

## LE FAMIGLIE TRANSNAZIONALI NELL'UNIONE EUROPEA

di DAVIDE PIAZZONI<sup>1</sup>

*«Sono francese, spagnolo, inglese, danese. Non sono uno, ma una moltitudine. Sono come l'Europa. Sono tutto questo. Sono il caos» (Xavier, L'Auberge espagnole, regia di C. Klapisch, Francia-Spagna, 2002).*

**SOMMARIO:** 1. La crescente europeizzazione delle famiglie. – 2. Il mosaico dei Regolamenti di diritto internazionale privato e processuale. – 3. Ambito oggettivo di applicazione dei Regolamenti: le materie escluse. – 4. Ambito geografico di applicazione dei Regolamenti. – 5. La tendenza europea verso la valorizzazione dell'autonomia delle parti.

### 1. LA CRESCENTE EUROPEIZZAZIONE DELLE FAMIGLIE

Bastiaan e Meike sono due cittadini olandesi, di Amsterdam e di Rotterdam. Durante la loro vita universitaria hanno aderito al programma ERASMUS, studiando a Milano l'uno filologia romanza, l'altra economia. Conosciutisi in Italia, hanno intrapreso una relazione che è poi divenuta una convivenza. Per motivi di lavoro, si sono entrambi trasferiti a Bruxelles nel 2011; nel 2012 nasce loro figlia, Kristine; nel settembre 2016 si sposano a Rotterdam, optando per il regime di comunione legale dei beni, per poi continuare la loro vita familiare a Bruxelles. Il 31.12.2017 Bastiaan vince un concorso universitario in Polonia, e si trasferisce a Varsavia, dove i coniugi acquistano una casa; pochi mesi dopo, Meike viene nominata Amministratore delegato di società francese, e il 30.03.2018 si trasferisce a Parigi con Kristine, in casa acquistata sempre da entrambi i coniugi. Dopo un lungo periodo di incontri sporadici ora in Francia, ora in Polonia, nel maggio 2019 i due comprendono che la loro unione matrimoniale è finita. Vogliono quindi capire come gestire al meglio questa delicata fase, anche considerate le esigenze della figlia che oramai ha 7 anni.

Le prime domande che si pongono Bastiaan e Meike sono dove separarsi o divorziare e secondo quale legge; come gestire la figlia; come gestire gli immobili che hanno acquistato durante il matrimonio.

Questa ipotesi, elaborata ai fini del presente scritto, è non solo verosimile e attuale, ma anche destinata a verificarsi con sempre maggiore frequenza.

---

<sup>1</sup> Avvocato del Foro di Roma, corresponsabile rapporti internazionali CAMMINO (Camera Nazionale Avvocati per la persona, le relazioni familiari e i minorenni).

Stando alle statistiche europee, infatti, il programma ERASMUS permette ogni anno a circa 300.000 studenti europei, russi e turchi di spostarsi all'interno del territorio dell'Unione per approfondire i loro studi<sup>2</sup>.

Il movimento continua successivamente: circa il 10,8% dei residenti nell'Unione Europea nel 2013 è nato in uno Stato diverso da quello di residenza<sup>3</sup>. Inoltre, e in termini assoluti: il 1° gennaio 2018 vivevano in Unione Europea 22.3 milioni di cittadini di Stati terzi<sup>4</sup>.

Il movimento delle persone crea relazioni personali: nel 2015 in Unione Europea 4,5 matrimoni ogni 10.000,00 sono stati "misti" (e cioè: uno dei due coniugi non era cittadino dello Stato in cui il matrimonio è stato celebrato); non si hanno ad oggi statistiche europee circa il numero dei matrimoni tra cittadini di Stati diversi rispetto a quello della celebrazione (ad esempio: un francese ed una tedesca che si sposano in Irlanda); né delle unioni non matrimoniali che presentino simili caratteristiche di transnazionalità (anche se la tendenza verso la degiuridificazione delle unioni familiari è stato rilevato a livello UE<sup>5</sup>).

Le domande di persone come Bastiaan e Meike sono domande di cittadini europei, che sono stati cresciuti nella dimensione UE, nella prospettiva della libera circolazione e della tutela dei diritti fondamentali della persona indicati dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione EDU. E che si aspettano che l'Unione Europea, prima degli Stati Membri, dia una risposta univoca alle loro domande di giustizia, pur nella consapevolezza delle differenze tra le diverse culture giuridiche e sociali.

