento del proprio interesse, necessari ai fini dell'audizione, vengono spesso valutati sommariamente dai giudici nazionali, in relazione alla particolare esigenza di celerità. L'High Court irlandese il 3.12.2008 ha ritenuto capace di formarsi un autonomo punto di vista un minore di sei anni, sulla base di una valutazione rapida, effettuata *prima facie*, vista l'impossibilità di richiedere nei tempi previsti dal regolamento "an independent professional assesement".

La Supreme Court of Ireland il 20.5.2010 ha statuito che la possibilità di procedere all'audizione di un minore sotto i sei anni non è automaticamente esclusa, ma dipende dalle circostanze del caso ed in particolare dalla

maturità del minore stesso. Poco approfondita anche la decisione della Cour d'appel di Parigi del 22.5.2008 che giudica l'età e l'immatùrità del minore "par les pieces du dossier", senza aggiungere alcunché. L'eventuale assenza di discernimento del minore che può giustificare l'omesso ascolto deve sempre essere motivata dal giudice.

La lett. c) riguarda il caso che la decisione da riconoscere sia stata presa in contumacia e riproduce testualmente la corrispondente previsione (lett. b) dell'art. 22 in materia matrimoniale.

Il caso contemplato dalla lettera d) è invece quello, assai vicino peraltro all'ipotesi di cui alla lett. c), in cui la decisione sia stata resa senza che sia stato ascoltato uno degli interessati che, ritenendo così lesa la propria responsabilità genitoriale, sollevi espressamente tale eccezione.

4.3 Il regime dell'esecuzione delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale.

Come anticipato, le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale necessitano, ai fini dell'esecuzione, di un procedimento di *exequatur*.

A differenza delle appena viste decisioni concernenti il vincolo coniugale che praticamente non necessitano di alcuna procedura esecutiva, atteso che dalle stesse discendono soltanto effetti di natura giuridica, quelle che riguardano il profilo della responsabilità genitoriale, stante il necessario tradursi in atti dotati di risvolti pratici che implicano cioè una modificazione della realtà materiale, abbisognano di un'apposita procedura di *exequatur*, disciplinata espressamente dal regolamento.

Si tratta del caso in cui, di fronte al rifiuto di conformare il proprio comportamento ad una decisione resa in uno Stato membro dove essa è suscettibile di essere coattivamente eseguita, l'interessato chiede al giudice di un altro Stato membro di dichiarare che tale decisione può essere coattivamente eseguita anche in tale Stato; nel senso che l'automaticità del riconoscimento di una decisione non consenta di dare ad essa esecuzione, ovvero non costituisca titolo per un'attività modificativa della situazione in

atto, occorrendo a tal fine, oltre alla previa notificazione, una apposita declaratoria di esecutività su istanza dell'interessato.

L'esecuzione delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale è sottoposta dunque alla previa attivazione di una procedura di natura sommaria ed a contraddittorio eventuale e differito, volta ad apporvi la formula esecutiva negli Stati diversi da quello di provenienza del provvedimento. Ne consegue che la procedura in discorso è necessaria ad esempio per l'esecuzione di sentenze di separazione con provvedimenti accessori relativi ai figli minori. Come si vedrà più in dettaglio nel prosieguo della trattazione, invece, l'esecuzione di decisioni in materia di diritto di visita e di alcune decisioni sul ritorno del minore non sono soggette invece ad alcun procedimento di *exequatur*¹⁷⁵.

Ai fini della disciplina dell'esecuzione delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale, rileva anzitutto l'art. 28 del regolamento, norma che apre la sezione n. 2 (istanza per la dichiarazione di esecutività) del capo III.

Il primo paragrafo stabilisce che le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale su un minore, emesse ed esecutive in un determinato Stato membro, sono eseguite in un altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata purché siano state notificate.

La norma all'evidenza, come accennato, allude ad un procedimento *ad hoc* finalizzato a conseguire l'esecuzione della decisione emessa in uno Stato membro all'interno di altro Stato membro. Il procedimento in parola è un tipico procedimento di *exequatur*, di cui il regolamento disciplina i tratti essenziali, rinviando alla normativa nazionale per gli aspetti di dettaglio.

In particolare, tale procedura, che intende caratterizzarsi per semplicità e rapidità sul modello di Bruxelles I, è suddivisa in tre fasi, solo parzialmente disciplinate dal regolamento. In realtà, esso poggia sulle normative

¹⁷⁵ Cfr. M. A. Lupoi, *Gli aspetti processuali della sottrazione internazionale di minori*, cit., il quale osserva che: "Il regolamento, rispetto alla circolazione delle decisioni emesse in uno Stato membro, adotta un duplice approccio. Da un lato, si segue anche qui il metodo "tradizionale" fatto proprio dal regolamento n. 44 del 2001 (c.d. Bruxelles I), per cui il riconoscimento delle decisioni è automatico e la loro esecuzione assoggettata ad un agile procedimento di *exequatur*; dall'altro, rispetto ad alcune tipologie di decisioni, si prevede l'attuazione immediata, senza necessità di previa concessione di un *exequatur* nello Stato ospite e senza possibilità di opposizione. Tale possibilità è prevista, in particolare, per i provvedimenti emessi nella materia che ci riguarda (ovvero quelli dello Stato di origine che dispongono il rientro del minore illegittimamente trasferito all'estero), oltre che per le decisioni sul diritto di visita. I provvedimenti in questione, infatti, richiedono, di norma, un'attuazione rapida, incompatibile con i tempi (e i meccanismi) del procedimento di *exequatur*. Si tratta, in effetti, di una delle principali innovazioni di Bruxelles II bis rispetto al precedente regolamento n. 1347 del 2000".

processuali nazionali – come si desume chiaramente dall'art. 30, par. 1 – che sono destinate a fornirgli i necessari complementi normativi. Segnatamente, a dette normative è rimessa la determinazione delle concrete misure di esecuzione.

Delle tre menzionate fasi solo la prima può dirsi necessaria, atteso che l'attivazione della stessa soggiace all'istanza di una parte. Le altre fasi sono invece puramente eventuali.

La prima fase, che si apre su istanza di parte e segue le modalità determinate da ogni singolo Stato, riguardo ai profili non regolati, si svolge *inaudita altera parte*.

Essa inizia con il deposito dell'istanza per ottenere la dichiarazione di esecutività che avviene secondo le modalità definite dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

In virtù del disposto congiunto degli artt. 30, par. 3, 37 e 38 è necessario allegare all'istanza una copia della decisione che presenti tutte le condizioni di autenticità prescritte ed un certificato dell'autorità competente concernente le decisioni in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità genitoriale, redatti rispettivamente secondo i moduli uniformi allegati al regolamento. In caso di decisione contumaciale, la parte che ne chiede il riconoscimento o l'esecuzione deve inoltre produrre "l'originale o una copia autentica del documento comprovante che la domanda giudiziale o l'atto equivalente è stato notificato o comunicato al contumace, o un documento comprovante che il convenuto ha inequivocabilmente accettato la decisione". La mancata produzione di tali documenti non costituisce motivo di rigetto dell'istanza. Invero, l'art. 38 stabilisce che in tale situazione, il giudice dell'esecuzione possa fissare un termine per la presentazione di tali documenti, accettare documenti equivalenti o disporre la dispensa "qualora ritenga di essere informato a sufficienza". L'avvenuta notificazione della decisione alla parte contro cui l'*exequatur* è richiesto e l'accettazione della decisione da parte del contumace sembrano previste per consentire agli interessati di conoscere il contenuto della decisione stessa e di eseguirla spontaneamente, in modo tale da evitare gli oneri della procedura di *exequatur*.

Si è posto il problema se la prova della notificazione e dell'accettazione del contumace possano essere date dopo la presentazione dell'istanza di *exequatur* oppure nel corso della fase di opposizione. La questione non è regolata e ricevono pertanto applicazione le norme nazionali, tenuto conto tuttavia delle finalità perseguite dalla disciplina uniforme. Ne consegue che se la notificazione è avvenuta durante la prima fase della procedura o anche nella fase dell'opposizione, il fine della notificazione può reputarsi comunque raggiunto. Nondimeno, la parte contro cui l'esecuzione è richiesta deve disporre di un termine ragionevole per eseguire la decisione e non essere tenuto a sopportare l'onere della ritardata notificazione.

In tale prima fase il giudice adito, da individuarsi per funzione sulla base della comunicazione che ciascuno Stato membro deve dare alla commissione ex art. 68 e per territorio ai sensi dell'art. 29, par. 2 decide senza indugio e in assenza di contraddittorio, che è differito.

Il giudice esamina d'ufficio l'esistenza di eventuali motivi che ostino al riconoscimento e pertanto accoglie l'istanza o la rigetta "per uno dei motivi di cui agli artt. 22, 23 e 24".

La decisione straniera di cui si chiede l'*exequatur* non può naturalmente formare oggetto di riesame nel merito. Il provvedimento del giudice, positivo o negativo che sia per il richiedente è notificato a quest'ultimo a cura del cancelliere secondo le modalità previste dallo Stato membro dell'esecuzione".

La seconda eventuale fase si apre invece con la opposizione proposta a seconda dei casi dal richiedente l'esecuzione ovvero dalla persona contro cui è invocata l'esecuzione.

Con tutta evidenza l'alternativa appare ancorata al segno positivo o negativo con il quale si conclude la prima fase della procedura di esecuzione in parola.

Se la prima fase è terminata con un diniego alla richiesta di esecuzione, verosimilmente l'opposizione sarà proposta dalla parte richiedente rimasta insoddisfatta nella prima fase; al contrario, se la prima fase ha avuto esito positivo, sarà allora la parte "soccumbente" al primo turno a formulare richiesta di opposizione dinanzi all'autorità nazionale competente secondo

l'art. 68 del regolamento, più volte richiamato. In tale seconda ipotesi il regolamento assegna al controinteressato rispetto all'esito positivo della prima fase un termine (di un mese, ex art. 33, par. 5 del regolamento) per l'instaurazione della fase di opposizione, termine che invece la normativa non contempla in caso di opposizione presentata dal richiedente nella prima fase. Dopo la descritta seconda fase a contraddittorio integro, potrebbe aprirsi la terza (eventuale) fase che è destinata a svolgersi dinanzi ad un'autorità diversa da quella che ha condotto le prime due parti del procedimento. Infatti, la decisione resa sull'opposizione è suscettibile, ai sensi dell'art. 34, unicamente di ricorso secondo le procedure che gli Stati membri comunicano alla commissione ai sensi dell'art. 68. In Italia viene in rilievo il ricorso per cassazione. Ai sensi dell'art. 35 del regolamento, i giudici della seconda e della terza fase dispongono del potere di sospendere il procedimento se la decisione straniera è stata impugnata con mezzo ordinario o non sia scaduto il termine per proporlo. Il regolamento peraltro non contempla uno strumento di impugnazione da adoperare per contrastare il provvedimento che neghi o conceda la sospensione del procedimento o fissi il termine per proporre il gravame. In mancanza di una esplicita disposizione sul punto è da ritenersi che queste decisioni soggiacciono ai rimedi ordinari. Del resto, peraltro, ipotizzare l'impugnazione avverso il provvedimento che rigetti l'istanza di sospensione potrebbe produrre l'effetto di ritardare nello Stato richiesto l'esecuzione di una decisione resa in altro stato membro e si presterebbe ad essere utilizzata a fini dilatori dalla parte contraria all'esecuzione. Evidentemente allora, tale rimedio sembrerebbe in definitiva poco conciliabile con l'obiettivo perseguito dal regolamento di istituire un procedura semplice e rapida di *exequatur* valida anche per le decisioni non definitive. Anche per tali ragioni sembra potersi affermare dunque che le norme che consentono l'allungamento del procedimento di esecuzione ad opera di parte debbano essere interpretate restrittivamente.

4.4 La pronunzia della Corte di giustizia 11.7.2008 in C-195/08 PPU: il regime giuridico applicabile nel caso in cui sia stato attivato un procedimento di non riconoscimento ad opera della parte nei cui

confronti opera la esecutività della decisione.

Nella pronunzia dell'11.7.2008 la Corte di giustizia¹⁷⁶ è stata chiamata a risolvere tra le altre una questione concernente il procedimento di esecutività di talune decisioni in materia di responsabilità genitoriale non incluse nel catalogo di quelle disciplinate dalla sezione IV del regolamento¹⁷⁷.

Nelle pagine precedenti è stato analizzato il procedimento di *exequatur* propedeutico alla esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia di responsabilità genitoriale. Sul punto sono state prese in esame le due fasi, di cui la seconda puramente eventuale, che conferiscono l'esecutività ad una decisione in materia di responsabilità genitoriale.

E' stato altresì precisato che la prima fase del procedimento in parola si svolge *inaudita altera parte*, senza l'integrazione del contraddittorio che la normativa conferente rinvia alla seconda fase, cioè quella che nasce con l'opposizione della persona nei cui confronti la decisione va eseguita. Espressiva di tale incompleta conformazione del contraddittorio è la disposizione di cui all'art. 31, par. 1 del regolamento a mente della quale: "In questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene richiesta né il minore possono presentare osservazioni".

Nella prassi si è posto il quesito – poi risolto dalla Corte di giustizia – se la citata disposizione possa applicarsi anche quando, presentata una domanda di non riconoscimento di una decisione altrimenti esecutiva, il convenuto chieda invece il riconoscimento della suddetta decisione.

Si trattava allora di comprendere se il convenuto nel procedimento di non riconoscimento potesse effettuare delle osservazioni.

Riprendendo la formulazione del quesito interpretativo chiaramente riportato in sentenza: "*il giudice del rinvio chiede, nel caso in cui occorra esaminare l'istanza di non riconoscimento della decisione presentata dalla persona nei confronti della quale detta decisione è esecutiva e sebbene non sia stata precedentemente proposta alcuna istanza di riconoscimento, in che modo*

¹⁷⁶ Corte giust. 11.7.2008 in C-195/08 PPU, Rinau, in Raccolta, p. I-05271. La sentenza è stata commentata da M. Fragola, *Il primo rinvio pregiudiziale «d'urgenza»: il caso Rinau*, in Rivista di diritto comunitario e degli scambi internazionali, fascicolo n. 3 del 2008.

¹⁷⁷ Si tratta della questione n. 1 che la Corte di Giustizia affronta e risolve nella pronunzia 11.7.2008 in C – 195/2008 PPU, Rinau , cit.

debba essere applicato l'art. 31, n. 1, del regolamento, in particolare il periodo ai sensi del quale «in questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni».

La Corte opera anzitutto una qualificazione della fattispecie, rilevando che si tratta di un procedimento di non riconoscimento di una decisione giudiziaria avviato senza che sia stata precedentemente proposta un'istanza di riconoscimento nei confronti della stessa decisione.

I giudici osservano a tal proposito come la situazione processuale che si determina a seguito della istanza di non riconoscimento di una decisione giudiziaria risulta del tutto diversa da quella che trae origine da una istanza di riconoscimento esperita da chi intende avvalersi degli effetti esecutivi di una tal decisione.

In quest'ultimo caso infatti ci troviamo di fronte ad un procedimento schiettamente esecutivo ed unilaterale, che per ragioni di celerità è stato concepito come procedimento a contraddittorio non integro, nel quale dunque non sono ammesse le osservazioni della parte convenuta, cioè di chi si oppone alla esecutività della decisione.

In tale procedimento chi promuove l'azione è mosso dall'intento di conferire portata esecutiva alla decisione giudiziaria, laddove invece chi resiste in tale fase non potrà far valere le proprie ragioni, potendo veicolare le stesse soltanto nel quadro dell'opposizione regolata dall'art. 33 del regolamento.

La Corte osserva che un simile ragionamento non vale nel caso in cui si chieda il non riconoscimento della decisione. In tal caso, secondo la Corte, muta l'oggetto del giudizio che mira infatti ad un accertamento negativo, che esige il contraddittorio.

Infatti, la parte contro cui viene proposta la domanda di non riconoscimento e che a sua volta non ha proposto alcuna domanda di riconoscimento della decisione giudiziaria non può non interloquire sulla relativa questione¹⁷⁸. Qui, mancando le esigenze di celerità che sottendono ad un'azione rivolta a

¹⁷⁸ Sul giudizio di non riconoscimento come giudizio negativo si esprime testualmente la Corte nel punto n. 105 della sentenza. Così la Corte: "Qualsiasi altra soluzione tenderebbe a limitare l'efficacia dell'azione del richiedente, dato che l'oggetto del procedimento di non riconoscimento mira ad un giudizio negativo, che, per sua natura, esige il contraddittorio".

conferire esecutività ad una decisione giudiziaria, anche in omaggio, potrebbe dirsi, ad un *favor executionis*, difettano le ragioni che dovrebbero precludere ex art. 31, par. 1 del regolamento, la formulazione di osservazioni, cosicché la richiamata norma, secondo la Corte, non va applicata.

In conclusione la Corte enuncia il seguente principio di diritto: *“l’art. 31, n. 1, del regolamento, nella parte in cui prevede che, in questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l’esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni, non è applicabile ad un procedimento di non riconoscimento di una decisione giudiziaria avviato senza che sia stata precedentemente proposta un’istanza di riconoscimento nei confronti della stessa decisione. In una situazione del genere, la convenuta, che chiede il riconoscimento, può presentare osservazioni”*.

4.5 La pronuncia della Corte di giustizia 15.7.2010 in C-256/09 PPU: l'applicabilità delle norme in materia di riconoscimento ed esecuzione ai provvedimenti provvisori ex art. 20 del regolamento n. 2201/2003.

In una recente pronuncia¹⁷⁹, la Corte di giustizia si è soffermata sui rapporti tra la disciplina del riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni contenuta nel regolamento n. 2201/2003 ed i provvedimenti provvisori, riguardanti il diritto di affidamento di cui all'art. 20 dello stesso regolamento¹⁸⁰.

Come in parte già anticipato, quest'ultima disposizione, similmente a quanto disposto dall'art. 31 del regolamento n. 44/2001, individua un'eccezione al sistema di competenza previsto dal regolamento, consentendo all'autorità giudiziaria di uno Stato membro che risulti priva di giurisdizione sul merito di adottare, in casi di urgenza, i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dal proprio diritto nazionale, relativamente alle persone residenti in quello Stato o ai beni in esso situati.

Tali provvedimenti possiedono un'efficacia temporale limitata in quanto cessano di essere applicabili allorché l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente nel merito – in virtù delle norme dello stesso

¹⁷⁹ Corte giust., 15.7.2010 in C-256/09 PPU, *Purrucker*, in RDIPP, 2011, 1, p. 224 ss.

¹⁸⁰ La sentenza è stata commentata con nota critica da O. Feraci, *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, in RDIPP, 2011, p. 107 e ss.

regolamento – abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati.

In via generale, va osservato che la sentenza *Purrucker*, nell'offrire l'occasione per svolgere talune riflessioni sull'efficacia all'estero dei provvedimenti provvisori e cautelari stranieri adottati in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità genitoriale, fa registrare una cesura rispetto alla disciplina del riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti provvisori e cautelari operante nel regime della Convenzione di Bruxelles (ed ora nel regolamento n. 44/2001), nell'ambito della quale è stato affermato il principio secondo cui l'art. 24 della Convenzione (ora art. 31 del regolamento n. 44/2001) “non esclude che i provvedimenti provvisori o cautelari disposti nello Stato d'origine in esito ad un procedimento di natura contraddittoria – fosse anche contumaciale – possano divenire oggetto di riconoscimento e di autorizzazione all'esecuzione delle condizioni stabilite dagli articoli 25-49 della Convenzione”¹⁸¹. I

Il regime convenzionale di efficacia delle decisioni si applica quindi anche ai provvedimenti provvisori o cautelari, non essendo questi ultimi espressamente esclusi dalla nozione di decisione di cui all'art. 25 della Convenzione (ora art. 32 del regolamento n. 44/2001).