## 2. IL MOSAICO DEI REGOLAMENTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE

In questo sempre più frequente proliferare di relazioni familiari "europee" (ma anche transnazionali di cui qui non ci si occupa), l'Unione Europea con una serie di Regolamenti ha scelto di indicare i

---

<sup>2</sup> Secondo le statistiche pubblicate dalla Commissione Europea (Cfr. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/49350560-0d56-11e8-966a-01aa75ed71a1/language-en>) nell'a.a. 2015-2016, 303.880 studenti universitari hanno partecipato al progetto in tutta l'Unione europea e negli Stati terzi che comunque aderiscono come *partner* al programma, su un totale di 12.000.500 studenti universitari (Fonte: Eurostat: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Number\\_of\\_tertiary\\_education\\_students\\_by\\_level\\_and\\_sex,\\_2016\\_\(thousands\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Number_of_tertiary_education_students_by_level_and_sex,_2016_(thousands).png)). Si tratta di circa il 2,5% dell'intera popolazione universitaria europea, turca e russa che nel solo 2015-2016, si è mosso per studiare altrove, rispetto al proprio Stato di provenienza.

<sup>3</sup> Fonte: *People in the EU: who are we and how do we live?*, Eurostat 2015, consultabile al seguente URL: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/7089681/KS-04-15-567-EN-N.pdf>.

<sup>4</sup> Fonte: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration\\_and\\_migrant\\_population\\_statistics#Migrant\\_population:\\_22.3\\_million\\_non-EU\\_citizens\\_living\\_in\\_the\\_EU\\_on\\_1\\_January\\_2018](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics#Migrant_population:_22.3_million_non-EU_citizens_living_in_the_EU_on_1_January_2018).

<sup>5</sup> Cfr. i rilievi eseguiti da ultimo nel 2011, in attesa del prossimo censimento paneuropeo del 2021:

1. [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/c/cb/Family\\_nuclei%2C\\_national\\_averages\\_and\\_capital\\_regions%2C\\_2011\\_%28%25\\_share\\_of\\_all\\_family\\_nuclei%29\\_PITEU17.png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/c/cb/Family_nuclei%2C_national_averages_and_capital_regions%2C_2011_%28%25_share_of_all_family_nuclei%29_PITEU17.png) considera le relazioni tra le parti adulte della famiglia;
2. [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=People\\_in\\_the\\_EU\\_-\\_statistics\\_on\\_household\\_and\\_family\\_structures#Raising\\_children](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=People_in_the_EU_-_statistics_on_household_and_family_structures#Raising_children): il dato statistico compara tutte le strutture familiari con figli: matrimonio, unioni registrate, unioni di fatto.

criteri per determinare la giurisdizione competente (“competenza”, nel linguaggio europeo) e il diritto che questa applica, internamente all’Unione europea.

Ne risulta un mosaico composito di Regolamenti (l’ultimo dei quali, il Regolamento 2019/1111/UE, si applicherà in sostituzione del Reg. 2003/2201/CE a partire dal’1.08.2022). Il quadro appare così regolato:

1) Relazioni matrimoniali:

a) Status di coniugi:

- i) competenza e circolazione delle decisioni (riconoscimento ed esecuzione) sullo *status* di coniugi (separazione, divorzio e annullamento del matrimonio): Regolamento 2003/2201/CE<sup>6</sup>; dall’1.08.2022 si applicherà il Regolamento 2019/1111/UE<sup>7</sup>;
- ii) legge applicabile a separazione personale e divorzio: Regolamento 2010/1259/UE<sup>8</sup>.

b) Rapporti patrimoniali tra i coniugi:

- i) Competenza e circolazione delle decisioni (riconoscimento ed esecuzione) in materia di obblighi alimentari (assegno di mantenimento in sede di separazione; assegno divorzile; assegno perequativo in caso di invalidità del matrimonio): Regolamento 2009/4/UE<sup>9</sup>;
- ii) legge applicabile in materia di obblighi alimentari: Protocollo dell’Aja del 23.11.2007, in forza del rinvio da parte dell’art. 15, Reg. 2009/4/UE;
- iii) competenza, legge applicabile e circolazione delle decisioni (riconoscimento ed esecuzione) in materia di regime patrimoniale scelto dai coniugi (comunione legale tra i coniugi; separazione legale dei beni; etc.): Regolamento 2016/1103/UE<sup>10</sup>;

2) Relazioni non matrimoniali: sono regolate le sole questioni inerenti competenza, legge applicabile e circolazione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, con il Regolamento 2016/1104/UE<sup>11</sup>;

3) Responsabilità genitoriale:

- a) competenza e circolazione delle decisioni (riconoscimento ed esecuzione) in materia di responsabilità genitoriale, esclusi gli obblighi di mantenimento (c.d. obblighi alimentari, nel gergo europeo), e c.d. sottrazione internazionale dei figli minorenni: Regolamento 2003/2201/CE; dall’1.08.2022 si applicherà il Regolamento 2019/1111/UE;

<sup>6</sup> Consultabile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=IT>

<sup>7</sup> Consultabile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1111&from=ES>

<sup>8</sup> Consultabile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1259&from=it>

<sup>9</sup> Consultabile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0004&from=IT>

<sup>10</sup> Consultabile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103&from=IT>

<sup>11</sup> Consultabile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1104&from=IT>

- b) competenza, legge applicabile e circolazione delle decisioni (riconoscimento ed esecuzione) in materia di obblighi alimentari derivanti da rapporti di famiglia: Regolamento 2009/4/UE<sup>12</sup>.

### 3. AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEI REGOLAMENTI: LE MATERIE ESCLUSE

I Regolamenti si applicano esclusivamente alle materie ivi contemplate, senza possibilità di estensione e l'ambito oggettivo di applicazione è individuato sin dai primi articoli.

Le lacune più vistose riguardano la filiazione<sup>13</sup>.

Non esiste ad oggi un Regolamento europeo che individui la legge applicabile agli aspetti relazionali della responsabilità genitoriale (modalità di affidamento, poteri del genitore o dei genitori affidatari; collocamento del minore; diritto di visita). Il Reg. 2003/2201/CE si occupa esclusivamente della competenza e della circolazione delle decisioni, nonché degli aspetti patologici relativi alla sottrazione internazionale dei figli minorenni; la stessa impostazione è recepita nel Reg. 2019/1111/UE. Il Reg. 2009/4/UE stabilisce regole di competenza, legge applicabile e circolazione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari; il Reg. 2010/1259/UE esclude espressamente la responsabilità genitoriale dal proprio ambito applicativo; gli altri Regolamenti sopra menzionati hanno altro oggetto (rapporti patrimoniali e successioni). Per la determinazione della legge applicabile è quindi necessario riferirsi alla Convenzione dell'Aja del 19.10.1996<sup>14</sup> (ratificata dall'Italia con l. 101/2015), il cui art. 15 rinvia al diritto (materiale: art. 21) del foro, salvo che la legge di un altro Stato presenti un legame stretto con la situazione concreta<sup>15</sup>.

Ancora più vistosa è la lacuna relativa alla determinazione o all'impugnazione del rapporto di filiazione: nessuno dei regolamenti se ne occupa, e l'argomento è espressamente escluso dall'ambito

---

<sup>12</sup> Consultabile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0004&from=IT>

<sup>13</sup> Meno appariscente, ma comunque importante, è la lacuna relativa alla determinazione della legge applicabile in tema di annullamento del matrimonio. Il Reg. 2003/2201/CE e, dall'1.08.2022, il Reg. 2019/1111/UE stabiliscono le regole di competenza anche in materia di invalidità matrimoniale. Il Reg. 2010/1259/UE, che individua la legge applicabile in caso di separazione o divorzio, esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione l'annullamento del matrimonio (art. 1, §2, lett. c).

Con riferimento al diritto al nome in caso di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio: la materia è espressamente esclusa dall'ambito applicativo dal Reg. 2010/1259/UE (art. 1, § 2, lett. d), demandando il tutto ai singoli ordinamenti interni.