Nel contesto del regolamento n. 44/2001, la Corte di giustizia non ha ritenuto di dover distinguere tra provvedimenti cautelari adottati dal giudice competente nel merito e provvedimenti cautelari adottati da un foro esorbitante a norma dell'art. 24 della Convenzione di Bruxelles (ora art. 31 del regolamento n. 44/2001), ma si è limitata a condizionare l'estensione del regime semplificato di riconoscimento ed esecuzione alla circostanza che i provvedimenti provvisori o cautelari in generale, non siano adottati *inaudita altera parte* (c.d. provvedimenti provvisori unilaterali) o che comunque, anche se resi in assenza di contraddittorio, siano stati comunicati al convenuto prima che sia stata richiesta la loro esecuzione all'estero.

Al contrario, con riguardo alla materia matrimoniale ed alla potestà parentale, la sentenza *Purrucker* nega l'applicabilità della disciplina regolamentare dettata in tema di riconoscimento ed esecuzione dal regolamento n. 2201/2003 ai provvedimenti provvisori fondati sull'art. 20 del regolamento, affermando al contrario che i provvedimenti cautelari adottati dal giudice

¹⁸¹ Cfr. Corte di giustizia, 21 maggio 1980, in causa C-125/79, Danilauer.

competente nel merito in forza degli artt. 8 e s.s. del medesimo strumento possano fruire delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione stabilite negli artt. 21 e ss. del regolamento.

Prima però di esporre le motivazioni poste a sostegno di tale soluzione ermeneutica, occorre illustrare, sia pur sinteticamente, i fatti di causa, atteso che si tratta di una vicenda notevolmente significativa.

4.5.1 Segue: i fatti della causa

La vicenda investe una controversia relativa all'affidamento di una coppia di gemelli, l'uno residente in Germania con la madre tedesca, l'altra in Spagna con il padre.

I gemelli erano nati in Spagna da una breve convivenza avuta tra i genitori sul suolo spagnolo, convivenza terminata con un accordo notarile con il quale i genitori avevano regolato l'affidamento congiunto dei bambini e stabilito altresì che alla madre spettasse il diritto di rientrare in Germania con i figli, mentre al padre competeva un mero diritto di visita, accordo però che necessitava, ai fini della esecutività, di una previa delibazione giurisdizionale poi non avvenuta.

La madre, dopo un parto prematuro, considerata l'impossibilità di ottenere le dimissioni della bambina dall'ospedale, partiva il 2 febbraio 2007 con il solo gemello maschio per la Germania.

Il 28 giugno del 2007 il padre adiva l'autorità giudiziaria spagnola, ottenendo un provvedimento provvisorio che gli attribuiva l'affidamento di entrambi i gemelli e che imponeva talune misure accessorie.

Il padre adiva poi, in esecuzione del provvedimento provvisorio spagnolo, le autorità giurisdizionali tedesche, le quali, sia in primo che in secondo grado, accordavano l'*exequatur*. La madre, di converso, proponeva ricorso per cassazione dinanzi al Bundesgerichtshof, assumendo che i provvedimenti ex art. 20 del regolamento n. 2201/2003 non potevano qualificarsi come decisioni relative alla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 2, n. 4 del medesimo regolamento.

In difetto di una chiara indicazione in proposito, il Bundesgerichtshof, con

rinvio pregiudiziale, si rivolgeva così alla Corte di giustizia chiedendo se un provvedimento provvisorio, esecutivo nello Stato membro in cui è stato disposto¹⁸², quale quello adottato dal giudice spagnolo in tema di affidamento dovesse essere riconosciuto ed eseguito conformemente al regolamento n. 2201/2003 in un altro Stato membro alla stregua di una decisione del giudice competente attributiva dell'affidamento in via definitiva.

4.5.2 Segue: le soluzioni accolte dalla Corte.

Preliminarmente, la Corte di giustizia ha dovuto chiarire quale fosse la natura dei provvedimenti provvisori emessi dall'autorità giudiziaria spagnola. Più in dettaglio, considerato che nel provvedimento del giudice spagnolo non era stata individuata una specifica base normativa alla statuizione cautelare in esso contenuta, era necessario comprendere se si trattava di provvedimenti espressione dell'esercizio di una ritenuta competenza giurisdizionale concernente il merito, ovvero se si fosse in presenza di provvedimenti resi da un foro esorbitante, ossia non competente nel merito.

Rispetto a tale questione preliminare, la Corte di giustizia ha fornito talune indicazioni per risolvere situazioni come quella del caso di specie, nelle quali è dubbio il titolo della competenza cautelare che sia stata esercitata dal giudice di uno Stato membro.

La Corte di giustizia ha così chiarito che se da un lato che l'art. 24 del regolamento n. 2201/2003 pone il divieto per i giudici dello Stato richiesto di controllare la competenza del giudice d'origine, “questo divieto non preclude ad un giudice cui sia sottoposta una decisione che non contiene elementi attestanti senza ombra di dubbio la competenza nel merito dell'autorità giurisdizionale d'origine di verificare se da tale decisione emerge che quest'ultimo giudice ha inteso fondare la propria competenza su una disposizione del regolamento n. 2201/2003”¹⁸³.

Del resto, “tale verifica non costituisce tanto un controllo della competenza dell'autorità giurisdizionale d'origine, bensì unicamente l'accertamento del

¹⁸² Sul punto per il vero la suprema Corte tedesca sembra ignorare che l'accordo stipulato in Spagna nelle forme di una *convenio regulador* non fosse stata successivamente deliberata dall'autorità giudiziaria.

¹⁸³ Cfr. Corte giust., sentenza Purrucker cit., par. 75.

fondamento sul quale il giudice ha basato la sua competenza”¹⁸⁴.

Da tale enunciato, la Corte è pervenuta alla conclusione che “allorché la competenza di merito, ai sensi del regolamento n. 2201/2003, di un giudice che ha adottato provvedimenti provvisori non risulti, con tutta evidenza, dagli elementi della decisione presa, o allorché tale decisione non contenga una motivazione scevra da qualsiasi ambiguità, relativa alla competenza di merito di questo giudice, mediante il riferimento ad uno dei criteri di competenza previsti dagli artt. 8-14 del regolamento, si deve concludere che tale decisione non è stata adottata nel rispetto delle regole di competenza sancite dal suddetto regolamento”¹⁸⁵.

Per tali ragioni, la competenza cautelare esercitata con il provvedimento in questione andava letta come competenza spettante ad un foro esorbitante ai sensi dell'art. 20 del regolamento e non come competenza del merito a norma dello stesso. D'altronde, “non è unicamente la natura dei provvedimenti che il giudice può adottare – provvedimenti provvisori o cautelari contrapposti a decisioni di merito – che determina se tali provvedimenti possano rientrare nell'art. 20 di detto regolamento ma piuttosto, in particolare, la circostanza che siano stati adottati da un giudice la cui competenza non è fondata su un'altra disposizione del regolamento”¹⁸⁶.

Passando ora ad analizzare la questione pregiudiziale specificamente devoluta alla Corte di giustizia, si pone il problema di stabilire se i provvedimenti provvisori e cautelari ex art. 20 del regolamento potevano essere qualificati come decisioni in materia di responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 2 n. 4 del regolamento, suscettibili come tali di essere riconosciuti ed eseguiti a norma delle disposizioni del regolamento.

La questione si presenta controversa e sul piano teorico potrebbero sostenersi diverse prospettazioni.

In primo luogo potrebbe ritenersi che i provvedimenti provvisori ex art. 20 debbano essere esclusi dal novero delle decisioni rilevanti ex art. 2 n. 4 del regolamento e, dunque, dalla sfera di applicazione delle disposizioni sul riconoscimento e sull'esecuzione previste dagli articoli 21 e ss. del

¹⁸⁴ Cfr. conclusioni avv. gen. Sharpston cit., par. 139

¹⁸⁵ Cfr. Corte giust., sentenza *Purrucker* cit., par. 76.

¹⁸⁶ Cfr. Corte giust., sentenza *Purrucker* cit., par. 63 e 64.

regolamento, in quanto l'art. 20 costituirebbe una mera norma sulla competenza, non rilevante ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione.

Tale conclusione si fonda su talune considerazioni espresse dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale rileva che il carattere imperativo dei provvedimenti ex art. 20 deriva dalla normativa nazionale e non da quella europea: tale forza imperativa pertanto dovrebbe essere limitata al territorio nel quale tale normativa risulta applicabile.

In ossequio ad altre tesi si ritiene invece che i provvedimenti ex art. 20 in tanto potrebbero collocarsi tra quelli inseriti nel novero dell'art. 2, n. 4 del regolamento in quanto siano adottati dal giudice competente a conoscere del merito ed a condizione che siano salvaguardati, *ex ante* o semplicemente *ex post* (come ritiene altro indirizzo interpretativo), i diritti della difesa.

Infine, potrebbe sostenersi che i provvedimenti provvisori adottati a norma dell'art. 20 del regolamento devono considerarsi *sic et simpliciter* decisioni a norma dell'art. 2 n. 4 del regolamento – a motivo dell'ampiezza della nozione impiegata in tale disposizione – alle quali si estendono quindi le norme sul riconoscimento e l'esecuzione dettate dagli articoli 21 e ss.

Come anticipato, la Corte di giustizia è giunta ad escludere l'applicabilità del sistema di riconoscimento ed esecuzione predisposto dal regolamento n. 2201/2003 ai provvedimenti rientranti nell'abito di applicazione dell'art. 20 stesso.

La prima delle ragioni indicate dalla Corte di giustizia è di ordine, potrebbe dirsi, storico in quanto si desume dai lavori preparatori del regolamento n. 2201/2003. Da detti lavori preparatori, nonché da quelli relativi agli antecedenti normativi del regolamento, si ricaverebbe l'intendimento del legislatore comunitario di escludere dalla efficacia extraterritoriale le decisioni provvisorie adottate in tema di controversie matrimoniali e di responsabilità genitoriale.

In particolare, si cita la relazione alla Convenzione del 28 maggio 1998 (Convenzione Bruxelles II), la c.d. relazione Borrás¹⁸⁷, secondo la quale questo aspetto segnerebbe il discrimine della Convenzione Bruxelles II dalla Convenzione di Bruxelles del 1968¹⁸⁸. Ed infatti, diversamente dall'art. 24

¹⁸⁷ Relazione esplicativa alla Convenzione del 28.5.1998 (Bruxelles II) redatta dal prof. Alegria Borrás (GU C 221 del 16.7.1998, pag. 27).

¹⁸⁸ Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia

della Convenzione di Bruxelles del 1968 a mente del quale esplicitamente i provvedimenti provvisori producono effetti anche al di fuori del foro esorbitante, quelli di cui all'art. 12 della Convenzione Bruxelles II, del successivo regolamento Bruxelles II (regolamento n. 1347/2000) e del regolamento n. 2201/2003 non dovrebbero produrre effetti extraterritoriali.

Da questa premessa la Corte desume che, qualora si consentisse l'applicazione del sistema di riconoscimento e di esecuzione predisposto dal regolamento n. 2201/2003 anche ai provvedimenti di cui all'art. 20 dello stesso, si autorizzerebbe il riconoscimento e l'esecuzione in altri Stati membri di provvedimenti che intervengono in materie non coperte dal regolamento e che potrebbero, per tale effetto, essere stati disposti, ad esempio, in violazione di norme che prevedono competenze speciali o esclusive previste dal regolamento n. 44/2001.

Un'altra delle ragioni individuate dalla Corte fa riferimento alle conseguenze che deriverebbero dall'ammettere la soluzione opposta. Ammettere il riconoscimento e l'esecuzione di provvedimenti rientranti nell'art. 20 del regolamento n. 2201/2003 in ogni altro Stato membro, compreso lo Stato che ha cognizione nel merito, determinerebbe un rischio di elusione anche delle regole di competenza previste dallo stesso regolamento, nonché un pericolo di *forum shopping*.

Ciò risulterebbe in contrasto con gli obiettivi generali perseguiti dal regolamento, in particolare, con la finalità di tutelare l'interesse superiore del minore e con il criterio di vicinanza, che garantisce che le decisioni che riguardano il minore siano adottate dal giudice geograficamente più vicino alla sua residenza abituale, che si presume essere l'autorità più idonea a valutare i provvedimenti da disporre in favore dello stesso¹⁸⁹.

Infine, l'inapplicabilità delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione di cui agli articoli 21 e ss. del regolamento n. 2201/2003 discenderebbe dalla stessa natura della disposizione in esame che non è concepita come norma sulla competenza.

Essa infatti trova collocazione nella sezione 3 del capitolo II del regolamento rubricata "Disposizioni comuni" e non fa parte degli articoli che riguardano

civile e commerciale, disponibile al sito <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁸⁹ Cfr., O Feraci, *Riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 124.

specificamente la competenza in materia di responsabilità genitoriale, cui sono dedicate invece le disposizioni della sezione 2 del capitolo II.

Da tale collocazione la Corte evince che tale articolo non può essere considerato una disposizione che attribuisce competenza di merito ai sensi del regolamento n. 2201/2003 e, infatti, la stessa formulazione dell'art. 20 si limita 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 legge interna, anche se, a norma dello stesso regolamento, è competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro. Ciò del resto, trova conferma nella formulazione del sedicesimo considerando del regolamento¹⁹⁰.

Illustrata la soluzione cui è pervenuta la Corte di giustizia con la pronuncia in commento, è il caso qui di osservare come la stessa sia stata criticata in dottrina, la quale ha individuato vari ordini di motivi per cui le considerazioni della Corte non possono ritenersi soddisfacenti¹⁹¹.

In primo luogo, si ritiene che la soluzione offerta dal giudice comunitario si ponga in rapporto problematico con la realizzazione degli obiettivi generali perseguiti dal regolamento n. 2201/2003 ed, in particolare, con il principio della certezza del diritto nell'ambito della circolazione dei provvedimenti nel territorio dell'Unione europea, circolazione che verrebbe affidata alle singole e differenti conclusioni giudiziarie in uso dei diversi Paesi dell'Unione.

In secondo luogo, viene denunciato il *vulnus* al principio di reciproca fiducia che impronta l'intero sistema del regolamento n. 2201/2003, essenziale come noto per evitare i ritardi ed i conflitti che altrimenti complicherebbero cause di questo tipo e che ne uscirebbe gravemente compromessa per effetto della impostazione prescelta dal giudice comunitario.

Ancora, si sottolinea l'irragionevole disparità di disciplina che ne deriva tra il regolamento n. 2201/2003 ed il regolamento n. 44/2001 in relazione al tema del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. Ed infatti, mentre nel regolamento n. 44/2001 risulterebbero suscettive di riconoscimento ed esecuzione – nei modi semplificati previsti dallo strumento comunitario –

¹⁹⁰ Cfr. sent. Purrucker cit., par. 60, 61 e 62.

¹⁹¹ Cfr., O Feraci, *Riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 125

anche le decisioni provvisorie aventi un contenuto cautelare, come stabilisce la Corte di giustizia nella sentenza *Danilauer*¹⁹², ciò non potrebbe avvenire nel contesto del regolamento n. 2201/2003, senza un'apprezzabile ragione che giustifichi una siffatta frattura tra i due analoghi sistemi normativi.

Da ultimo, sul piano degli effetti pratici derivanti dalla soluzione ermeneutica privilegiata dalla Corte, va osservato che i provvedimenti provvisori ex art. 20 del regolamento n. 2201/2003, finiscono, per effetto della pronuncia del giudice comunitario, col soggiacere alle regole di riconoscimento ed esecuzione contenute in strumenti internazionali - come la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento conclusa a Lussemburgo il 20 maggio 1980¹⁹³ - o nelle normative nazionali.

“Questo stato delle cose finisce per confinare tali misure in una sorta di limbo giuridico da cui è possibile che derivino, in concreto, trattamenti deteriori rispetto a quello scaturente dagli articoli 21 e ss del regolamento alle decisioni, interlocutorie o definitive, che siano adottate dal giudice competente nel merito in forza delle norme di competenza del regolamento o delle norme di competenza interna residua degli Stati membri.

In particolare, questa soluzione espone i soli provvedimenti provvisori di cui all'art. 20 ad un regime diversificato di riconoscimento ed esecuzione da uno Stato membro all'altro, salvo il caso di norme convenzionali uniformi applicabili. Di fatto, questo esito potrebbe rendere problematica, se non impossibile, l'efficacia di tali provvedimenti al di fuori dello Stato territoriale di appartenenza, atteso che le normative interne dei singoli Stati possono limitare il riconoscimento o l'esecuzione ai soli provvedimenti definitivi, dotati di autorità di cosa giudicata, come ad esempio, prescrive l'art. 64 lett. d) della legge n. 218/1995, che impedisce l'esecuzione in Italia di provvedimenti cautelari stranieri”¹⁹⁴.

4.6 Il regime speciale di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di diritto di visita e di ritorno del minore: profili generali.

¹⁹² Cfr. Corte giust., 21 maggio 1980, cit.

¹⁹³ Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sulla ristabilimento dell'affidamento dei minori, firmata a Lussemburgo il 20.5.1980, reperibile al sito:<http://conventions.coe.int>.

¹⁹⁴ Cfr. O Feraci, *Riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 133.

Sin d'ora sono stati esaminati i meccanismi che presiedono al riconoscimento ed alla esecuzione delle decisioni concernenti il vincolo coniugale, da un lato e quelle che investono la responsabilità genitoriale, dall'altro.

Il riconoscimento automatico previsto per tutte le decisioni e l'esecuzione, secondo il meccanismo appena descritto, per le decisioni in tema di responsabilità genitoriale si affiancano ad un regime speciale che il legislatore comunitario ha introdotto per due categorie di decisioni in ambito familiare.

Si tratta delle decisioni sul diritto di visita e di quelle sul ritorno del minore (artt. 41 e 42 del regolamento).

In particolare, giova segnalarlo, quella sul ritorno del minore è la decisione emessa all'esito del giudizio di riesame di cui all'art. 11, parr. 6 e s.s. del regolamento esaminato nel capitolo II del presente lavoro¹⁹⁵.

Tale decisione, come si vedrà, gode di un regime giuridico qualificato che le assegna una particolare forza sul versante esecutivo. Il regolamento, peraltro, attribuisce la medesima attitudine esecutiva anche alla decisione emessa in materia di diritto di visita.