<sup>14</sup> Di cui possono essere parte solo gli Stati sovrani e non l'Unione Europea, come rilevato dal Consiglio dell'allora Comunità Europea che autorizzò gli Stati membri che non l'avessero già fatto a ratificare la Convenzione, nell'interesse della Comunità stessa. Cfr. da ultimo la decisione del Consiglio del 5.06.2008, n. 2008/431/CE, consultabile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32008D0431>.

<sup>15</sup> Ai sensi dell'art. 15 della Convenzione: «1. Nell'esercizio della competenza loro attribuita dalle disposizioni del capitolo II, le autorità degli Stati contraenti applicano la propria legge.

2. Tuttavia, nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda, esse possono eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato col quale la situazione presenti uno stretto legame.

3. In caso di trasferimento della residenza abituale del minore in un altro Stato contraente, a partire dal momento in cui è sopravvenuto il cambio è la legge di quest'altro Stato che regola le condizioni di applicazione delle misure adottate nello Stato di precedente abituale residenza».

applicativo della Convenzione dell’Aja del 1996. Il tema è rimesso esclusivamente al diritto interno (anche internazionale privato) degli Stati membri. Si pensi ai figli di genitori dello stesso sesso: riconosciuti come figli di entrambi in alcuni ordinamenti, ma non in altri. O alla questione relativa alla filiazione per maternità surrogata o gestazione per altri. Argomenti tutti toccati anche di recente dalla Corte EDU (con il parere della Grande Camera in data 8 maggio 2019, reso ai sensi del Protocollo addizionale n. 16; e si ricorda che l’Unione Europea ha aderito alla Convenzione EDU), che non trovano risposta nell’ordinamento europeo e che sono disciplinati in maniera disomogenea dai singoli Stati membri. La conseguenza è la disparità di trattamento di identiche situazioni all’interno del territorio dell’UE, e quindi la limitazione della circolazione dei diritti, delle persone e degli *status* all’interno della stessa UE: risultato che si pone in aperta violazione dei Trattati.

#### 4. AMBITO GEOGRAFICO DI APPLICAZIONE DEI REGOLAMENTI

La frammentarietà dei regolamenti non riguarda solo il loro ambito oggettivo, ma anche la loro applicazione geografica.

##### IL SISTEMA DEI REGOLAMENTI TRA FRAMMENTARIETÀ E UNIVERSALITÀ

Nonostante le intenzioni, lo scopo di uniformità (quantomeno) delle norme europee di diritto internazionale privato appare frustrato: i Regolamenti non si applicano ugualmente nel territorio dell’UE, avendo alcuni di essi natura e funzione di attuazione di cooperazione rafforzata solo tra gli Stati che espressamente vi aderiscono, ed avendo alcuni Stati membri optato per la non applicazione di altri, in forza delle prerogative spettanti a tali Stati membri in ragione della loro adesione ai Trattati.

Il tutto come da seguente tabella:

	(Conv. Aja 19.10.1996)	Reg. 2003/2201	Prot. Aia 23.11.07	Reg. 2009/4	Reg. 2010/1259	Reg. 2016/1103	Reg. 2016/1104
<b>Austria</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Belgio</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Bulgaria</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Cipro</b>	(X)	X	X	X		X	X
<b>Croazia</b>	(X)	X	X	X		X	X
<b>Danimarca</b>	(X)						
<b>Estonia</b>	(X)	X	X	X			
<b>Finlandia</b>	(X)	X	X	X		X	X
<b>Francia</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Germania</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Grecia</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Irlanda</b>	(X)	X	X	X			
<b>Italia</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Lettonia</b>	(X)	X	X	X	X		

	(Conv. Aja 19.10.1996)	Reg. 2003/2201	Prot. Aia 23.11.07	Reg. 2009/4	Reg. 2010/1259	Reg. 2016/1103	Reg. 2016/1104
<b>Lituania</b>	(X)	X	X	X	X		
<b>Lussemburgo</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Malta</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Paesi Bassi</b>	(X)	X	X	X		X	X
<b>Polonia</b>	(X)	X	X	X			
<b>Portogallo</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Regno Unito</b>	(X)	X		X			
<b>Repubblica Ceca</b>	(X)	X	X	X		X	X
<b>Romania</b>	(X)	X	X	X	X		
<b>Slovacchia</b>	(X)	X	X	X			
<b>Slovenia</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Spagna</b>	(X)	X	X	X	X	X	X
<b>Svezia</b>	(X)	X	X	X		X	X
<b>Ungheria</b>	(X)	X	X	X	X		