La ragione in virtù della quale il legislatore comunitario ha inteso assegnare alle due suddette categorie di decisioni la indicata forza esecutiva è ben illustrata dalla Corte di giustizia nella pronuncia 22.12.2010 in C-491/10 PPU¹⁹⁶, là dove la Corte rileva che la ratio di tal peculiare regime esecutivo riposa su un'imperiosa esigenza di celerità che connota soprattutto la decisione sul ritorno del minore. "È dunque allo scopo di ottenere una rapida esecuzione, in particolare, delle decisioni che prescrivono il ritorno di un minore, emanate (...) nelle circostanze menzionate all'art. 11, n. 8, del regolamento n. 2201/2003, che quest'ultimo prevede, ai suoi artt. 40-45, un

¹⁹⁵ Cfr. C. Pesce, *Sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea: il coordinamento tra il regolamento (CE) n. 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja del 1980*, cit., 245, la quale a proposito del peculiare regime esecutivo della pronuncia che chiude il giudizio di riesame osserva: "Ma se il procedimento di riesame presenta ancora importanti legami con il disposto convenzionale – non fosse altro che per la determinazione dell'oggetto del giudizio – l'esecuzione dell'ordine di ritorno segue invece regole del tutto autonome, che rivestono natura eccezionale persino rispetto alle altre previsioni del regolamento in materia di responsabilità genitoriale. In virtù del sistema di certificazione previsto dal regolamento, infatti, l'ordine di ritorno si impone nello Stato dell'esecuzione su ogni decisione precedente e successiva e non è impugnabile, neanche in caso di irregolarità procedurali o vizi di legittimità, rilevabili solo di fronte al giudice della residenza abituale".

¹⁹⁶ Corte giust. 22.12.2010 in C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, che verrà esaminata infra.

regime specifico che consente di dotare tali decisioni di efficacia esecutiva nello Stato membro in cui devono esplicare i propri effetti”¹⁹⁷.

Va peraltro preliminarmente osservato che l’inclusione della materia sul diritto di visita nel nuovo regolamento trae origine da un’iniziativa del governo francese tesa al mantenimento di regolari rapporti tra il figlio ed il genitore separato o divorziato che risiedano in Stati diversi. La estensione di tale speciale regime alle decisioni sul ritorno del minore si fonda invece sull’esigenza di rafforzare il ripristino dello *status quo ante* anteriore alla sottrazione illecita del minore e costituisce anche un completamento necessario poiché tutela l’interesse del genitore affidatario qualora il figlio non faccia ritorno nello Stato di residenza al termine del periodo di visita in altro Stato membro.

Come ha osservato la dottrina, tra i motivi alla base della nuova disciplina vi è infatti proprio l’esigenza di rendere più semplice ed immediata la tutela del diritto di visita e di assicurare l’esecuzione delle decisioni che prescrivono il ritorno del minore eliminando il procedimento di *exequatur* che, rimesso alle legislazioni interne dalla Convenzione dell’Aja del 1980, ha spesso costituito un significativo ostacolo al conseguimento degli scopi di quella Convenzione¹⁹⁸.

Le disposizioni in parola, inserite nella sezione IV del Capo III, costituiscono, come più volte segnalato, la più significativa innovazione apportata dal regolamento n. 2201/2003 alla previgente disciplina del regolamento n. 1347/2000¹⁹⁹.

Esse istituiscono il titolo esecutivo europeo in materia di diritto di visita e di ritorno del minore illecitamente sottratto imponendo, alle condizioni ivi specificate, l’esecuzione automatica, in tutti gli Stati cui il regolamento è applicabile, delle decisioni adottate nelle cennate materie dalle autorità competenti in base al regolamento (art. 40, par. 1)²⁰⁰.

Ciò elide la necessità per la parte istante di promuovere, nello Stato

¹⁹⁷ Corte giust. 22.12.2010 in C-491/10 PPU, cit., p. 47.

¹⁹⁸ M.C. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II bis*, in S. Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato*, 205; I. Lombardini, *Il regolamento comunitario in materia di famiglia*, in St. iuris, 2005, p. 728, secondo la quale la ratio è rinvenibile nella equiparazione, ai fini dell’esecuzione, della decisione pronunciata nello Stato membro a quella resa nello Stato membro dell’esecuzione.

¹⁹⁹ M.C. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, 162; Ead., *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in Carbone, Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia ed Unione europea*, 277; G. Biagioni, R.d.I., 04, 1030.

²⁰⁰ G. Biagioni, R. Trim. 2003, 1252; Lombardini, *Il regolamento comunitario in materia di famiglia*, St. I. 05, 556

dell'esecuzione, il procedimento per la dichiarazione di esecutività della decisione straniera di cui alla sezione 2 del capo III del regolamento e comporta l'impossibilità di opporsi al riconoscimento della decisione stessa invocando i motivi ostativi di cui all'art. 23 del regolamento (art. 41, par. 1 e art. 42, par. 1 del regolamento n. 2201/2003)²⁰¹.

L'elemento che dunque connota tali decisioni, emesse in uno Stato membro, che stabiliscano il diritto di visita a favore del genitore non affidatario o dispongano il ritorno del minore illecitamente sottratto, è dato, come si anticipava, dall'automaticità e dall'immediatezza del riconoscimento e dell'esecuzione negli altri Stati membri senza che sia possibile proporre opposizione e, più in generale, senza che sia necessario un procedimento di *exequatur*.

L'esecuzione di siffatte decisioni postula unicamente la esibizione di una copia della decisione "che presenti le condizioni di autenticità prescritte" e di un "certificato".

Il giudice chiamato a porre in esecuzione la decisione certificata ha un margine limitatissimo di intervento²⁰².

4.7 L'art. 41: la c.d. esecutività senza exequatur delle decisioni in materia di diritto di visita.

In relazione ai provvedimenti relativi al diritto di visita, va detto anzitutto che l'ambito applicativo della sezione IV riguarda esclusivamente le decisioni che abbiano accordato il diritto di visita e non include quelle che abbiano rigettato un'istanza in tal senso (art. 41, par. 1 del regolamento). Le decisioni di rigetto sono riconosciute ed eseguite secondo la veduta disciplina generale delle Sezioni 1, 2 e 3 del Capo III del regolamento.

Si badi tuttavia che la procedura ordinaria di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni può comunque essere adoperata dal titolare del diritto di visita che scelga di non avvalersi del meccanismo semplificato delineato dalla

²⁰¹ Secondo il progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio di riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, emanato dal Consiglio il 30.11.2000, l'abolizione dell'*exequatur* costituisce l'obiettivo finale dell'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni, fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile, quanto in materia penale (così, si esprimono le conclusioni della Presidenza del consiglio europeo di Tampere, 15 e 16.10.1999, reperibili sul sito internet www.consilium.europa.eu, pt. 33; V. Altresì l'art. 81, par. 1 TFUE e, da ultimo, il Programma di Stoccolma del Consiglio europeo che fissa gli obiettivi per lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel periodo 2010-2014, GUUE, C 115, 5.5.2010, pt. 3.1). L'abolizione dell'*exequatur* determina l'eliminazione pura e semplice di qualsiasi controllo sulla decisione straniera da parte del giudice dello Stato richiesto e la equiparazione della stessa ad una decisione pronunciata in tale Stato.

²⁰² V. in particolare le considerazioni svolte dalla Corte di giustizia CE nelle pronunzie *Rinau* e *Povse* che saranno esaminate innanzi.

sezione 4 del regolamento. La procedura ordinaria può essere infine utilizzata per l'esecuzione delle decisioni sul diritto di visita che non presentino i requisiti necessari per ottenere la certificazione.

La disciplina dell'art. 41 è applicabile alle statuizioni in materia di diritto di visita contenute sia nelle sentenze di separazione e di divorzio, sia nei provvedimenti provvisori adottati dal presidente del Tribunale ex art. 708, comma 3 del c.p.c., o ex art. 4, comma 8 della L. Div., rispettivamente nel processo separativo o divorzile; o dal giudice istruttore ex art. 709, comma 4, c.p.c. o ex art. 4, comma 9, L. Div. a condizione che le decisioni siano state pronunziate nel rispetto delle garanzie procedurali contemplate dall'art. 41, par. 2, lett. a), b) e c).

Inoltre, i provvedimenti provvisori possono essere eseguiti ai sensi dell'art. 41 solo se l'autorità giudiziaria italiana sia competente a statuire nel merito della controversia ai sensi del Capo II del regolamento, e non se essa si pronunzi unicamente a titolo cautelare ex art. 20 del regolamento.

Il giudice dello Stato membro dove si pone in esecuzione il provvedimento, qualora il certificato taccia in ordine alle modalità pratiche necessarie per l'esercizio del diritto stesso, può intervenire ad integrare il provvedimento da eseguire "a condizione che siano rispettati gli elementi essenziali" della decisione originaria.

L'esecuzione avviene in altri Stati membri sulla scorta della *lex processualis fori*, alle stesse condizioni che si applicherebbero ove si trattasse di una pronunzia interna.

Ai fini della esecuzione tuttavia è necessaria la presenza di due condizioni. Occorre innanzitutto, che tali decisioni risultino esecutive nello Stato membro nel quale sono state emesse, sicché esse, in linea di massima, non devono essere soggette a strumenti di impugnazione, fatta salva la possibilità che – malgrado la impugnabilità dei provvedimenti – questi siano dichiarati esecutivi dallo Stato membro che li ha emessi.

L'esecutività della decisione sul diritto di visita va accertata secondo il diritto processuale dello Stato di origine. In tale prospettiva, allora il problema della esecutività delle decisioni quale requisito per la esecuzione senza *exequatur* delle stesse, sembra non doversi porre nell'ordinamento italiano, attesa la

provvisoria esecuzione di tutte le decisioni civili.

Ed infatti, le statuizioni dell'autorità giudiziaria italiana in materia di diritto di visita rese in occasione di controversie separative (art. 155, comma 2, c.c.) o divorzili (art. 4, comma 8 e art., comma 2, l. div.), di modifica dei provvedimenti ivi adottati (art. 155 ter c.c., art. 710 c.p.c.; art. 9, L. Div.) o di regolamentazione della responsabilità genitoriale nella famiglia non coniugale (art. 317 bis c.c. e art. 38 disp. att., c.c.), provviste di efficacia esecutiva *ex lege* in base all'art. 282, c.p.c., possono essere immediatamente eseguite negli altri Stati dell'Unione ove certificate conformemente all'art. 41 del regolamento n. 2201/2003.

Ove il diritto processuale dello Stato d'origine del provvedimento non ne preveda l'esecutività di diritto in pendenza di impugnazioni, l'art. 41, par. 1, ultimo comma del regolamento conferisce all'autorità giudiziaria di tale Stato il potere di accordarla.

Altra condizione è rappresentata appunto dalla certificazione.

Occorre infatti che le suddette decisioni siano certificate, sulla base di un modello standard contenuto in appositi allegati al regolamento n. 2201/2003, da un documento redatto dal giudice di origine.

Il regolamento disciplina distintamente le decisioni sul diritto di visita e quelle sul ritorno del minore in relazione ai requisiti necessari ai fini del rilascio del certificato da parte del giudice dello Stato di origine del provvedimento.

Ai fini del rilascio del certificato è dunque indispensabile verificare che tali decisioni siano state rese nel rispetto di alcuni requisiti procedurali riconducibili all'osservanza delle norme minime (standard minimi) di tutela²⁰³.

Si tratta di un'esigenza espressa anche nelle disposizioni di altri recenti regolamenti comunitari, quali il regolamento n. 805/2004, in quanto la verifica giudiziale del rispetto delle norme minime prima della certificazione della decisione, quale titolo esecutivo europeo, sembra essere il contrappeso alla agevolata possibilità di ottenere un titolo esecutivo automaticamente esportabile negli altri paesi membri dell'Unione europea.

²⁰³ Sugli standard minimi di tutela cfr. P. Biavati, *Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe?*, in F. Carpi - M. A. Lupoi (a cura di), *Essays on transnational and comparative civil procedure*, p. 103 ss.; Id., *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, p. 35 s.s.; G. Costantino, *Intervento alla giornata di studio "Il titolo esecutivo europeo e le problematiche di coordinamento con la normativa processuale civilistica interna e con il diritto processuale civile internazionale"*, tenutasi a Roma il 17 novembre 2001, in Quad. cons. Sup. Magistratura, Roma, 2002, n. 125, p. 85; M. De Cristofaro, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, p. 146

Peraltro, tali requisiti procedurali, ai quali la decisione in tema di diritto di visita deve conformarsi, ai fini della certificazione, riguardano tutti il diritto di difesa²⁰⁴.

4.8 Le condizioni per la certificabilità delle decisioni concernenti il diritto di visita.

Muovendo dall'analisi delle disposizioni dettate in materia di diritto di visita, va segnalato che l'art. 41 del regolamento contempla le seguenti condizioni per il rilascio del certificato.

Occorre anzitutto: a) che in caso di procedimento in contumacia la domanda giudiziale o un atto equivalente sia stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale che questi possa presentare le proprie difese, o, se è stato notificato o comunicato nel mancato rispetto di queste condizioni, sia stato comunque accertato che il convenuto ha accettato la decisione inequivocabilmente; b) che tutte le parti interessate hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; c) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione non sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità.

Con riguardo al primo requisito, è incerto se ai fini della sua sussistenza occorra che la notificazione dell'atto introduttivo sia qualificabile come rituale, secondo il diritto processuale dello Stato di origine, oppure se il giudice di quello Stato disponga di un margine di discrezionalità nel valutare se una notificazione irrituale, nondimeno avvenuta in tempo utile e con modalità tali da assicurare il diritto di difesa, possa considerarsi sufficiente. Il giudice di origine può peraltro emettere il certificato anche ove, nel procedimento contumaciale, sia mancato persino il rispetto del contraddittorio formale qualora sia comunque accertato che il convenuto ha accettato la decisione inequivocabilmente.

Con riguardo al requisito sub b), ossia quello che prevede che le parti abbiano avuto la possibilità di essere ascoltate, l'utilizzo del verbo ascoltare sembra presupporre la necessità di un'audizione orale delle parti interessate

²⁰⁴ I. Lombardini, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il regolamento comunitario n. 2201/2003*, in *St. Iuris.*, 2005, 729

e l'insufficienza di un contraddittorio meramente scritto realizzato mediante il deposito e/o lo scambio di atti processuali. Evidentemente, è però sufficiente che le parti abbiano avuto l'opportunità di essere ascoltate, non potendo impedire il rilascio del certificato la sottrazione volontaria delle stesse all'audizione.

Con riferimento al requisito sub c), la guida pratica al regolamento suggerisce l'opportunità che il giudice di origine del provvedimento espliciti le ragioni del mancato ascolto del minore.

Tra l'altro, va segnalato che mentre nel sistema ordinario delineato nelle sezioni I e II del regolamento, la mancata audizione del minore non è ostativa al riconoscimento e all'ottenimento dell'*exequatur* nello Stato richiesto (salvo che essa concreti una violazione dei principi fondamentali di procedura di quest'ultimo: art. 23, lett. B), nel meccanismo della sezione IV il difetto di ascolto del minore impedisce il rilascio del certificato, a meno che sia giustificato dall'età o dall'insufficiente grado di maturità.²⁰⁵

Nell'ordinamento italiano, l'art. 155 *sexies* c.c. impone al giudice della separazione di procedere all'audizione del minore ultradodicesimo, o di età inferiore se capace di discernimento, prima di adottare i provvedimenti, anche provvisori, sull'affidamento di cui all'art. 155, c.c.

Le sezioni unite dalla cassazione²⁰⁶, nella pronuncia diffusamente analizzata sopra²⁰⁷, hanno puntualizzato l'obbligo del giudice di motivare approfonditamente le cause giustificatrici di un'eventuale omessa audizione. Tale disposizione è applicabile, ex art. 4, comma 2, L. n. 54 del 2006, al procedimento divorzile ed quello relativo all'affidamento dei figli di genitori non coniugati innanzi al Tribunale per i minorenni. L'obbligo di audizione del minore, sia davanti al Tribunale ordinario, sia davanti al Tribunale per i minori, assicura pertanto la certificabilità ed eseguibilità della decisione in altri Stati membri.

Ai sensi dell'art. 41, par. 3, il rilascio del certificato avviene d'ufficio da parte dell'autorità giudiziaria che ha emesso la decisione sul diritto di visita,

²⁰⁵ M.C. Baruffi, op. ult. cit., 166; E.M. Magrone, op. cit.; ead., *L'esecuzione*, cit., la quale sottolinea la necessità per gli Stati membri di dotarsi di normative interne che prescrivano l'audizione del minore, pena la non certificabilità delle decisioni emesse dalle proprie autorità giurisdizionali.

²⁰⁶ Cass. S.U., 21 ottobre 2009 n. 22238, in R.D.I.P.P. 2010, p. 474 ss, in *Fam. dir.*, 2010, 364 ss., con nota di A. Graziosi, *Ebbene sì: il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in Guida al diritto, 2009, n. 48, 44 ss., con nota di M. Finocchiaro, *Un adempimento ritenuto inderogabile da assolvere con le modalità convenienti*.

²⁰⁷ Cap. III, par. 3.7 del presente lavoro.

quando quest'ultima diviene esecutiva, se, al momento in cui è stata emessa la fattispecie aveva carattere trans frontaliere. Tale carattere sussiste, ad esempio, quando al momento della pronuncia uno dei genitori è residente, o intende trasferirsi in uno Stato membro diverso da quello di emanazione della decisione. Se la fattispecie assume carattere transfrontaliero successivamente alla decisione sul diritto di visita, ad esempio in conseguenza del trasferimento della residenza di uno dei titolari della responsabilità genitoriale in un altro stato membro, il certificato è rilasciato su istanza della parte interessata.

In presenza delle condizioni di cui all'art. 41, par. 2 ed in fattispecie di carattere transfrontaliero, l'autorità giudiziaria è tenuta al rilascio del certificato. Viceversa, essa non è obbligata a tale adempimento in fattispecie prive di carattere transfrontaliero.

Circa il contenuto del suddetto certificato, in armonia con l'allegato III al regolamento n. 2201/2003, il certificato deve individuare lo Stato d'origine (pt. 1) e l'autorità emittente (pt. 2); il giudice di origine della decisione (pt. 5), che dovrebbe coincidere con l'organo che rilascia l'autorizzazione di cui; gli estremi della decisione stessa (pt. 6); le generalità e la data di nascita dei minori cui il diritto di visita si riferisce (pt. 7); generalità, recapito, data e luogo di nascita del titolare del diritto di visita (pt. 3), nonché dei titolari della responsabilità genitoriale diversi da quest'ultimo (pt. 4).

Poiché la nozione di responsabilità genitoriale include, ex art. 2, n. 7 del regolamento, sia l'affidamento, sia il diritto di visita, l'indicazione di cui al pt. 4 dell'allegato III serve ad individuare il titolare del diritto di affidamento, nei cui confronti deve essere eseguita la decisione che accorda il diritto di visita. La nota n. 2 dell'allegato III prevede l'applicabilità del meccanismo di esecuzione automatica del diritto di visita anche alle fattispecie in cui il titolare di tale prerogativa sia altresì contitolare del diritto di affidamento sul minore, che tuttavia sia collocato presso l'altro coaffidatario. Sempre a norma dell'allegato III, il certificato deve attestare il rispetto dei requisiti procedurali che sono condizione per il suo rilascio, secondo l'art. 41, par. 2 del regolamento e l'eventuale ammissione delle parti al patrocinio a spese dello Stato nel procedimento d'origine. Il certificato deve indicare le modalità pratiche per

l'esercizio del diritto di visita prefigurate nella decisione d'origine, segnatamente il luogo, la data e l'ora iniziale e finale del contatto con il minore; gli obblighi specifici del beneficiario del diritto di visita e dell'altro titolare della responsabilità genitoriale; le eventuali limitazioni del diritto di visita.