Il quadro si complica perché alcuni regolamenti hanno applicazione c.d. universale: si applicano a prescindere dal fatto che i criteri di collegamento puntino verso la legge di uno Stato membro cui i Regolamenti non si applicano (universalità interna), o addirittura di uno Stato terzo (universalità esterna). Si vedano al proposito:

- per l'universalità "interna", l'art. 4 del Reg. 2010/1259/UE, l'art. 20 del Reg. 2016/1103/UE e l'art. 20 del Reg. 2016/1104/UE: «la legge designata dal presente regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro partecipante»;
- per l'universalità "esterna":
  - o l'art. 2 del Protocollo dell'Aja del 23.11.2007: «la legge designata dal presente protocollo si applica anche ove non sia quella di uno Stato contraente»;
  - o l'art. 20 della Convenzione dell'Aja del 1996: «le disposizioni del presente capitolo sono applicabili anche se la legge che esse designano è quella di uno Stato non contraente».

Ciò può portare – ed effettivamente porta – alla possibilità che uno Stato membro applichi la legge di un altro Stato membro che, ove però fosse investito della medesima controversia, potrebbe non utilizzare gli stessi criteri di collegamento e applicare, quindi, una legge diversa. Ad esempio: in Italia si applica il Reg. 2010/1259/UE nei confronti dei cittadini cechi; ma nella Repubblica Ceca lo stesso regolamento non viene applicato nei confronti dei cittadini italiani.

### LA RISPOSTA REGOLAMENTARE ALLE DOMANDE DI BASTIAAN E MEIKE

La risposta alle domande di Bastiaan e Meike è quindi composita e appare frustrare l'esigenza di univocità.

La competenza a decidere sulle questioni di *status* potrebbe essere alternativamente francese e polacca (art. 3, Reg. 2003/2201/CE; e poi, dall'1.08.2022: art. 3, Reg. 2019/1111/UE). Il giudice in Francia applicherà la legge olandese, *ex art.* 8 del Reg. 2010/1259/UE, ma il giudice polacco potrebbe ragionare diversamente in forza delle proprie disposizioni di diritto internazionale privato interne. Quanto all'assegno separativo o divorzile: ove la domanda fosse proposta contestualmente alla domanda di separazione o divorzio, sarebbe competente il giudice adito (art. 3, Reg. 2009/4/UE); sia in Francia sia in Polonia sarà applicata la legge belga (il Belgio è stato il luogo dell'ultima residenza comune tra i coniugi).

La competenza generale a decidere sulla responsabilità genitoriale sulla figlia minorenni Kristine spetta al giudice dello Stato membro in cui la figlia ha la residenza abituale (art. 8, Reg. 2003/2201/UE; e poi art. 7, Reg. 2019/1111/UE)<sup>16</sup>, a meno che la domanda relativa alla responsabilità genitoriale sia stata formulata nell'ambito del procedimento di separazione o di divorzio, nel qual caso sarebbe competente lo stesso giudice se, e solo se, la competenza sia stata accettata espressamente o comunque univocamente dai coniugi e sia conforme all'interesse superiore del minore (art. 12, Reg. 2003/2201/CE<sup>17</sup>). Il Tribunale così individuato applicherà le proprie norme interne (art. 15, Conv. Aja 1996) o quelle dello Stato in cui il minorenni risiede abitualmente (artt. 16 - 20, Conv. Aja 1996). Rispetto invece al contributo al mantenimento del figlio: il Reg. 2009/4/UE determina la competenza (art. 3), e rinvia quanto alla legge applicabile al Protocollo dell'Aja del 2007 (art. 15); il Protocollo dell'Aja indica alternativamente la legge dello Stato ove il creditore risiede abitualmente (art. 3) o la legge del foro, ove la legge della residenza abituale non permetta l'attribuzione dell'assegno (art. 5).

Veniamo ora allo scioglimento e alla divisione della comunione legale tra i coniugi, in ipotesi consistente in soli due beni immobili, uno in Francia e l'altro in Polonia. Il giudice francese potrebbe riconoscersi competente se, e solo se, il procedimento di separazione o di divorzio fosse instaurato in Francia, e entrambi i coniugi accettassero la giurisdizione francese (art. 5, Reg. 2016/1103/UE); altrimenti dovrà declinare la propria competenza in favore della Polonia (se il procedimento di separazione o divorzio fosse ivi instaurato, ed entrambi i coniugi aderissero alla competenza polacca; oppure se quello fosse il foro del convenuto) o in favore di Paesi Bassi (art. 8, Reg. 2016/1103/UE). I Paesi Bassi, ove aditi, applicherebbero anch'essi il Reg. 2016/1103/UE. La Polonia invece non lo

---

<sup>16</sup> Cfr. anche CGUE, ord. 16.01.2018, causa C-604/2017, che ha escluso che in virtù del Reg. 2003/2201/UE, e in caso di opposizione, la competenza a decidere in materia di responsabilità genitoriale possa spettare ai giudici della separazione o del divorzio (bulgari, nel caso di specie), se il figlio minorenni vive in altro Stato (in Francia, nel caso di specie).

<sup>17</sup> Si noti che nel Reg. 2019/1111/UE non si rinviene analoga disposizione.

applicherebbe, seguendo le regole per la determinazione della giurisdizione che le sono proprie. L'incertezza continua sulle regole di determinazione della legge applicabile: in Francia e nei Paesi Bassi si applicherebbe la legge belga, quale legge dello Stato della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio (art. 26, § 1, lett. a, Reg. 2016/1103/UE); in Polonia si applicherebbe la legge determinata dalle norme di diritto internazionale privato interne).

## **5. LA TENDENZA EUROPEA VERSO LA VALORIZZAZIONE DELL'AUTONOMIA DELLE PARTI**

Di fronte a questo mosaico, Bastiaan e Meike potrebbero cercare di gestire la loro lite individuando loro stesso sia il foro competente, sia il diritto applicabile ad ogni singola questione.

A differenza della l. n. 218/1995<sup>18</sup>, il diritto europeo lascia infatti ai cittadini uno spazio di autonomia per l'elezione del foro competente e la scelta della legge applicabile ai propri rapporti di famiglia. Prendendo inoltre atto del movimento di alcuni ordinamenti verso la degiurisdizionalizzazione del diritto di famiglia e il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie anche in questa materia, l'ordinamento europeo ha disciplinato la circolazione interna all'UE degli accordi stragiudiziali o paragiudiziali in ambito di separazione, divorzio e responsabilità genitoriale.

### **A. GLI ACCORDI DI SCELTA DEL FORO E DI OPZIONE PER LA LEGGE APPLICABILE RELATIVAMENTE ALLE QUESTIONI DI STATUS E ALLE OBBLIGAZIONI ALIMENTARI**

#### **Electio fori per separazione, divorzio e annullamento del matrimonio, e obbligazioni alimentari tra coniugi**

Bastiaan e Meike potrebbero anzitutto cercare di scegliere di fronte al giudice di quale Stato portare la lite riguardante il proprio vincolo coniugale. Scoprendo di non averne il potere. Il Reg. 2003/2201/UE (e, poi, il Reg. 2019/1111/UE) non permette alle parti adulte di stipulare dei patti di elezione del foro: i criteri di collegamento individuati dall'art. 3 sono rigidi e inderogabili. Il Reg.

---

<sup>18</sup> Gli artt. 26 - 40, l. n. 218/1995, determinano in modo inderogabile la giurisdizione e la legge applicabile ai rapporti tra i coniugi, ai rapporti di filiazione e ai rapporti di convivenza. Le uniche eccezioni sono costituite:

1. dall'art. 30 che, in materia di rapporti patrimoniali tra i coniugi, permette la scelta dello Stato di cui almeno uno dei coniugi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede; in difetto, si applica la legge che regola i rapporti personali ai sensi dell'art. 29 (legge nazionale comune tra i coniugi o, in difetto, legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata);
2. dall'art. 32-ter, comma 4, che, in materia di unioni civili, permette (a) alle parti, di convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali siano regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una delle parti è cittadina o risiede; (b) che ciascuna delle parti possa chiedere al giudice l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata.