4.9 L'art. 42: la c.d. esecutività senza exequatur delle decisioni concernenti il ritorno del minore.

Si procede ora all'esame delle disposizioni concernenti i requisiti ai fini del rilascio del certificato per la decisione sul ritorno del minore (art. 11, par. 8 del regolamento).

La sezione IV del regolamento n. 2201/2003 si applica anche alle decisioni adottate ex art. 11, par. 8, che prescrivono il ritorno del minore illecitamente sottratto (art. 40, par. 1, lett. B).

Si osserva a tal proposito che la previsione di una tutela rafforzata per l'esecuzione delle decisioni che prescrivono il ritorno del minore appare coerente con l'obiettivo, sotteso al regolamento n. 2201/2003, di contrasto al fenomeno della sottrazione internazionale dei minori.

Tale fenomeno, come già ribadito, mina infatti, al diritto fondamentale del minore - riconosciuto dal citato art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁰⁸ - a intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori.

La nozione di sottrazione illecita, utilizzata nella Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, è qui sostituita dalla nozione di trasferimento illecito o mancato ritorno del minore, di contenuto peraltro analogo²⁰⁹.

Essa designa, ex art. 2, n. 11 del regolamento il trasferimento o il mancato rientro di un minore che avvengano 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 mancato rientro e nel

²⁰⁸ Corte giust. 23 dicembre 2009, in C-403/09 PPU – Detioek c. Sgueglia, in *Famiglia e diritto* 2010, vol. 11, 992 e ss

²⁰⁹ Sull'identità delle nozioni cfr. Devers, *L'enlevement d'enfants et le règlement Bruxelles II bis*, in Fulchiron (dir.), op. CIT., 35; Tenreiro, op. cit., 26; Biagioni, op. cit., 1007, Fadiga, Riv. int. dir. uomo, 04, 6

caso in cui il diritto di affidamento fosse 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. La medesima disposizione specifica che l'affidamento si considera esercitato congiuntamente quando uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro. Va ribadito che la nozione di affidamento, rilevante per stabilire l'illiceità del trasferimento, è autonoma rispetto alle normative nazionali; tuttavia la determinazione dei presupposti di titolarità del diritto di affidamento è rimessa al diritto dello Stato di residenza abituale del minore prima del trasferimento.

L'illiceità del trasferimento di un minore ai fini dell'applicazione del regolamento dipende, in altre parole, esclusivamente dall'esistenza di un diritto di affidamento, conferito dal diritto nazionale applicabile, in violazione del quale tale trasferimento ha avuto luogo. Ove un genitore, affidatario esclusivo del minore, si trasferisca con esso in un altro Stato membro dell'Unione, tale trasferimento non può mai qualificarsi illecito, rappresentando invece il lecito esercizio da parte del genitore affidatario della libertà di circolazione e del diritto di decidere il luogo di residenza del minore, senza che ciò privi il genitore non affidatario della possibilità di richiedere in seguito l'attribuzione dell'affidamento del figlio o di un diritto di visita nei suoi confronti.

Invero, il tratto saliente della nozione di "diritto di affidamento" utilizzata dal regolamento è l'attribuzione del diritto di intervenire nella decisione relativa al luogo di residenza del minore (art. 2, n. 9). Ne deriva che per verificare se il trasferimento di un minore realizzi un'ipotesi di sottrazione illecita ai sensi del regolamento, occorre accertare se il soggetto affidatario che ha subito il trasferimento fosse titolare o contitolare del potere decisionale rispetto al luogo di residenza del minore. In applicazione di tale principio, si configura una fattispecie di sottrazione di minore, cui è applicabile la sezione IV del Capo III del regolamento, ove il genitore affidatario presso cui il minore sia collocato ne trasferisca la residenza all'estero senza previamente ottenere il consenso dell'altro affidatario non convivente con il minore²¹⁰.

²¹⁰ Cfr. Tenreiro, op. cit., 27, Fulchiron, *La lutte contre L'enlèvement d'enfants*, in Fulchiron-Nourissat (dir), *Le nouveau droit*

Secondo la giurisprudenza tedesca è parimenti qualificabile come sottrazione illecita di minore il trasferimento della residenza all'estero ad opera del genitore affidatario senza previa consultazione del genitore titolare del diritto di visita, comprendente, ai sensi della decisione attributiva, il diritto ad essere consultato in relazione alla residenza del minore, poiché il conferimento di siffatta prerogativa genera, di fatto, una situazione di titolarità congiunta del diritto di affidamento.

Viceversa, secondo la giurisprudenza italiana di legittimità relativa alla Convenzione dell'Aja del 1980, la circostanza che la legge dello Stato di cittadinanza del genitore non affidatario attribuisca allo stesso il diritto di essere consultato prima dello spostamento della residenza del minore non configura una situazione di contitolarità dell'affidamento la cui violazione possa concretare una sottrazione illecita²¹¹.

A fortiori, non integra un'ipotesi di sottrazione illecita il trasferimento della residenza del minore all'estero da parte del genitore affidatario, ove l'altro genitore sia titolare di un mero diritto di visita e non disponga di prerogative decisionali in ordine alla fissazione della residenza del minore²¹². Diversamente, ove nelle condizioni di separazione omologate dall'autorità giudiziaria i coniugi abbiano concordato l'affidamento del minore ad un genitore, ma escluso la mobilità internazionale del minore e la mutabilità della sua residenza abituale, il trasferimento all'estero del minore a opera del genitore affidatario, in violazione degli accordi di separazione omologati, configura un'ipotesi di sottrazione²¹³.

La sezione IV del Capo III del regolamento si applica esclusivamente alle decisioni emanate dalle autorità dello Stato ove il minore risiedeva abitualmente immediatamente prima del trasferimento illecito o del mancato ritorno, che ne prescrivono il rientro, in contrasto con un provvedimento reso nello Stato ove il minore sia stato illecitamente trasferito, il quale viceversa si

communautaire du divorce et de la responsabilité parentale, 225; R. Espinosa Calabuig, *La sottrazione dei minori nell'Unione europea: tra regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in Carbone, Queirolo (a cura di), op. cit., 292; Trib. min. di Milano 18.11.1997 pubblicata in Paraggio - Ciccarella, *La sottrazione internazionale di minori*, 170, ha ritenuto applicabile la Convenzione dell'Aja del 1980 al trasferimento ad opera di un genitore di due minori affidate congiuntamente ai genitori.

²¹¹ Cfr., Cass. n. 6014 del 2005; tale giurisprudenza potrebbe tuttavia non essere applicabile nel contesto del regolamento 2201/2003, ed in tale prospettiva subire mutamenti di indirizzo, in ragione dei principi di mutuo riconoscimento e mutua fiducia tra autorità degli Stati membri che lo strumento presuppone ed impone.

²¹² Cfr. Cass. n. 8481 del 2007 e Cass. n. 31717 del 2008, relative alla Convenzione dell'Aja del 1980.

²¹³ Cfr. Cass. S.U., 21 ottobre 2009 n. 22238, in R.D.I.P.P., 2010, p. 474 ss, in *Fam. dir.*, 2010, 364 ss., con nota di A. Graziosi, *Ebbene sì: il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in Guida al diritto, 2009, n. 48, 44 ss., con nota di M. Finocchiaro, *Un adempimento ritenuto inderogabile da assolvere con le modalità convenienti*. V. par. 3.7 del presente lavoro.

esprima contro il ritorno in base ai motivi di cui all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980. In base a quest'ultima disposizione, l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato ove il minore sia stato trasferito può rifiutarsi di ordinarne il ritorno qualora colui che vi si oppone dimostri che l'affidatario non esercitava effettivamente le proprie prerogative genitoriali al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno; qualora l'interessato dimostri che 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; qualora essa accerti l'opposizione al ritorno del minore, meritevole di considerazione in base all'età e maturità dello stesso²¹⁴. Ove non ritengano opportuno il ritorno del minore nello Stato della residenza abituale, le autorità dello Stato di trasferimento possono emanare una decisione contraria al ritorno, ma non pronunziarsi sull'affidamento del minore utilizzando le misure provvisorie e cautelari previste dall'art. 20 del regolamento 2201/2003²¹⁵. Al fine di evitare che, come accadeva per la Convenzione dell'Aja del 1980, la decisione di rifiuto del rientro, adottata in via provvisoria dallo Stato in cui viene a trovarsi il minore dopo la sottrazione, finisca di fatto per rendere del tutto inefficaci le misure sull'affidamento prese nello Stato competente nel merito, l'art. 11, parr. 6-8 del regolamento 2201/2003 dispone che l'autorità, la quale adotti un provvedimento contro il ritorno del minore in base all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, debba comunicarlo immediatamente all'autorità centrale o all'autorità giudiziaria competente dello Stato di residenza abituale del minore. Qualora il giudice dello Stato di residenza abituale del minore, dopo aver provocato il contraddittorio tra le parti, emetta una decisione che prescrive il ritorno del minore, quest'ultima sarà soggetta a esecuzione automatica nello Stato ove il minore si trova, secondo le disposizioni della sezione IV del regolamento. Come si vedrà anche in seguito, ai fini dell'applicabilità dell'art. 42 del regolamento n. 2201/2003, non è necessario che, anteriormente alla decisione che prescrive il ritorno del minore, le autorità dello Stato di

²¹⁴ Relativamente all'audizione del minore che si opponga al ritorno, si veda Cass n. 3798 del 2008, pur relativa alla Convenzione dell'Aja del 1980, secondo cui l'audizione non deve essere necessariamente disposta con modalità particolari, quali la consulenza tecnica d'ufficio.

²¹⁵ Corte giust., sent. *Sgueglia*, cit., nonché la presa di posizione 9.12.2009 dell'avv. Gen. Bot nella predetta causa.

residenza abituale dello stesso abbiano emanato una decisione sull'affidamento.

Anticipando le osservazioni che verranno effettuate più approfonditamente in seguito, va segnalato che la procedura cd “*fast track*” di cui alla sez. IV del regolamento è applicabile anche se la decisione contro il ritorno, adottata dalle autorità dello Stato di riferimento, sia stata dalle stesse sospesa, riformata o annullata, non sia passata in giudicato, o sia stata sostituita da un provvedimento che prescrive il ritorno, a condizione che il ritorno non abbia effettivamente avuto luogo²¹⁶. Non è dunque possibile presentare opposizione, nello Stato di trasferimento del minore, all'esecuzione automatica della decisione che prescrive il ritorno, adottata nello Stato di residenza abituale del minore, eccedendo la successiva revoca della decisione contraria al ritorno a opera delle autorità dello Stato di trasferimento. Ove tale opposizione sia presentata, le autorità dello Stato di trasferimento del minore dovranno dichiararla irricevibile e limitarsi a constatare l'esecutività della decisione delle autorità dello Stato di residenza del minore, disponendo l'immediato ritorno dello stesso.

Il richiamo dell'art. 40, par. 1, lett. b, all'art. 11 par. 8 comporta che siano dispensate dall'*exequatur* le decisioni sul ritorno emesse dalle autorità dello Stato ove il minore fosse abitualmente residente immediatamente prima del trasferimento illecito, ma non quelle rese dalle autorità dello Stato ove il minore abbia acquisito una nuova residenza abituale dopo la sottrazione ai sensi dell'art. 10 del regolamento.

La decisione sul ritorno del minore è automaticamente eseguibile non solo nello Stato in cui è stata pronunciata la decisione contro il ritorno, ma anche negli altri Stati membri ove il minore sia stato eventualmente trasferito in seguito, senza che occorra promuovere un ulteriore procedimento per ottenere il ritorno.

4.10 Le condizioni per la certificabilità delle decisioni concernenti il ritorno del minore.

²¹⁶ Corte giust. 11.7.2008 in C-195/08 PPU, *Rinau*, in Raccolta, p. I-05271. La sentenza è stata commentata da M. Fragola, *Il primo rinvio pregiudiziale «d'urgenza»: il caso Rinau*, in Rivista di diritto comunitario e degli scambi internazionali, fascicolo n. 3 del 2008.

In riferimento alla decisione sul ritorno del minore l'art. 42 par. 2 del regolamento prevede talune condizioni ai fini del rilascio del certificato.

In particolare il rilascio del certificato avviene 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 sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980.

Va anticipato che che l'art. 42, par. 2, lett. a) del regolamento, interpretato in armonia con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (espressione e presa in considerazione dell'opinione del minore) non impone incondizionatamente l'audizione del minore nel procedimento sul ritorno che si svolge nello Stato di residenza abituale del minore stesso. È necessario e sufficiente che in tale Stato sussistano le procedure e le condizioni legali perché il minore possa esprimere liberamente la propria opinione e l'autorità giudiziaria possa raccoglierla²¹⁷.

Compete poi al giudice chiamato a decidere sul ritorno valutare, nel caso concreto, l'opportunità di ascoltare il minore, poiché la conflittualità connessa ai procedimenti sull'affidamento potrebbe rendere l'audizione e la correlativa comparizione davanti al giudice, pregiudizievole per la salute psichica del minore, già esposto alle ripercussioni negative del conflitto tra i genitori. Pertanto, pur configurandosi alla stregua di un diritto del minore, l'audizione non può consistere in un obbligo assoluto per il giudice dello Stato d'origine, ma deve essere oggetto di una valutazione in funzione delle esigenze legate all'interesse superiore del minore in ogni caso di specie, in linea con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali²¹⁸.

Riguardo poi alle modalità operative, va precisato che l'audizione del minore, assente dallo Stato di residenza abituale, può avvenire nelle forme previste dal regolamento n. 1206/2001 relativo alla cooperazione tra autorità giudiziarie degli Stati membri nell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale. Secondo la giurisprudenza inglese, ove nel procedimento di

²¹⁷ Cfr., Corte giust., 22 dicembre 2010 in C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga. Cfr., H. Muir Watt, *Règlement (CE) n 2201/2003. Responsabilité parentale [...]*, in *Revue critique de droit International privé*, 2012, pp.172-189.

²¹⁸ Corte di giust., 22 dicembre 2010 in C-491/10 PPU, Aguirre, cit.

origine sia stato nominato un curatore speciale del minore, il quale non abbia potuto incontrare lo stesso a causa dell'opposizione dell'autore della sottrazione, la mancata audizione del minore non impedisce l'adozione di una decisione che ne ordini il ritorno²¹⁹.

Inoltre, l'audizione del minore non presuppone necessariamente la costituzione dello stesso come parte nel procedimento sul ritorno.

La necessità di ascolto delle parti sembra riferirsi all'audizione orale delle stesse, prospettandosi così l'insufficienza di un contraddittorio esclusivamente scritto, realizzato mediante deposito o scambio di atti processuali. Il regolamento n. 1206/2001 può trovare applicazione anche per l'audizione del titolare della responsabilità genitoriale autore della sottrazione, che presumibilmente si troverà con il minore.

A differenza dell'art. 41, par. 2 in materia di diritto di visita, l'art. 42 par. 2 non menziona l'eventualità che il procedimento di origine della decisione sia svolto in contumacia.

Un indirizzo dottrinale ne deduce l'inapplicabilità della disciplina dell'esecuzione automatica alle decisioni sul ritorno del minore, rese in difetto di costituzione di uno dei titolari della responsabilità genitoriale.

Un altro orientamento, sottolineando l'assenza di limitazioni testuali nell'art. 42 del regolamento e la frequenza della contumacia dell'autore della sottrazione dei minori, ritiene che la decisione sul ritorno del minore emessa in contumacia sia automaticamente eseguibile²²⁰.

In tale prospettiva si colloca la decisione dell'England And Wales High Court Family Division²²¹, che ha ordinato, ai sensi dell'art. 42 del regolamento il ritorno di un minore illecitamente trasferito a Malta all'esito di un procedimento cui l'autore della sottrazione aveva rifiutato di prendere parte.

Si noti che tale decisione è stata eseguita dalle autorità maltesi che si erano precedentemente pronunziate contro il ritorno del minore.

Come già anticipato, la decisione che prescrive il ritorno del minore può essere certificata nello Stato di origine, solo se le autorità dello Stato di trasferimento del minore abbiano emanato in precedenza una decisione

²¹⁹ England And Wales Court, Family division, 2006, EWHC, 3397.

²²⁰ Cfr. E.M. Magrone, *L'esecuzione*, cit. 236 e ss.

²²¹ England And Wales Court, Family division, cit.

contro il ritorno.

Non appare ostativa al rilascio del certificato la circostanza che la decisione di non ritorno sia stata successivamente sospesa, riformata o annullata dalle autorità dello Stato di trasferimento del minore, ovvero non sia passata in giudicato qualora il ritorno del minore non abbia effettivamente avuto luogo²²².

Come si vedrà nel prosieguo, quando verrà esaminata la pronunzia della Corte di giustizia 11.7.2008 in C-195/08 PPU, atteso che infatti il giudice dello Stato di origine è competente a statuire, in via definitiva, sul ritorno del minore, ed all'uopo è tenuto a verificare i motivi e gli elementi di prova alla base della decisione contro il ritorno originariamente adottata nello Stato di trasferimento del minore, gli incidenti procedurali che si producono in tale Stato dopo l'emanazione della decisione contraria al ritorno sono radicalmente ininfluenti ai fini dell'applicazione della sezione IV del regolamento. Ragionando diversamente il rientro del minore nello Stato di residenza abituale precedente sarebbe subordinato al previo esaurimento delle vie di ricorso interno nello Stato in cui egli sia stato illecitamente trasferito, con conseguente vanificazione delle esigenze di rapidità di ripristino dello *status quo ante* alla base della procedura *fast track* di cui alla sezione IV del regolamento²²³.

Quanto al contenuto del certificato, si segnala che ai sensi dell'allegato IV al regolamento n. 2201/2003, il certificato deve individuare lo Stato di origine (pt. 1) e l'autorità che rilascia il documento (pt. 2); il giudice d'origine della decisione (pt. 6) che dovrebbe coincidere con l'organo che emette l'attestazione in parola; gli estremi della decisione stessa (pt. 7); le generalità e la data di nascita del minore (pt. 8); generalità, recapito, data e luogo di nascita della persona presso la quale il minore deve fare ritorno (pt. 3), nonché dei titolari della responsabilità genitoriale diversi da quest'ultimo (pt. 4); le generalità ed il recapito del convenuto (pt. 5 come modificato dalla rettifica del regolamento pubblicata in GUUE, 174, 28.6.2006).

Il certificato deve inoltre attestare che la decisione in esecuzione prescrive il

²²² Cfr., Corte giust. 11.7.2008 in C-195/08 PPU, *Rinau*, in Raccolta, p. I-05271.

²²³ Sul punto, tuttavia, ed in particolare sulle interessanti considerazioni rese dalla Corte di giustizia nella menzionata pronunzia *Rinau*, occorrerà soffermarsi al termine della presente panoramica sul tema della esecuzione automatica delle peculiari decisioni di cui alla sezione IV del regolamento.

ritorno del minore (pt. 9) e specificare se la stessa è esecutiva nello Stato d'origine. Va altresì attestato il rispetto dei requisiti procedurali di cui all'art. 42, par. 2 del regolamento ed indicata l'eventuale ammissione delle parti al patrocinio a spese dello Stato nel procedimento di origine. Infine, il certificato deve specificare le misure eventualmente adottate dal giudice di origine per assicurare la protezione del minore nello Stato di residenza abituale ove lo stesso debba fare ritorno.

La verifica delle condizioni cui il rilascio del certificato è subordinato spetta esclusivamente al giudice dello Stato di origine della decisione. Al contrario, al giudice dello Stato dell'esecuzione è preclusa ogni indagine circa l'effettivo rispetto, nel procedimento svoltosi nello Stato di origine, delle garanzie procedurali di cui all'art. 42, par. 2 del regolamento e, segnatamente, del requisito dell'audizione del minore²²⁴. Ne discende che il giudice dello Stato membro dell'esecuzione non può opporsi all'esecuzione di una decisione certificata che prescrive il ritorno del minore illecitamente trattenuto con la motivazione che il giudice dello Stato membro d'origine che ha emanato tale decisione avrebbe violato l'art. 42 del regolamento, interpretato alla luce dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, atteso che l'accertamento della sussistenza di una tale violazione spetta ai giudici dello Stato membro d'origine²²⁵.

4.10.1 Segue: il regime della impugnabilità della decisione e del certificato.

La decisione che statuisce sul diritto di visita o sul ritorno del minore è impugnabile unicamente nello Stato d'origine con i mezzi ivi previsti. Qualsiasi questione concernente la fondatezza della decisione e la sussistenza dei presupposti per la sua adozione, inclusa la competenza dell'autorità emanante, deve essere sollevata – come si vedrà più diffusamente nel prosieguo, quando verrà analizzata la giurisprudenza conferente – innanzi all'autorità dello Stato di origine²²⁶.

²²⁴ Corte giust. 22 dicembre 2010 in C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, cit., p. 52-57.

²²⁵ Corte giust. 22 dicembre 2010 in C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, cit., p. 75.

²²⁶ Corte giust. 1.7.2010 in C – 211/2010 PPU, *Povse*, p. 74.

Il rilascio del certificato non soggiace ad alcun mezzo di impugnazione, né nello Stato di rilascio, né in quello dell'esecuzione, potendo se del caso essere esclusivamente oggetto di rettifica nel primo Stato per errori di natura materiale. Tali errori materiali potranno riguardare l'identificazione dello Stato d'origine, del soggetto presso cui il minore dovrà fare ritorno, dei titolari della responsabilità genitoriale, o in generale, "*les mentions purement objectives et facilement controlables figurant dans la decision*", ma non il rispetto delle condizioni di cui agli artt. 41, par. 2 e 42, par. 2 subordinano il rilascio del certificato, configurandosi altrimenti un controllo sul merito dello stesso, escluso dal regolamento.

È peraltro possibile contestare l'autenticità del certificato ma solo in base alla legge dello Stato d'origine. L'art. 44 specifica che il certificato ha effetto soltanto nei limiti del carattere esecutivo della sentenza. Ne deriva che, ove quest'ultimo venga meno, poniamo per la riforma della decisione straniera in sede di impugnazione nello Stato d'origine, il certificato non potrà ulteriormente fondare l'esecuzione forzata del diritto di visita o del ritorno del minore.

Va peraltro aggiunto che il controllo circa la conformità del certificato alle previsioni convenzionali avverrà in sede di opposizione all'esecuzione secondo le norme dello Stato richiesto, nei limiti e nei modi stabiliti, quanto all'ordinamento italiano, dall'art. 615 c.p.c.²²⁷ In tal sede potranno essere fatte valere possibili eccezioni circa il carattere non esecutivo della decisione e l'incompatibilità con altra decisione. Tale esame non può peraltro estendersi ad un riesame del merito, dovendo il giudice attenersi a verificare sul piano formale la corrispondenza delle risultanze documentali alle previsioni del regolamento.

Ancora, va segnalato che l'attuazione coattiva dei provvedimenti di affidamento avviene, secondo l'opinione prevalente, in via giurisdizionale mediante l'applicazione delle norme relative all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare ex art. 612 e s.s. del c.p.c. In tal modo, il giudice dell'esecuzione dovrà determinare le modalità concrete dell'esecuzione, nominando se del caso esperti che, nella veste di ausiliari, provvedano al compimento del *facere non eseguito*.

²²⁷ Cfr. sul punto, C. Consolo, *Limiti alla esecuzione di decisioni straniere*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2000, pp. 397-433.

Una interessante questione di natura pratica concerne l'eventuale rifiuto irremovibile del minore di seguire il genitore, affidatario o titolare del diritto di visita, ritenendosi che in tal caso l'esecuzione forzata dovrebbe arrestarsi. Al riguardo si è sostenuta l'opportunità di distinguere a seconda che il minore sia ancora incapace di discernere il proprio interesse o sia già vicino alla maturità, potendo il rifiuto costituire un vero e proprio ostacolo all'esecuzione solo in questa ultima ipotesi. In tal caso il conflitto insorto tra il minore e l'affidatario verrebbe risolto dall'autorità competente mediante l'adozione dei provvedimenti che saranno ritenuti più opportuni.

In tale prospettiva allora non può escludersi che il giudice dell'esecuzione possa imporre addirittura la sospensione degli incontri tra il genitore titolare del diritto di visita ed il figlio, rendendo così inefficace il provvedimento straniero, quando accerti che i sentimenti di ripulsa che il minore prova nei confronti del medesimo genitore sono tali da giustificare l'adozione di simili misure, dovendo in tal caso l'interesse del minore comunque prevalere sulla base dei principi sanciti nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo²²⁸.

Nel prosieguo della trattazione, dopo aver offerto la illustrata panoramica della disciplina concernente la esecuzione automatica delle decisioni di cui alla sezione IV del regolamento, occorre soffermarsi – come di consueto – su talune interessanti questioni venute all'attenzione della giurisprudenza, segnatamente a quella del giudice comunitario in attuazione del suo ruolo di interprete qualificato delle fonti europee.

4.11 La pronunzia della Corte di giustizia 1.7.2010 in C-211/10 PPU: la lettura dell'art. 47, par. 2 del regolamento n. 2201/2003.

Una interessante questione affrontata e decisa dalla Corte di giustizia ha investito l'interpretazione dell'art. 47, par. 2, seconda alinea del regolamento²²⁹.

²²⁸ Cass. 15 gennaio 1998, n. 317, in Giust. Civ., 1998, I, p. 1285 ss., con commento di B. Chimenti, *Interesse del minore d'età e profili di rilevanza del consenso*, pp. 1285-1293 e G. Manera, *Osservazioni sull'esclusione del diritto di visita del genitore non affidatario qualora il figlio adolescente nutra profondi enti di profonda avversione o ripulsa nei suoi confronti*, ibidem, pp. 1293-1303; I. Grendene, *Diritto di visita e consenso del minore*, in Dir. fam. pers., 1998, p.p. 900-904; nonché in generale A. Liuzzi, *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, in Fam. Dir., 2001, p.p. 675-684.

²²⁹ Sentenza 1° luglio 2010, C-211/10, *Povse*, in Famiglia e minori, 2010, 8, 83 ss, con nota di A. Leandro. Cfr. A. Devers, *Une nouvelle procédure préjudicielle d'urgence sur les enlèvements intraeuropéens d'enfants*, in *La Semaine juridique*, 2010, n. 39, 956 ss.; C. Conti,

La richiamata disposizione statuisce che una decisione certificata conformemente all'art. 41. par. 1 o all'art. 42, par. 1 del regolamento non può essere eseguita se è incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente.

Il giudice remittente si chiedeva se la “decisione esecutiva emessa posteriormente” di cui alla citata disposizione potesse identificarsi con una decisione esecutiva, successiva a quella munita della certificazione, ed emessa nello Stato membro del trasferimento del minore. La questione ermeneutica devoluta alla Corte europea investiva dunque il significato della locuzione “decisione esecutiva emessa posteriormente”, dovendosi stabilire se con tale espressione potesse intendersi anche una decisione emessa nello Stato membro dell'esecuzione.

La Corte di giustizia, affrontando tale questione, emersa in riferimento ad un caso in cui l'esecuzione della decisione di ritorno, ex art. 11, par. 8 del regolamento, si assumeva paralizzata da una successiva decisione emessa nello Stato del trasferimento e munita in esso di esecutività, ha chiarito in maniera soddisfacente la portata dell'art. 47, par. 2, seconda alinea.

Il giudice comunitario ha osservato in particolare che esso non si riferisce ad alcuna decisione emessa nello Stato del trasferimento, bensì solo a decisioni emesse nello Stato membro d'origine.

La Corte muove dalla lettura congiunta di due disposizioni del regolamento: segnatamente, gli artt. 42, par. 1, e 43, par. 2, rispettivamente letti alla luce del XXIV considerando del regolamento.

Tali norme tratteggiano lo *status* giuridico della decisione certificata emessa nello Stato membro di origine. In particolare, l'art. 42, par. 1 descrive la già veduta dimensione esecutiva della decisione di ritorno, affermando che tale decisione è riconosciuta ed eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento, se la decisione è munita del certificato. La decisione certificata, come segnalato, è in sostanza esecutiva *omisso medio*, senza cioè che occorra alcun procedimento di esecuzione. L'art. 43, par. 2 precisa poi che il certificato – che conferisce il particolare *status* esecutivo alla decisione di ritorno – non soggiace ad alcun mezzo di impugnazione.

R. Foglia, *Il trasferimento illecito del minore e provvedimenti provvisori*, in *Il corriere giuridico*, 2010, 8, 1087 ss. (<http://curia.europa.eu/>)

Completano il riferito regime giuridico gli enunciati precettivi contenuti nel citato XXIV considerando. In esso il legislatore comunitario chiarisce che, sebbene non soggiaccia ad alcuno strumento di impugnazione, è ammissibile una domanda di rettifica dello stesso certificato solo in caso di errore materiale, ossia se il certificato non rispecchia correttamente il contenuto della decisione.

Come la Corte chiaramente evidenzia, dalle disposizioni innanzi citate, che delineano una netta ripartizione di competenze tra i giudici dello Stato membro d'origine e quelli dello Stato membro di esecuzione e che mirano a un rapido ritorno del minore, risulta che un certificato rilasciato in forza dell'art. 42 del regolamento, che conferisce alla decisione un'efficacia esecutiva specifica, non è in alcun modo impugnabile.

Il giudice richiesto deve limitarsi a constatare l'efficacia esecutiva di tale decisione, e nei confronti del certificato può soltanto essere proposta domanda di rettifica, oppure possono essere sollevati dubbi in merito alla sua autenticità, conformemente alla legge nazionale dello Stato membro di origine²³⁰. Le uniche norme dello Stato membro richiesto che possono trovare applicazione sono quelle che disciplinano le questioni procedurali.

Per contro, le questioni attinenti alla fondatezza della decisione in quanto tale, e segnatamente, la questione se ricorrano i presupposti perché il giudice competente possa pronunciare tale decisione, ivi incluse le eventuali contestazioni in merito alla competenza, devono essere sollevate dinanzi ai giudici dello Stato membro di origine, in conformità alle norme del suo ordinamento giuridico. Del pari, la domanda di sospensione dell'esecuzione di una decisione certificata può essere presentata soltanto al giudice competente dello Stato membro di origine, in conformità delle norme del suo ordinamento giuridico.

Dunque, sulla scorta di tali affermazioni la Corte perviene al risultato ermeneutico che la decisione certificata appare intangibile dal giudice dello Stato del trasferimento, la cui unica sfera di competenza si individua nelle modalità esecutive della decisione stessa che il legislatore comunitario ha inteso devolvere all'ordinamento dello Stato del trasferimento. Solo le

²³⁰ Cfr., Corte giust. 11.7.2008 in C-195/08 PPU, *Rinau*, cit., p. 85, 88 e 89.

questioni schiettamente procedurali potranno essere sollevate dinanzi al giudice dello Stato del trasferimento, ogni altra delibazione in punto di merito restando esclusivamente devoluta al giudice dello Stato membro d'origine.

Da questo sfondo ermeneutico si ricava linearmente che “l’incompatibilità, ai sensi dell’art. 47, n. 2, secondo comma, del regolamento, di una decisione certificata con una decisione esecutiva successiva dev’essere verificata soltanto rispetto alle eventuali decisioni pronunciate successivamente dai giudici competenti dello Stato membro di origine”. Tale incompatibilità potrebbe ad esempio verificarsi qualora la decisione certificata sia successivamente riformata nello Stato membro d'origine, oppure qualora lo stesso giudice che ha adottato la decisione certificata emetta un nuovo *decisum* incompatibile con il precedente.

Da quanto premesso ne deriva, secondo la Corte, che ritenere che una decisione esecutiva, emessa posteriormente dal giudice dello Stato membro del trasferimento, possa ostare all’esecuzione della decisione certificata emessa nello Stato membro di origine porterebbe a vanificare il peculiare regime esecutivo che il legislatore comunitario ha inteso assegnare alle decisioni sul ritorno del minore ed, in definitiva, si risolverebbe in una un’elusione del regime di esecuzione introdotto dalla sezione 4 del capo III del regolamento. Una simile deroga alla competenza dei giudici dello Stato membro di origine priverebbe di effetto utile l’art. 11, par. 8, del regolamento – che conferisce in ultima analisi al giudice competente il diritto di decidere e prevale, in forza dell’art. 60 del regolamento, sulla Convenzione dell’Aia del 1980 – e riconoscerebbe una competenza di merito ai giudici dello Stato membro di esecuzione.

All’esito delle riferite considerazioni la Corte enuncia il seguente principio di diritto: *“l’art. 47, n. 2, secondo comma, del regolamento dev’essere interpretato nel senso che una decisione emessa successivamente da un giudice dello Stato membro di esecuzione, che attribuisca un diritto di affidamento provvisorio e sia considerata esecutiva ai sensi della legge di tale Stato, non è opponibile all’esecuzione di una decisione certificata, emessa anteriormente dal giudice competente dello Stato membro di origine e con la quale era stato disposto il ritorno del minore”*.

4.11.1 Segue: la decisione certificata sul ritorno del minore ed il mutamento delle circostanze.

Altra questione di rilievo (questione n. 5) affrontata e risolta nella medesima pronuncia concerne la possibilità per il giudice dello Stato del trasferimento di negare l'esecuzione della decisione di ritorno certificata qualora si sia verificato un mutamento delle circostanze che metta in luce l'interesse del minore a non subire il rientro nello Stato membro d'origine.

Sul punto la Corte preliminarmente procede a qualificare la portata giuridica del sopravvenuto mutamento delle circostanze in relazione al superiore interesse del minore. Secondo la Corte tale mutamento delle circostanze si colloca nell'area del merito e, dunque, sulla scorta del riparto delle competenze disegnato dal sistema del regolamento, non può che essere devoluto alla cognizione del giudice del merito, ossia il giudice dello stato membro d'origine. E' soltanto questo giudice l'organo abilitato ad apprezzare il sopravvenuto mutamento delle circostanze in relazione al superiore interesse del minore ed, all'esito di una siffatta valutazione, a poter, se del caso, rivedere la propria statuizione in ordine alla collocazione geografica del minore stesso. Cosicché, il giudice dello Stato del trasferimento non potrà scrutinare tale profilo che, essendo un profilo di merito, esula dalla sua competenza. Il giudice dello Stato del trasferimento – lo si è ricordato in precedenza – è competente a conoscere esclusivamente delle modalità esecutive, ossia degli aspetti schiettamente processuali, nessun potere essendogli riconosciuto in ordine alla portata esecutiva della decisione certificata, sulla quale tale giudice non possiede competenza alcuna, neppure di tipo sospensivo.

La Corte poi esclude che una interpretazione in senso diverso possa discendere dall'articolo 47, par. 2, prima alinea del regolamento, nel quale si parla della esecuzione della decisione «alle stesse condizioni» che si applicherebbero se la decisione fosse stata pronunciata nello Stato membro di esecuzione.

Tale prescrizione, secondo la Corte, va interpretata restrittivamente. Essa concerne soltanto le modalità procedurali secondo le quali deve svolgersi il

ritorno del minore, e non può in nessun caso fornire una giustificazione sostanziale per opporsi alla decisione del giudice competente. La Corte, dunque, nell'occuparsi della quinta questione che era stata chiamata a risolvere, inserisce un nuovo ed importante tassello nel mosaico della progressiva interpretazione dello regime speciale esecutivo delle decisioni sul diritto di visita e sul ritorno del minore. L'impostazione della Corte è condivisibile in quanto chiaramente espressiva dello spirito che anima il regolamento n. 2201/2003, soprattutto perchè ben lumeggia il rigido riparto di competenze voluto dal legislatore comunitario, riparto teso a conferire assoluta centralità alle statuizioni del giudice dello Stato membro d'origine. In definitiva, la portata esecutiva delle decisioni munite di certificazione non può essere in alcun modo ostacolata mediante pronunzie del giudice dello Stato membro del trasferimento che – lo si ribadisce – conserva una competenza unicamente in relazione ai profili procedurali ed in ordine alle modalità esecutive delle decisioni e non è abilitato a conoscere gli aspetti sostanziali delle medesime.

Al termine del ragionamento la Corte pronunzia il seguente principio: *“L’esecuzione di una decisione certificata non può essere negata nello Stato membro di esecuzione adducendo un mutamento delle circostanze, sopravvenuto dopo la sua emanazione, tale per cui l’esecuzione potrebbe ledere gravemente il superiore interesse del minore. Un mutamento del genere dev’essere dedotto dinanzi al giudice competente dello Stato membro di origine, al quale dovrebbe essere presentata anche l’eventuale domanda di sospensione dell’esecuzione della sua decisione”*.

4.12 La pronunzia della Corte di giustizia 11.7.2008 in C-195/08 PPU: la c.d. autonomia procedurale della decisione di rientro del minore.

Il problema che viene sottoposto alla Corte di giustizia²³¹ riguarda la legittimità dell'adozione da parte del giudice dello Stato membro di origine di un provvedimento di ritorno del minore ed il conseguente rilascio del certificato di cui all'art. 42 regolamento, nel caso in cui un giudice dello Stato membro in cui il minore è illecitamente trattenuto abbia adottato a sua volta

²³¹ Corte giust. 11.7.2008 in C-195/08 PPU, *Rinau*, in Raccolta, p. I-05271, questioni da 4 a 6.

un provvedimento di ritorno del minore verso lo Stato membro d'origine. Posto che l'art. 11, par. 8 del regolamento dispone che, «*nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'articolo 13 della Convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore*», e che dunque dal tenore letterale della norma sembra ricavarsi che requisito indispensabile ai fini della certificazione dell'ordine di rientro (in riesame) adottato dal giudice dello Stato membro di origine, sia la presenza di una decisione di segno opposto al rientro emessa dal giudice dello Stato del trasferimento, una delle parti del rinvio pregiudiziale sollecitava la Corte a considerare che alla decisione contro il rientro era seguita una nuova decisione di rientro emessa dallo stesso giudice dello Stato membro del trasferimento.

Ciò, a giudizio dello Stato membro del trasferimento, avrebbe determinato l'impossibilità per lo Stato membro di origine di avvalersi della esecutività senza *exequatur* prevista dal regolamento per le decisioni sul ritorno del minore.

La Corte, lo si anticipa, disattende tale prospettazione muovendo in particolare da considerazioni di ordine sistematico oltre che dalla *ratio* dell'istituto di cui all'art. 11, par. 8 del regolamento n. 2201/2003 e del suo peculiare regime di esecuzione.

Anzitutto, la Corte rileva come appaia indubbio che ai fini della esecutività della decisione di ritorno occorra una precedente decisione contro il ritorno emessa dallo Stato membro del trasferimento.

Tale decisione contro il ritorno rappresenta, sebbene la Corte non lo espliciti, un presupposto logico prima che normativo che designa, in sostanza, la ragion d'essere del provvedimento di ritorno emesso all'esito del giudizio di riesame.

Appare infatti evidente come la decisione di ritorno ex art. 11, par. 8 del regolamento trovi la sua intima ragion d'essere nella finalità di superare un provvedimento contro il ritorno emesso da un giudice che ai sensi del regolamento appare inidoneo ad apprezzare l'interesse del minore.

Ciò posto, si osserva che del resto è lo stesso impianto testuale del regolamento a postulare la presenza necessaria di un provvedimento contro il ritorno ai fini dell'emissione di un provvedimento di ritorno ex art. 11, par. 8 del regolamento. E', infatti, lo stesso art. 11, par. 8 del regolamento ad evocare, mediante l'impiego della locuzione "nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'articolo 13 della Convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore", un rapporto di interdipendenza funzionale tra tali decisioni.

Non solo. Si tratta anche di un rapporto di consequenzialità cronologica, nel senso che la decisione che prescrive il ritorno ex art. 11, par. 8 del regolamento deve essere cronologicamente successiva a quella di segno contrario. Ulteriore conferma di tutto ciò deriva peraltro dal XVII considerando al regolamento che, nel precisare che una decisione contro il ritorno "dovrebbe poter essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro", conferma la relazione di consequenzialità cronologica dianzi riferita.

Orbene, soddisfatto il requisito della sussistenza di una decisione contro il ritorno, si apre – ai sensi del regolamento – la fase del giudizio di riesame e della decisione cui tale procedimento mette capo²³². Tale nuova fase culminante in una decisione munita di una esecutività qualificata nei termini sopra descritti è, secondo la Corte di giustizia, una fase caratterizzata da assoluta autonomia rispetto a quella che mette capo alla decisione contro il ritorno. In tale prospettiva allora la decisione contro il ritorno emessa nello Stato membro del trasferimento rappresenta la condizione necessaria e sufficiente all'attivazione della esecutività senza exequatur del provvedimento che ordina il rientro, escludendosi dunque che incidenti procedurali nelle more prodottisi nello Stato del trasferimento possano incidere sulla esecutività del provvedimento di rientro emesso ex art. 11, par. 8 del regolamento.

In tal guisa può allora parlarsi di autonomia procedurale²³³, e cioè nel senso

²³² Circa il procedimento di riesame e della sua connotazione per fasi V. supra Cap. II del presente lavoro.

²³³ S. Tonolo, *La sottrazione*, cit. p. 94, la quale osserva che: "(...) è stata innanzitutto elaborata la c.d. autonomia procedurale della decisione di rientro del minore. La Corte di giustizia di Lussemburgo ha infatti precisato che, una volta che una decisione contro il rientro sia stata emanata e portata a conoscenza del giudice di origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato che conferisce esecutività alla decisione di tale giudice, che la decisione iniziale contro il rientro sia stata sospesa, riformata, annullata o comunque non sia

che una volta attivato il meccanismo esecutivo di cui alla sezione IV del regolamento per la decisione che dispone il rientro del minore, quest'ultimo appare totalmente impermeabile rispetto alle vicende processuali che nello Stato del trasferimento possano riguardare la decisione contro il ritorno.

Tale asserto si fonda – secondo la Corte – su precisi parametri normativi. Rilevano anzitutto gli artt. 43 e 44 del regolamento, collocati come noto nella parte dello stesso relativa alla esecuzione. Tali norme, nella misura in cui prevedono che la decisione certificata non soggiace ad alcuno strumento di impugnazione, essendo ammessa soltanto una rettifica che avviene secondo le norme dello Stato membro d'origine, evidenziano dunque che la decisione certificata si ammanta di una solida sfera di autonomia, di insensibilità rispetto a qualsiasi vicenda che non si connoti in termini di mera rettifica in relazione peraltro al solo ordinamento, si badi, dello Stato di origine.

Ancora, la disciplina del procedimento di riesame che mette capo alla decisione di rientro che supera il precedente diniego, allorquando impone al giudice dello Stato di origine di ripercorrere, sulla scorta dello stesso materiale istruttorio, la delibazione effettuata dal primo giudice, conferma la asserita autonomia procedurale, rafforzando l'assunto per cui qualsiasi accidente procedurale *medio tempore* intervenuto nello Stato del trasferimento (annullamenti, riforme, riaperture, sospensioni) non si riflette in alcun modo sulla sorte esecutiva della decisione di ritorno, la quale vive di vita propria, anche in ragione della imperiosa celerità che contraddistingue il procedimento di ritorno così come concepito dal legislatore comunitario. Ne deriva allora che la peculiare esecutività che connota la decisione di ritorno ex art. 11, par. 8 del regolamento non può essere paralizzata da alcuna decisione nel frattempo intervenuta nello Stato del trasferimento, neppure da una decisione che, ribaltando quella che aveva statuito il non ritorno, ordini il rientro del minore quando tale rientro non avvenga di fatto.

Con un pregevole sforzo motivazionale la Corte, argomentando *a contrario*, osserva che a voler ragionare diversamente si finirebbe con il subordinare la esecutività della decisione sul ritorno all'esito dei possibili molteplici strumenti

passata in giudicato o sia stata sostituita da una decisione di rientro, quando il rientro del minore non ha effettivamente avuto luogo. Non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità di tale certificato ed essendo stato quest'ultimo redatto conformemente alle disposizioni del regolamento, l'opposizione al riconoscimento della decisione di rientro è vietata ed al giudice adito spetta solo constatare l'esecutività della decisione certificata e pronunciare il rientro immediato del minore”.

di ricorso interno contemplati nello Stato del trasferimento, in tal modo frustrando l'effetto utile del regolamento che è chiaramente orientato ad assicurare il rapido rientro del minore nello Stato membro di origine²³⁴. E' questa la ragione per cui l'unico modo che consente di bloccare l'esecuzione senza exequatur del provvedimento di rientro è l'effettivo rientro del minore a seguito di un ribaltamento, presso lo Stato di residenza abituale, della originaria pronuncia di non ritorno adottata nello Stato del trasferimento. Ove invece quella decisione fosse bensì superata da una successiva decisione di ritorno, ma in assenza di un effettivo e concreto rientro del minore nello Stato membro di origine, il procedimento di esecuzione della decisione di rientro ex art. 11, par. 8 del regolamento risulterebbe pienamente operante e rimarrebbe del tutto impregiudicato.

Al termine, la Corte conclude enunciando il presente principio di diritto: *“una volta che un provvedimento contro il ritorno sia stato emanato e portato a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato previsto all'art. 42 del regolamento, che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno, quando il ritorno del minore non ha effettivamente avuto luogo”*.

4.13 La pronuncia della Corte di giustizia 22.12.2010 in C-491/10 PPU: l'insindacabilità del certificato da parte del giudice dello Stato del trasferimento.

Riprendendo quanto accennato nelle pagine precedenti, in relazione alla disamina generale del regime di esecuzione delle decisioni sul diritto di visita e sul ritorno del minore, è opportuno qui approfondire le considerazioni offerte sul tema dalla pronuncia della Corte di giustizia 22.12.2010 in C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*²³⁵.

²³⁴ Giova richiamare qui il significativo passaggio motivazionale della sentenza (p. 81): “Se così non fosse, il regolamento rischierebbe di essere privato del suo effetto utile, poiché l'obiettivo del rientro immediato del minore resterebbe subordinato alla condizione dell'esaurimento dei mezzi procedurali consentiti dall'ordinamento nazionale dello Stato membro in cui il minore è illecitamente trattenuto. Detto rischio deve essere preso tanto più in considerazione in quanto, trattandosi di minori in tenera età, il tempo biologico non può essere misurato secondo criteri generali, data la struttura intellettuale e psicologica di tali minori e la rapidità con cui essa evolve”.

²³⁵ Corte giust. 22.12.2010 in C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, in <http://eur-lex.europa.eu>. In dottrina si vedano S. Alvarez González, in *Revista española de Derecho Internacional*, 2010 p.247-251; A. Schulz, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2011, 5 p.359-360; L. Idot, *Exécution d'un certificat ordonnant le retour de l'enfant*, Europe 2011 Mars Comm. 3 p.26-27; Th.M De Boer, *Nederlandse*

La vicenda all'origine della controversia riguardava una minore, abitualmente residente in Spagna, condotta illecitamente dalla madre in Germania. Le autorità tedesche respingevano la domanda di rientro della minore sulla base dell'art. 13, par. 2, della Convenzione (opposizione del minore al ritorno). La Spagna, pertanto, ricevuta comunicazione del provvedimento tedesco riesaminava la questione e disponeva il rientro della minore, rilasciando il certificato di cui all'art. 42 del regolamento.

La Germania, poiché nel corso del procedimento spagnolo non era avvenuta l'audizione della minore, riteneva che l'ordine di ritorno fosse viziato da una grave violazione dei diritti fondamentali, segnatamente del diritto del minore ad essere ascoltato, previsto dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e ribadito dall'art. 42, par. 2, comma 1, lett. a) del regolamento n. 2201/2003, e, pertanto, ricorreva alla Corte di Giustizia per sapere se, in caso di violazioni dei diritti fondamentali, fosse ammissibile l'opposizione all'esecuzione della decisione certificata.

La Corte di Giustizia respinge tale impostazione e ribadisce che lo Stato deputato all'esecuzione della decisione sul ritorno del minore non ha alcun potere di controllo né sulla legittimità della decisione né sul rilascio del certificato: ogni questione relativa ai presupposti per l'adozione dell'ordine di rientro o alla legittimità di tale decisione deve essere sollevata esclusivamente dinanzi ai giudici dello Stato d'origine. I principi della prevalenza del giudice dello Stato di residenza abituale e dell'autonomia procedurale dell'ordine di rientro, pertanto, non ammettono eccezioni, neanche nel caso di presunta violazione dei diritti fondamentali.

E' interessante ripercorrere l'itinerario argomentativo seguito dalla Corte di giustizia, in quanto riflette una coerente traiettoria ermeneutica fondata su serrate deduzioni logiche poggianti sul dato normativo.

Si parte, invero, dalla constatazione che il caso di specie concerne una ipotesi di trasferimento illecito di un minore. In casi del genere, rileva la Corte, il sistema è congegnato in modo tale da assicurare celermente il ritorno del minore nel luogo della sua residenza abituale. In tale prospettiva, il riferito sistema ha preteso che ad avere l'ultima parola sulla questione del

jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken 2011 n° 460; K. Csach, Rozsudok "AGUIRE ZARRAGA", Výber z rozhodnutí Súdneho dvora Európskych spoločenstiev 2012 n° 3 p.48-50; H. Muir Watt, Enlèvement international d'enfant et ordre de retour compétence et vie privée, Revue critique de droit international privé 2012 p.172-189.

ritorno del minore fosse il giudice dello Stato di residenza abituale dello stesso. L'imperativo, ricorda la Corte è quello di assicurare una assoluta celerità al rientro del minore: in tale ottica, a differenza delle decisioni ordinarie in tema di responsabilità genitoriale, che – ai sensi del XXI considerando – si informano al principio di reciproca fiducia tra gli Stati che riduce al minimo le ipotesi di non riconoscimento; quelle sul ritorno, per la segnalata celerità vanno eseguite (giusta il XVII considerando) senza dover ricorrere a procedimenti di riconoscimento o esecuzione. Tali decisioni, infatti, stante il chiaro tenore normativo (art. 42), non necessitano di exequatur, cosicché, in presenza del certificato, andranno immediatamente eseguite nello Stato del trasferimento, le cui autorità non potranno fare altro che constatare l'efficacia esecutiva di una decisione così certificata.

Ed invero, rileva la Corte, è ammessa una domanda di rettifica del certificato, ma soltanto se proposta, ai sensi dell'art. 43, n. 1 del regolamento, dinanzi allo Stato d'origine. D'altronde, ogni eventuale questione concernente la legittimità di tale decisione, sulla scorta del riparto delle competenze delineato dal regolamento, andrà effettuata dinanzi allo Stato d'origine.

Ciò posto, la Corte procede a verificare se rispetto a tale assetto vi sia spazio per un'eccezione e, quindi, se ci si possa dolere della illegittimità della decisione sul ritorno del minore davanti allo Stato dell'esecuzione qualora la decisione sia stata adottata senza la previa audizione del minore e, quindi, in spregio a quanto previsto dall'art. 42 del regolamento, oltre che dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In sostanza si tratta di comprendere dunque se l'indicato sistema operi anche in presenza di un'asserita grave violazione di diritti fondamentali, come quello inerente all'ascolto del minore.

E' evidente, sottolinea infatti la Corte, che le disposizioni del regolamento debbano essere rispettose delle norme contenute nella citata Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea ed in particolare anche l'art. 42 del regolamento debba leggersi in conformità con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali.

Ebbene, il giudice comunitario osserva a tal proposito che tanto l'art. 42 del regolamento, quanto l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, non si

riferiscono all'audizione del minore in quanto tale, bensì alla mera possibilità del minore di essere sentito. Entrambe le disposizioni, nel loro impianto letterale, subordinano infatti l'ascolto del minore alla compatibilità di tale pratica con l'età ed il grado di maturità dello stesso.

In tal guisa allora, chiarisce la Corte, spetta al giudice chiamato a decidere sul ritorno del minore stabilire se risulti opportuno disporre l'audizione dello stesso. Si parla di opportunità e non di obbligo, perché i conflitti che rendono necessaria una decisione di assegnazione dell'affidamento di un minore ad uno dei genitori e le tensioni ad essa connesse costituiscono situazioni in cui l'audizione del minore, segnatamente in quanto richiede, eventualmente, la sua presenza fisica dinanzi al giudice, può risultare inopportuna, se non anche dannosa per la salute psichica del medesimo, che spesso subisce dette tensioni e i relativi effetti negativi²³⁶. Di talché, l'audizione del minore configura bensì un diritto, ma al contempo non può costituire un obbligo assoluto, ma deve essere oggetto di una valutazione in funzione delle esigenze legate all'interesse superiore del minore in ogni caso di specie, conformemente all'art. 24, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali. Ne consegue che, conformemente a quanto previsto dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali e dall'art. 42, n. 2, primo comma, lett. a), del regolamento n. 2201/2003, il diritto del minore di essere sentito non esige che sia necessariamente tenuta un'audizione dinanzi al giudice dello Stato membro d'origine, bensì richiede che siano messe a disposizione di tale minore le procedure e le condizioni legali che gli consentano di esprimere liberamente la sua opinione e che quest'ultima sia raccolta dal giudice.

Un'ulteriore conseguenza di questo ragionamento è che il giudice dello Stato di origine può emettere un certificato conforme alla normativa citata solo se la decisione sulla quale verterà tale certificato sia stata adottata nel rispetto del diritto del minore di esprimersi liberamente e che sia stata offerta a quest'ultimo una possibilità concreta ed effettiva di esprimersi, tenuto conto dei mezzi procedurali nazionali e degli strumenti della cooperazione giudiziaria internazionale.

La Corte ricorda tuttavia che tale controllo spetta, per le ragioni sopraindicate, e cioè per la conformazione del sistema, solo al giudice dello

²³⁶Corte giust. 22.12.2010 in C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, p. 64.

Stato di origine, e quindi è soltanto nell'ambito dell'ordinamento giuridico dello Stato membro d'origine che le parti interessate devono esperire i mezzi di ricorso che consentono di contestare la legittimità di una decisione certificata in forza dell'art. 42 del regolamento n. 2201/2003. Spetta in sostanza solo ai giudici dello Stato membro d'origine verificare se la decisione oggetto di un certificato, rilasciato in forza dell'art. 42 del regolamento n. 2201/2003, sia viziata da una violazione del diritto del minore di essere sentito.

Da quanto precede emerge che, in circostanze come quelle della causa principale, la questione dell'eventuale violazione dell'art. 42, n. 2, primo comma, lett. a), del regolamento n. 2201/2003 da parte del giudice dello Stato membro d'origine che ha emanato la decisione certificata rientra unicamente nella competenza dei giudici di tale Stato membro e che il giudice competente dello Stato membro dell'esecuzione non può opporsi al riconoscimento e all'esecuzione di detta decisione, con riguardo al certificato rilasciato da detto giudice dello Stato membro d'origine.

Ancora una decisione del giudice comunitario in cui si interpreta un sistema processuale ormai coordinato, come quello comunitario, alla luce dell'interesse del minore.

Davvero, l'interesse del minore - come emerso anche dall'analisi della giurisprudenza esaminata in altri contesti del presente lavoro - diventa un grimaldello per scardinare talvolta consolidati assetti ermeneutici o regole processuali dalla chiara struttura normativa. Nella pronunzia appena illustrata la Corte di giustizia ha offerto una lettura, potrebbe dirsi, restrittiva del requisito di legittimità delle decisioni sul ritorno del minore rappresentato dal diritto del minore di essere ascoltato. In tale pronunzia pur riconoscendosi un diritto, la Corte però esclude che sul versante opposto si stagli un obbligo di natura processuale di procedere all'ascolto del minore. Dell'ascolto del minore infatti deve esservi la mera possibilità, e non già un obbligo incondizionato a procedervi quando le condizioni della fattispecie concreta lascino trasparire che l'esecuzione dell'audizione del minore potrebbe ridondare in lesione dell'interesse dello stesso, se ad esempio vi è il rischio che il minore possa essere sottoposto a tensioni.

Ed invero, non dovrebbe sfuggire all'interprete che la citata disposizione di cui all'art. 42 del regolamento indichi unicamente l'età ed il grado di maturità del minore, quali condizioni che possano rendere inopportuna la sua audizione, non facendo espresso riferimento – come invece in altri luoghi (si pensi al rinvio alle condizioni intollerabili di cui all'art. 13 della Convenzione dell'Aja contenuto nell'art. 11) alle potenziali condizioni di turbamento del minore.

La Corte parla di diritto, ma aggiunge come allo stesso non si correli un obbligo, bensì una mera opportunità di sentire il minore, riferendosi l'obbligo soltanto all'aspetto che gli ordinamenti si dotino di meccanismi e strutture per rendere praticabile l'ascolto del minore. Dunque, non di diritto allora sembrerebbe parlarsi, bensì, di una situazione giuridica affatto differente, declinabile al più come una specie di interesse legittimo del minore ad essere sentito, subordinato alla sussistenza delle citate condizioni concrete per la praticabilità dell'audizione, accertate esclusivamente dal giudice della residenza abituale del minore ed agganciate alla valutazione che l'audizione non si risolva in lesione dell'interesse dello stesso.

Tale epilogo ermeneutico si rivela ancor più significativo allorché lo si paragoni con quello, segnalato nel presente lavoro, espresso sul medesimo tema dalle sezioni unite della Corte di cassazione italiana²³⁷, la quale, in un'ottica sembrerebbe meno compromissoria, ha statuito la necessità dell'audizione minorile ai fini della validità della decisione sull'affidamento del minore.

E' bensì vero che la Corte di cassazione, in tale pronuncia, facendo leva sulle norme internazionali richiamate, ha comunque fatto salva l'ipotesi che l'ascolto del minore risulti pregiudizievole per lo stesso; e tuttavia, non si è limitata - come il giudice comunitario - ad affermare che quello dell'audizione è soltanto un obbligo di predisporre misure per renderlo praticabile, ma ha statuito in maniera più pregnante che la inottemperanza a tale obbligo si risolve in lesione del contraddittorio, con conseguente nullità della sentenza in caso di violazione.

²³⁷ Cass. S.U., 21 ottobre 2009 n. 22238, in R.D.I.P.P., 2010, p. 474 ss, in *Fam. dir.*, 2010, 364 ss., con nota di A. Graziosi, *Ebbene sì: il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in Guida al diritto, 2009, n. 48, 44 ss., con nota di M. Finocchiaro, *Un adempimento ritenuto inderogabile da assolvere con le modalità convenienti*.

CONCLUSIONI

La giurisprudenza analizzata nel presente lavoro ha messo in luce fecondi aspetti di riflessione, tutti rilevanti in un'ottica operativa, e cioè nella prospettiva di guidare l'interprete verso una corretta applicazione degli istituti esaminati. Nel lavoro si è ampiamente dato conto della notevole importanza, o meglio della centralità del giudizio di riesame nel contesto del regolamento esaminato: si è, per tale ragione, focalizzata l'attenzione su taluni aspetti controversi che l'applicazione concreta di tale istituto ha messo in rilievo.

Si tratta di aspetti, come quello ad esempio risolto dalla Corte di cassazione con il *leading case* sopra illustrato, di spiccata pregnanza per la prassi applicativa alle prese con l'impiego dell'inedito modulo processuale.

In tal guisa, ed in chiave esemplificativa, comprendere quale sia il regime giuridico del provvedimento che chiude il citato giudizio: valutare cioè se l'atto processuale finale del citato procedimento possa essere impugnato direttamente in Cassazione è aspetto di non poco momento; e soprattutto è aspetto foriero di relevantissime ricadute sul terreno applicativo.

Verificare, ancora, quale sia precisamente l'oggetto del citato giudizio, se cioè esso si limiti a ripercorrere gli itinerari argomentativi del giudice di prime cure o se invece debba contenere pregiudizialmente una statuizione sull'affidamento del minore, è anch'esso un profilo che ha impegnato e sicuramente impegnerà non poco gli addetti ai lavori, ossia coloro che – tra giudici ed avvocati – sono continuamente alle prese con il diritto minorile, ed alla costante ricerca di chiarimenti in relazione agli innovativi schemi procedurali che il legislatore comunitario ha approntato nel regolamento n. 2201/2003.

In tal guisa, emerge allora, ed ancora più in profondità, il significato autentico di un lavoro che si è ripromesso di investigare gli aspetti nevralgici di nuovi e vecchi istituti che, in relazione al tema ormai classico della sottrazione internazionale dei minori, sono stati introdotti dal legislatore comunitario.

La disamina degli importanti arresti segnalati nel presente lavoro arreca poi un non trascurabile contributo anche alla ricerca teorica, al lavoro di coloro che quotidianamente si confrontano sul non meno impervio terreno della

teorizzazione, in relazione alla necessaria opera di sistematizzazione della materia che, anch'essa, produce rilevanti e benefiche ricadute sull'operatore concreto del diritto, e cioè su chi in concreto è tenuto a reperire soluzioni ed indicazioni operative da sperimentare giornalmente nelle aule di giustizia.

In un'ottica di tal fatta, gli insegnamenti offerti ad esempio sul tema dei titoli di giurisdizione dal giudice comunitario – nella sua preziosa opera di interprete qualificato delle fonti comunitarie – appaiono estremamente significativi, soprattutto allorquando valgono a confermare o a disattendere l'impostazione fatta propria dai giudici remittenti.

Su tale aspetto, a parere di chi scrive - e come sottolineato nella sede conferente - l'impostazione della Corte di giustizia, non lontana in questo senso dalle prime indicazioni di taluni giudici interni, si è dimostrata spiccatamente sensibile alle istanze minorili, soprattutto in riferimento alla valorizzazione dell'interesse concreto del minore, parametro ad un tempo valoriale e legale che è assunto, in misura evidente, anche a canone interpretativo, impiegato talora in maniera disinvolta dal giudice comunitario anche per forzare il chiaro tenore testuale delle fattispecie normative investigate.

Come si è avuto l'occasione di rilevare, soprattutto con riferimento alla operatività del principio processualistico della non contestazione (trattato incidentalmente nella disamina della pronunzie relative alla proroga della competenza giurisdizionale ex art. 12 del regolamento o al forum conveniens ex art. 15 del regolamento), la Corte di giustizia interpreta in maniera piuttosto ampia ed in chiave sostanziale il tenore, talvolta anche fin troppo chiaro, delle disposizioni processuali, ivi comprese quelle relative ai termini processuali. L'impressione, nell'analisi di tale giurisprudenza, è che il giudice comunitario – ma una eco di tale approccio pare scorgibile anche nelle esaminate pronunzie della Corte di cassazione – tenda sempre di più ad adoperare clausole generali quali l'interesse concreto del minore per plasmare gli strumenti processuali in senso non sempre rispondente al tenore testuale delle disposizioni.

Tale approccio sembra innervare, come si è avuto modo di segnalare nel capitolo IV del presente lavoro, anche la gamma delle pronunzie concernenti

l'esecuzione delle decisioni giudiziarie, ed in particolare soprattutto quelle afferenti al ritorno del minore (art. 42 del regolamento), che come veduto si fregiano dello strumento della esecuzione senza *exequatur* previsto dagli artt. 41 e ss. del regolamento.

Ed invero, l'esame della conferente giurisprudenza, e principalmente della importante pronunzia della Corte di giustizia *Aguirre Zarraga*, ha messo in evidenza come anche il secco territorio della esecuzione delle pronunzie giurisdizionali in altri Stati membri possa dischiudersi all'orizzonte tutto sostanziale dell'interesse minorile, che dunque in taluni casi, finisce per prevalere radicalmente sul profilo squisitamente formale.

Sul punto, infatti, senza volere riproporre considerazioni già compiutamente illustrate nelle sedi pertinenti cui opportunamente si rinvia, va rimarcato come il requisito processuale dell'ascolto del minore, previsto quale elemento costitutivo per l'esecutività senza *exequatur* della decisione di ritorno dello stesso, possa serenamente accantonarsi qualora l'ascolto produca il rischio di risolversi in una lesione della tranquillità del minore.

Come osservato, è bensì vero che la norma, nel menzionare ragioni di opportunità legate all'età ed al grado di maturità del minore, sembra già recare *in nuce* il riferimento all'interesse del minore, quale parametro di riferimento; e tuttavia, il giudice comunitario si spinge ben oltre, fino a del tutto vanificare la portata demolitoria dell'assenza dell'audizione del minore in quei casi specifici in cui lo stesso, per le tensioni che si ricollegano alle vicende processuali cui è chiamato a partecipare, possa soffrire un pregiudizio dalla attiva presenza nel processo.

A chiusura di queste sintetiche conclusioni, non può che auspicarsi che lo spinoso tema oggetto dell'indagine qui licenziata possa rapidamente pervenire a soluzioni ermeneutiche il più possibile condivise in tutto lo spazio giudiziario europeo, ciò non solo e non tanto per valorizzare il principio della leale e reciproca cooperazione tra gli Stati membri del consesso comunitario, ma soprattutto nell'ottica di salvaguardare in misura sempre più adeguata la talora penosa condizione in cui versano i minori vittima di comportamenti sottrattivi da parte dei genitori.

BIBLIOGRAFIA GENERALE

MONOGRAFIE

- A. ANCeschi, *La famiglia nel diritto internazionale privato. Aggiornato con la legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica)*, Torino, G. Giappichelli, 2010 (Diritto e professione; 8).
- A. ANCeschi, *La famiglia nel diritto privato internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006.
- M. C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, CEDAM, 2007.
- R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2006.
- R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, pp. 163-203.
- S. BARIATTI, A.G. DANOVI (a cura di), *La famiglia senza frontiere. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano il 25 Maggio 2007*, Padova, CEDAM, 2008.
- S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2007.
- M. C. BARUFFI – R. CAFARI PANICO (a cura di), *Obbligazioni alimentari e successioni*, Padova, CEDAM, 2009, pp. 125 – 146.
- M.C. BARUFFI, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, Cedam, 2006.
- K. BOELE-WOELKI and T. SVERDRUP, *European Challenges in Contemporary Family Law*, Portland, Intersentia, 2008.
- K. BOELE-WOELKI, *Common core and better law in European family law*, Oxford, Intersentia, 2005.
- K. BOELE-WOELKI (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerp, Oxford, New York, Intersentia, 2003 (European Family Law Series).
- K. BOELE-WOELKI, *Unification and harmonization of Private International Law in Europe*, in *Private Law in the international Arena. Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Asser Press, 2000, pp. 61-77.
- A. BORRÁS, *Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, pp. 449-483.
- D. BRADLEY, *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in *Global Jurist Frontiers*, IV, 2004, n. 1. <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol4/iss1/art3/> (per visualizzare l'articolo full-text è richiesta un'iscrizione gratuita al periodico)
- F. BRUNETTA D'USSEAU, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea: formazione, vita e crisi della coppia*, Padova, Cedam, 2005.
- G. BUONO, *EP Workshop on Civil Justice: "How to facilitate the life of European families and citizens?"*, in *Conflict of Laws*, nov. 2010. <http://conflictoflaws.net/2010/ep-workshop-on-civil-justice-how-to-facilitate-the-life-of-european-families-and-citizens/> (full text on-line)
- F. CAGGIA, *Famiglia e diritti fondamentali nel sistema dell'Unione Europea*, Roma,

Aracne, 2005.

E. CALÒ, *Matrimonio à la carte*, Milano, Giuffrè Editore, 2009.

S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008.

S.M. CARBONE, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il regolamento (CE) n. 1347/2000*, in S.M. CARBONE, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 53-86.

N. COLACINO, *Ricongiungimento familiare e superiore interesse del minore: la Direttiva 2003/86/CE al vaglio della Corte di Giustizia*, in M.R. SAULLE, L. MANCA, *L'integrazione dei cittadini di paesi terzi nell'Europa allargata*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 59-70.

P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, Torino, Giappichelli, 2008.

F. EMMERT, *The Family Policy of the European Union*, in A. CHAPMAN, K. WAALDIJK (eds.), *Homosexuality: a European Community Issue*, Dordrecht-Boston-London, M. Nijhoff Publishers, 1993, pp. 363-394.

H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (sous la direction de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005.

H. FULCHIRON (sous la direction de), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières. Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

D. GADBIN, F. KERNALEGUEN (sous la direction de), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen. Journées nationales d'études de la CEDECE, Rennes, 22 et 23 mai 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

P. HAMMJE, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 365-382.

J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, Giuffrè, 2006.

4

M. R. MARELLA, *L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo e obiettivi*, in S.P. PANUZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Napoli, Novene, 2005, pp. 513-567.

C. MCGLYNN, *Families and the European Union. Law, politics and pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

S. T. MASUCCI, *La famiglia e la successione ereditaria*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, CEDAM, 2003, pp. 413-434.

C. MCGLYNN, *A family Law fir the European Union?*, in J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart, 2000, pp. 223-241.

J. MEUSSEN, *International family law for the EU*, Antwerp-Oxford-New York, Intersentia, 2007.

MOSCONI, *La protezione dei minori*, in SALERNO (a cura di), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*. Atti del Convegno di Studi organizzato dall'Università di Reggio Calabria. Crotone-Isola Capo Rizzuto 30-31 maggio 1996, Padova, Cedam, 1997, pp. 59-78.

J. MUSEEN, M. PERTEGAS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007.

B. NASCIMBENE, *Sezione IV: divorzio e diritto internazionale privato*, in G. BONILINI, F. TOMMASEO (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 211-254.

E. PAGANO (a cura di), *Saggi di diritto internazionale privato dell'unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

P. PARKINSON, J. CASHMORE, *The voice of a child in a family law disputes*, Oxford, Oxford University press, 2009.

S. PATTI, *La famiglia*, in S.G. PANUZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 495-510.

R. PISILLO MAZZESCHI - P. PUSTORINO - A. VIVIANI (a cura di.), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

V. POCAR, P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma, Laterza, 1998.

F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE DI CROTONE (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, Torino, UTET Giuridica, 4 vol., 2011. Contiene: 1. Diritto internazionale privato. Persone, Famiglia, Successioni, Regime patrimoniale, Diritti reali, Contratti, Società, Legalizzazione. 2. Diritto Comunitario. Persone, Famiglia, Successioni, Diritti reali, Obbligazioni, Garanzie, Diritto di stabilimento.

I. QUEIROLO – L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di Diritto dell'Unione europea e relazioni familiari (Seconda edizione, aggiornata all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del pacchetto sicurezza)*, Torino, Giappichelli Editore, 2010 (Collana del Corso di Laurea in Servizio Sociale, Facoltà di Giurisprudenza – Università di Genova).

A. SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milano, Giuffrè, 1995 (Il diritto di famiglia e delle persone).

B. STARK, *International family law: an introduction*, Aldershot, Ashgate, 2005. M. SUMAMPOUW, *Parental Responsibility under Brussels II*, in *Private Law in the International Arena. Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Asser Press, 2000, pp. 729-745. L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2007. H. TONER, *Partnership rights, free movement, and EU law*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

ARTICOLI

1. LA FAMIGLIA NEL DIRITTO DELL'UE: QUADRO GENERALE ED EVOLUZIONE

G. ALPA, *Frammentazione delle regole, il rischio europeo*, in *Guida al Diritto*, 2004, n. 3, pp. 60- 63.

G. ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2003, pp. 439-450.

M.C. ANDRINI, *La famiglia nella Costituzione europea*, in *Familia*, 2004, n. 3, pp. 551-568.

R. BARATTA, *Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC*, in *IPRax*, 2007, pp. 4-11. R. BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, n. 3, pp. 573-606. G. BARRET, *Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members*, in *Common Market Law Review*, 2003, pp. 369-421. M.C. BARUFFI, *La Costituzione europea e il diritto di famiglia*, in D. PREDA, *L'Europa agli albori del XXI secolo*, Bari, Cacucci, 2006, pp. 341-356.

E. BERGAMINI, *La famiglia quale oggetto di tutela del diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, pp.

457-472.

K. BOELE-WOELKI, D. MARTINY, *Prinzipien zum Europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nahehelicher Unterhalt*, in *Zeup*, 2006, n. 1, pp. 6-20.

E. CALÒ, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Familia*, 2005, pp. 509-536. S. M. CARBONE, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il trattato di*

Lisbona, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 301-324. A. CELOTTO, *La libertà di contrarre matrimonio fra Costituzione italiana e (Progetto di)*

Costituzione europea: spunti di riflessione, in *Familia*, 2004, pp. 319-327.

M. COSTA, *A intervençao da Uniao Europeia na harmonizaçao do direito da familia - L'intervento dell'Unione Europea per l'armonizzazione del diritto di famiglia.*, in *Familia*, 2006, pp. 125- 153.

A. DAVÌ, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, pp. 861-902.

N. DETHLOFF, *Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität- Perspektiven für die Forschung*, in *Zeup*, 2007, pp. 992-1005.

G. FERRANDO, *Le relazioni familiari nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea*, in *Politica del diritto*, 2003, pp. 347-370.

M. FUCHS, *Koordinierung von Familieleistungen in der EG*, in *Juristen Zeitung*, 2006, n. 1, pp. 36- 41.

R. HAUSMANN, *Il nuovo diritto internazionale processuale in materia matrimoniale nell'Unione Europea*, in *The European Legal Forum*, 2000-2001, pp. 345-353.

M. HUNTER-HENIN, *Droit de personnes et droits de l'homme: Combinaison ou confrontation?*, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 743-775.

E. JAYME, *Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati Terzi*, in *Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale*, 2006, pp. 353-360.

K. LENAERTS, *Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, in *Cahiers de droit européen*, 2009, pp. 711-743.

N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Familia*, 2006, pp. 1-14. M.

MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti*

in materia di diritto di famiglia, in *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 447-478. P.

MENGOZZI, *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in

Famiglia e diritto, 2004, pp. 643-647. F. MORO, *Observations sur la communautarisation du droit de la famille*, in *Rivista di diritto*

internazionale privato e processuale, 2007, pp. 675-712. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza*

matrimonio, in *Famiglia e diritto*, 2010, pp. 849-860. S. NINATTI, A. ROVAGNATI, *Verso un diritto europeo delle relazioni familiari*, in *Quaderni*

costituzionali, 2007, pp. 425-428. C. NOVI, *La tutela dei diritti dei minori nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico*

comparato ed europeo, 2007, n. 1, pp. 186-216. S. PATTI, *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*,

2006, pp. 529-544. S. PATTI, *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*,

in *Familia*, 2005, pp. 337-340.

I. QUEIROLO, *Integrazione europea e diritto di famiglia*, in N. Parisi, M. Fumagalli

Meraviglia, A. Santini, D. Rinoldi (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 585-607.

8

A. SANTINI, *The doctrine of implied external powers and private international law concerning family and succession matters*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2008, n. 4, pp. 809- 827.

F. TOMMASEO, *Il processo civile familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, in *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, n.3, 2012, pp. 1265-1280.

F. VARI, *Famiglia e competenze dell'Unione europea: un potenziale conflitto?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, n. 1, pp. 160-162.

2. SEPARAZIONE E DIVORZIO

2.1. Strumenti di diritto dell'UE precedenti il Reg. (CE) 2201/2003

P. BIAVATI, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, pp. 1241-1259.

R. BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, pp. 298-346.

R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2002, pp. 5-12.

R. MOLÈ, *Il regolamento CE n. 2201/2003 (Bruxelles II bis): i criteri di riparto della giurisdizione e la disciplina della sottrazione internazionale dei minori*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, pp.366-375.

F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 376-408.

H. MUIR WATT (nota di), *Règlement (CE) n 2201/2003*, in *Revue critique de droit International privé*, 2012, pp.172-189.

Nota sentenza della Corte del 22 décembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0491:IT:HTML>

G. OBERTO, *Il regolamento del Consiglio (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità parentale nei confronti dei figli comuni*, in *Contratto e impresa Europa*, 2002, pp. 361-394.

F. UCCELLA, *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari: il regolamento n. 1347 del 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori su figli di entrambi i coniugi*, in *Giustizia civile*, 2001, II, pp. 313-343.

2.2. Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio (testo del regolamento)

E. ADOBATI (a cura di), *Massimario annotato, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, pp. 539-549.

Contiene:

I coniugi con la doppia cittadinanza nell'Unione europea possono domandare lo scioglimento del matrimonio davanti ai tribunali di uno o dell'altro dei due Stati interessati, pp. 547-549. Nota a sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009, causa C-168/08. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:220:0011:01:IT:HTML>

B. ANCEL, H. MUIR-WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II'*, in

- Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 403-457.
- F. BALATO, *Il giudizio di riesame sulla decisione di non ritorno del minore nel regolamento (CE) n. 2201/2003: il punto di vista della Cassazione*, in *Talitha Vassalli di Dachenhausen* (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 551-565.
- R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in *Giustizia civile*, 2002, pp. 455- 469.
- G. BIAGIONI, *Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n. 1, 2012, pp. 20 – 36, reperibile al sito Internet www.uc3m.es/cdt.
- G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia della decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, pp. 991-1035.
- C. BRIERE (note), *Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003*, in *Revue critique de droit international privé*, 2010, n. 1, pp. 184-199.
- G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Sul regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Il giusto processo civile*, 2008, n. 1, pp. 269- 299.
- M. CASTELLANETA (commento di), *Limitata l'applicazione del diritto nazionale a vantaggio della normativa comunitaria*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 50, pp. 110-111. Nota a sentenza della Corte di Giustizia del 29 novembre 2007, causa C- 68/07. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0068:IT:HTML>
- R. CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Famiglia e diritto*, 2004, pp. 291-304.
- R. CONTI, *Il Regolamento «Bruxelles II» in tema di cause matrimoniali*, in *Famiglia e diritto*, 2002, pp. 653-667.
- S. DE VIDO, *The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, n. 4, 2012, pp. 222-232 <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1470/610> (full-text on-line)
- A. DI LIETO, *Il Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, pp. 117-137.
- F. R. FANTETTI, *Codificazione europea per l'unificazione dei procedimenti de separazione e di divorzio*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, n. 4, pp. 346-360.
- H. GAUDEMET-TALLON (nota di), *Conflicts de juridictions. Litispendance. – Divorce. – Epoux de nationalité française. – Jurisdiction étrangère première saisie. – Compétence indirecte. – Appréciation par référence au Règlement Bruxelles II bis. – Renonciation au privilège de l'article 15 du Code civil. – Circonstance indifférente. – Cour de cassation (1re Ch. Civ.), 1er décembre 2010*, in *Revue critique de droit international privé*, n. 1, 2011, pp. 102 - 107.
- L. IDOT, *Règlement «Bruxelles II bis»: Placement d'un enfant dans un autre État membre*, in *Europe*, n. 6, 2012, pp. 29-30. Nota a sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2012, Causa C-92/12 PPU, Health Service Executive contro S.C. e A.C.. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62012CJ0092:IT:HTML>
- I. LOMBARDINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il Regolamento comunitario n. 2201 del 2003 (Prima parte) e (Seconda Parte)*, in *Studium iuris*, 2005, pp. 555-566; pp. 723-731.

J. LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Famiglia*, 2006, pp. 1127-1167.

F. POCAR, *Divorzi fra coniugi di Stati diversi: verso l'addio al forum shopping*, in *Guida al diritto. Supplemento Diritto comunitario e internazionale*, 2006, n. 5, pp. 98-100.

C. RICCI, *I fori «residuali» nelle cause matrimoniali dopo la sentenza Lopez*, in G. VENTURINI – S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 865 – 878.

M. REVILLARD, *Pratique de droit international privé de la famille en Italie et en France: perspectives de communautarisation*, in G. VENTURINI – S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 849 – 864.

G. ROMEO, *Il difetto di giurisdizione nelle sentenze straniere di divorzio*, in *Lo stato civile italiano*, 2011, pp. 15-18.

M.E. RUGGIANO, *Dal regolamento (CE) n. 1347/2000 al regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Diritto di Famiglia e delle persone*, 2005, pp. 739-744.

F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84.

S. TONOLO, *Il libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, pp. 767-773.

A. ZANOBETTI, *Campo di applicazione del regolamento (CE) 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Osservatorio di diritto internazionale, diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Famiglia e diritto*, 2008, fasc. 4 , pp. 403-404.

2.3. Convenzioni internazionali

A. MALATESTA, *La convenzione e il protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 829-848.

A. BORRAS, *Reservations, Declarations and Specifications: Their Function in the Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, in G. VENTURINI – S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 125 – 140.

3. TUTELA DEL MINORE, RESPONSABILITÀ GENITORIALE E DIRITTO DI VISITA

3.1. Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio (testo del regolamento)

B. ANCEL, H. MUIR WATT, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: Le Règlement de Bruxelles II bis*, in *Revue critique du droit international privé*, 2005, pp. 569- 605.

B. ANCEL, H. MUIR-WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II'*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 403-457.

F. ASTIGGIANO, *La separazione dei coniugi nel sistema del diritto internazionale privato*, in *Famiglia e diritto*, 2011, pp. 990-998. Nota a sentenza della Cassazione civile, sez. I, 21 marzo 2011 n.6319 e 4 aprile 2011 n. 7599.

R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in *Giustizia civile*, 2002, pp. 455- 469.

M.C. BARUFFI, *La cittadinanza dell'Unione e i diritti dei minori nello spazio giuridico europeo*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, CEDAM, 2010, pp. 69-109.

M.C. BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008, pp. 257 – 281.

M.C. BARUFFI, *I comportamenti ostativi dell'affidatario ledono l'altro genitore*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 8, pp. 46-47.

G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia della decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, pp. 991-1035.

P. BIAVATI (commento di), *Una recente applicazione del procedimento pregiudiziale europeo d'urgenza in materia di trasferimento illecito di minore*, in *Famiglia e diritto*, 2010, n. 5, pp. 444-448. Nota a sentenza della Corte di giustizia del 23 dicembre 2009, causa C-403/09. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:063:0016:0016:IT:PDF>

E. BOTTI, *Prime precisazioni sull'ambito di applicazione del regolamento n. 2201/2003/CE in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Giustizia Civile*, 2008, pp. 2340-2345. Nota a sentenza della Corte di Giustizia del 27 novembre 2007, causa C-435/06 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0435:IT:HTML>

C. BRIERE (note), *Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003*, in *Revue critique de droit international privé*, 2010, n. 1, pp. 184-199.

G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Sul regolamento CE (2201/2003) relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Il giusto processo civile*, 2008, n. 1, pp. 269- 299.

M. CASTELLANETA (commento di), *La competenza per le domande sulla responsabilità genitoriale segue la residenza dell'interessato*, in *Guida al diritto*, 2009, n.18, pp. 92-94. Nota a sentenza della Corte di Giustizia del 2 aprile 2009, causa C-523/07. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0523:IT:HTML>

M. CASTELLANETA (commento di), *L'atto è possibile se lo Stato di esecuzione si è espresso contro il ritorno del bambino*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 31, pp. 121-122. Nota a sentenza della Corte di Giustizia dell'11 luglio 2008, causa C-195/08. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0195:IT:HTML>

R. CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di podestà parentale*, in *Famiglia e diritto*, 2004, pp. 291-304.

G. DE MARZO (commento di), *Corte di Giustizia dell'Unione europea; sezione III, sentenza 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU*, in *Il Foro italiano*, 2010, p. IV-134-135.

A. DI LIETO, *Il Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, pp. 117-137.

G. DOSI, *Minori, via alla tutela targata Ue*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, n. 11, pp. 10-11, 130.

R. ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de "Bruselas II-bis": entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, pp. 735-782.

E. FALLETTI, *Osservatorio di diritto internazionale privato e processuale*, in *Famiglia e diritto*, n.5, 2011, p. 511.

Contiene: -*La decisione della Corte di Giustizia in materia di provvedimenti provvisori sull'affidamento dei figli minori*, pp.512 – 513. Nota a sentenza della Corte del 15 luglio 2010, causa C-265/08, Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009J0256:IT:HTML>

F.R. FANTETTI (commento di), *Il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni tra*

stati membri e l'interesse superiore del minore, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2010, pp. 97- 107. Nota a sentenza della Corte di giustizia CE del 23 dicembre 2009, C-403/09. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009J0403:IT:HTML>
O. FERACI, *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2011, pp. 107 - 134.

19

O. FITTIPALDI, *Regolamento CE 2201/2003 ed esecuzioni delle decisioni di modifica dell'affidamento del minore trasferito all'estero: tuttora si rende necessario l'exequatur del giudice straniero*, in *Famiglia e diritto*, 2007, pp. 698-705.

E. GALANT (note de), *Règlement (CE) n° 2201/2003. – Champ d'application matériel - Notion de «matières civiles» – Décision relative à la prise en charge et au placement d'enfant en dehors du foyer familial. - Résidence habituelle de l'enfant – Mesures conservatoires – Compétence – Cour de justice des Communautés européennes, 2 avril 2009*, in *Revue critique de droit international privé*, 2009, pp. 791-813.

A. GOUTTENOIRE, *Les droits de l'enfant devant la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Revue des Affaires Européennes*, n. 3, 2009 - 2010, pp. 619 - 626.

Nota a sentenza della Corte del 23 dicembre 2009, causa C-403/09.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009J0403:IT:HTML>

M. GOZZI, *Regolamento 2201/2003 e protezione dei minori: nuovi chiarimenti della Corte di giustizia CE in tema di ripartizione della competenza e di tutela cautelare*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, pp. 477-486.

G. GRASSO (commento di), *Corte di Giustizia dell'Unione europea; sezione III, sentenza 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU*, in *Il Foro italiano*, 2010, p. IV-132-134.

G. GRASSO, *Provvedimenti provvisori cautelari in tema di responsabilità genitoriale: le indicazioni della Corte di giustizia sul regolamento Bruxelles II bis*, in *Famiglia e diritto*, 2010, pp. 992-998. Nota a sentenza della Corte di giustizia del 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:063:0016:0016:IT:PDF>

C. HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II: la nozione di residenza abituale del minore (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, n.1, 2012, pp. 24-34.

C. HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II: la nozione di residenza abituale del minore*, in *Studium Iuris*, 2012, pp. 162-171.

L. IDOT, *Droit international privé de l'Union*, in *Europe*, marzo, 2011, pp. 26 - 27.

Contiene :

- *Compétence en cas de déplacement d'enfant et résidence habituelle*, p. 26. Nota a sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010J0497:IT:HTML>

- *Exécution d'un certificat ordonnant le retour de l'enfant*, pp. 26 - 27. Nota a sentenza della Corte del 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010J0491:IT:HTML>

L. IDOT, *Droit international privé de l'Union*, in *Europe*, genn. 2011, pp 35 - 36. Nota a sentenza della Corte del 9 novembre 2010, causa C-296/10, Bianca Purrucker. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010J0296:IT:HTML>

L. IDOT, *Conflits de juridictions et enlèvement d'enfant*, in *Europe*, 2010, n. 57, p.42. L. IDOT, *Règlement «Bruxelles II bis». Déplacement illicite d'enfant et compétence de la juridiction*

d'origine, in *Europe*, 2010, n.10, pp. 41-42. 20

Nota a sentenza della Corte di giustizia del 1 luglio 2010, causa C-211/10 PPU.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010J0211:IT:HTML>

L. IDOT, *Reglément «Bruxelles II bis»: Déplacement illicite d'enfant et reconnaissance d'une décision de mesures provisoires*, in *Europe*, 2010, n.10, pp. 42-43.
 Nota a sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2010, C-256/09.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:246:0010:0011:IT:PDF>

L. IDOT, *Règlement illicite d'enfant et droit de garde*, in *Europe*, dic. 2010, pp. 42-43. Nota a sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010J0400:IT:HTML>

L. IDOT (note de), *Règlement «Bruxelles II bis». Conflits de juridictions et enlèvement d'enfant*, in *Europe*, 2010, n.1, p. 42.
 Nota a sentenza della Corte di giustizia del 23 dicembre 2009, causa C-403/09.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:063:0016:0016:IT:PDF>

L. IDOT, *Mesures urgentes de protection de l'enfance et application du règlement*, in *Europe*, 2009, n. 265, p.44.

L. IDOT, *Champ d'application du règlement et mesures de protection de l'enfance*, in *Europe*, 2008, n. 28, pp.27-28.

L. IDOT, *Conflits de juridictions et enlèvement d'enfant*, in *Europe*, 2008, n. 351, p.40 M. IUS, *I limiti imposti dall'ordinamento comunitario a provvedimenti cautelari in caso di sottrazioni di minori*, in *Lo Stato Civile Italiano*, 2010, n. 3, pp. 15-19.

M. IUS, *Il provvedimento cautelare per l'affidamento dei figli ottenuto da un genitore in un Paese dell'Unione Europea non può essere riconosciuto in un altro Paese membro*, in *Lo stato civile italiano*, 2010, n. 10, pp. 25-29. Nota alla sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2010, causa C-256/09. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009J0256:IT:HTML>

A. JANNARELLI E N. SCANNICCHIO, *Recentissime dalle Corti europee*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, pp. 266 - 276.
 Contiene: - *Opposizione a una decisione certificata di ritorno del minore nello Stato d'origine*, pp.273 274. Nota a sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010J0491:IT:HTML>

- *Nozione di "residenza abituale" del neonato*, p. 274. Nota a sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010J0497:IT:HTML>

R. LAMONT, *Case C-523/07, A, Judgment of the Court (Third Chamber) of 2 April 2009*, , in *Common Market Law Review*, 2010, pp.235-244

A. LIUZZI, *Diritto di visita del minore e poteri di sorveglianza del giudice tutelare*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2011, pp. 720 - 725. Nota a Tribunale minorenni di Milano, decr. 5 febbraio 2010 – Pres. Villa – Est. Mastrangelo.

I. LOMBARDINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il Regolamento comunitario n. 2201 del 2003 (Prima parte) e (Seconda Parte)*, in *Studium iuris*, 2005, pp. 555-566; pp. 723-731.

J. LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Famiglia*, 2006, pp. 1127-1167.

A. MAGRI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di potestà dei genitori: una proposta di regolamento CE*, in *Europa e diritto privato*, 2002, pp. 605-617.

E. M. MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 339-370.

S. MARINO, *Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della Corte di giustizia CE*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, pp.467-476.

H. MUIR WATT (nota di), *Règlement (CE) n 2201/2003. Responsabilité parentale [...]*, in *Revue critique de droit International privé*, 2012, pp.172-189. Nota sentenza della Corte del 22 décembre 2010, causa C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga contro Simon Pelz.<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0491:IT:HTML>

J. PIRRUNG, *Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes bei internationalem Wanderleben und Voraussetzungen für die Zulässigkeit einstweiliger Maßnahmen in Sorgerechtsachen nach der EuEheVO*, in *IPRax*, 2011, pp.50-55.

Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation

http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/doc/parental_resp_ec_vdm_en.pdf
(full text on-line)

M. REVILLARD, *Pratique de droit international privé de la famille en Italie et en France: perspectives de communautarisation*, in G. VENTURINI – S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 849 – 864.

M.E. RUGGIANO, *Dal regolamento (CE) n. 1347/2000 al regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Diritto di Famiglia e delle persone*, 2005, pp. 739-744.

F. TEDIOLI, *Reg. Ce 2201/2203 ed esecuzione delle decisioni in tema di affidamento dei minori*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, n. 11, pp. 888-899.

F. UCCELLA, *L'affidamento condiviso: normativa interna e il suo rapporto con le discipline straniere e con il Regolamento CE n. 2201/2003*, in *Vita notarile*, 2009, n.1, pp. 87-114.

Regolamento

F. UCCELLA, *La competenza internazionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di famiglia e di responsabilità parentale: regime comune nell'ambito dell'Unione europea*, in *Vita notarile*, 2006, pp. 1261-1286.

A. ZANOBETTI, *Campo di applicazione del regolamento (CE) 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Osservatorio di diritto internazionale, diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Famiglia e diritto*, 2008, fasc. 4 , pp. 403-404.

3.2. Convenzioni internazionali e strumenti di diritto dell'UE (escluso il Reg. (CE) 2201/2003)

M.C. BARUFFI, *Gerarchia tra il Reg. 1347/2000 e la Conv. Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento dei provvedimenti di affidamento e relativi al diritto di visita* (Nota a sent. Court of appeal, 11 novembre 2003), in *Int'l Lis*, 2005, pp. 121-124.

E. BELLISARIO, *"Parental responsibilities": i lavori della Commission on European Family law*, in *Minori giustizia*, 2/2007, pp. 61-76.

P. BIAVATI, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, pp. 1241-1259.

A. CECCHERINI, *La legge 15 gennaio 1994, n. 64 e le convenzioni internazionali in materia minorile*, in *Famiglia e diritto*, 2004, pp. 131-134.

D. DE MEO, *La tutela giuridica del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, pp. 461-477.

C. DI GIACOMO, *La tutela del minore in sede di audizione testimoniale e le prospettive di attuazione della decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI*, in *Cassazione penale*, n. 2, 2011, pp. 739 – 760.

M.R. DONNARUMMA, *La Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la normativa di adattamento nell'ordinamento italiano*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1982, pp.

175- 185.

E. FALLETTI, *Osservatorio di diritto internazionale privato e processuale*, in *Famiglia e diritto*, n.5, 2011, p. 511.

Contiene: *-Adozione internazionale e preminente interesse del minore*, p. 514.

Proposta di risoluzione comune sull'adozione internazionale dell'Unione europea del 18 gennaio 2011. [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+MOTION+P7-RC-2011-0029+0+DOC+PDF+V0//IT)

[pubRef=-//EP//NONSGML+MOTION+P7- RC-2011-0029+0+DOC+PDF+V0//IT](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+MOTION+P7-RC-2011-0029+0+DOC+PDF+V0//IT)

G. GIOFFREDI, *Il ruolo della Dichiarazione universale nella protezione dell'infanzia: traguardo o premessa della tutela dei diritti del fanciullo?*, in S. DE BELLIS (a cura di), *Studi sui diritti umani*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 35 - 64.

A. LIUZZI, *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, in *Famiglia e diritto*, 2001, pp. 675-684.

O. PORCHIA, *Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp.79-99.

A. RIETI, *Il programma dell'Unione europea per i diritti dei minori*, in *Sud in Europa*, magg. 2011, pp. 21 – 23.

4. SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI

F. ASTIGGIANO, *La separazione dei coniugi nel sistema del diritto internazionale privato*, in *Famiglia e diritto*, 2011, pp. 990-998. Nota a sentenza della Cassazione civile, sez. I, 21 marzo 2011 n.6319 e 4 aprile 2011 n. 7599.

M.C. BARUFFI, *Discrezionalità del giudice e rimpatrio del minore in caso di legal kidnapping*, in *Int'l Lis*, 2005, pp. 82-86.

P. R. BEAUMONT, *The Art. 8 Jurisprudence of European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in relation to Delays in Enforcing the Return of a Child*, in G. VENTURINI – S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 75 – 94.

A. BUCHER, *Réforme en matière d'enlèvement d'enfants: la loi suisse*, in G. VENTURINI – S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 181 – 197.

L. CARPANETO, *Reciproca fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2011, pp. 361 - 376.

M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori: in margine al caso Neulinger*, in L. PANELLA – E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì. Diritto internazionale*, vol.1, 2011, pp.229 – 237. Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 6 luglio 2010, ricorso n. 41615/07, Neulinger e Shuruk c. Svizzera.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

W. DUNCAN, *The Maintenance of a Hague Convention. Adapting to Change. A discussion of Techniques to Ensure that a Convention Remains "Fit for Purpose"*, in G. VENTURINI – S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 291 – 308.

M. FALCONE, *Sottrazione di minori La Corte interpreta il regolamento su esecuzione e riconoscimento delle decisioni in materia familiare*, in *Sud in Europa*, dic. 2008, pp. 13-14.

M. JAMETTI GRENIER, *La protection des enfants dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants. Les solutions de La Haye*, in G. VENTURINI – S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 489 – 503.

R. LAMONT, *Mainstreaming Gender into European Family Law? The Case of International*

Child Abduction and Brussels II Revised, in *European law Journal*, vol. 17, n. 3, mag. 2011, pp. 366-384 <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0386.2011.00555.x/pdf> (full-text accessibile dalla rete di Ateneo)

M. MARCHEGIANI, *Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.4, 2011, pp. 987 – 1010.

S. 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 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.1, 2011, pp. 81 - 100.

F. UCCELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 come possibile risposta al "sequestro" dei minori sottratti ad uno dei genitori*, in *Vita notarile*, 2012, pp. 19-51.