Si noti che sia l'art. 30 sia l'art. 32-ter, comma 4, nella parte in cui disciplina l'*optio legis* relativa ai rapporti patrimoniali, sono in via di disapplicazione in ragione dell'entrata in vigore dei Regg. 2016/1103/UE e 2016/1104/UE, che si applicano universalmente.



2009/4/UE (obbligazioni alimentari) prevede invece espressamente l'accordo di *electio fori* (art. 4): esso deve essere espresso e avere forma scritta (ma si considera forma scritta «qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo»: art. 4, § 2); ed è limitata solo ad alcuni ordinamenti che si presume presentino un legame stretto con la controversia (art. 4, § 1), tra cui l'autorità giurisdizionale dello Stato innanzi al quale pende il procedimento di separazione o di divorzio (art. 4, § 1, lett. c, n. i).

### **Optio legis per separazione e divorzio**

Di contro, Bastiaan e Meike avrebbero maggiore spazio nella scelta della legge applicabile a separazione e divorzio: gli artt. 5 e ss. del Reg. 2010/1259/UE individuano quali leggi possano essere scelte come applicabili dai coniugi (art. 5, § 1)<sup>19</sup>, e determinano la forma dell'accordo<sup>20</sup> e il momento entro il quale esso deve essere concluso<sup>21</sup>. Quanto alla disciplina del consenso e della validità sostanziale dell'accordo, il Regolamento trova una soluzione di equilibrio tra il *favor validitatis* dell'accordo e il *favor libertatis* dei coniugi: l'art. 6 stabilisce che esistenza e validità dell'accordo siano determinate alla luce della legge dell'ordinamento che sarebbe applicabile se l'accordo fosse valido; ma anche che ciascun coniuge, al fine di dimostrare di non aver consentito alla scelta, possa riferirsi alla legge dello Stato in cui ha la residenza abituale al momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale (non di quello in cui la aveva al momento dell'accordo, quindi).

Tuttavia, un accordo in tal senso sarebbe valutato conformemente al Regolamento solo in Francia. Se invece la lite fosse portata all'attenzione del giudice polacco, l'accordo sarebbe valutato secondo il diritto internazionale privato polacco, e non secondo il Regolamento.

### **Optio legis per le obbligazioni alimentari tra coniugi**

Gli artt. 7-8 del Protocollo dell'Aja del 23.11.2007 (cui l'art. 15 del Reg. 2009/4/UE rinvia), permetterebbero a Bastiaan e Meike di designare in «qualsiasi momento» (art. 8) quale legge applicare

---

<sup>19</sup> Si tratta, segnatamente, della:

- «a) legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell'accordo; o
- b) legge dello Stato dell'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora al momento della conclusione dell'accordo; o
- c) legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo; o
- d) legge del foro».

<sup>20</sup> L'accordo deve essere redatto per iscritto, datato e firmato da entrambi i coniugi (art. 7, § 1), ma si applicano anche i requisiti di forma supplementare individuati dalla legge dello Stato membro in cui entrambi i coniugi hanno la residenza abituale nel momento dell'accordo (§ 2), ovvero degli Stati membri in cui ciascuno dei coniugi ha la propria residenza abituale (§ 3), o infine dello Stato membro in cui il coniuge ha la propria residenza abituale, se l'altro ha la propria residenza abituale all'estero (§ 4). Per l'Italia, appare prudenzialmente applicabile la forma dell'atto pubblico, sulla falsa riga dell'art. 162 c.c., considerando il patto di scelta per la legge applicabile una "convenzione matrimoniale" in quanto derogativa delle regole che sarebbero applicabili altrimenti *ex lege* ai rapporti (personali) tra i coniugi.

<sup>21</sup> L'accordo può essere concluso o modificato al più tardi fino al momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale (art. 5, § 2), salvo che il diritto processuale interno non permetta di designare la legge applicabile nel corso del procedimento (art. 5, § 3).

alle obbligazioni alimentari tra loro, all'interno di un numero chiuso di leggi che presentano un collegamento stretto con le parti o con la controversia<sup>22</sup>, tra cui la legge effettivamente applicata a separazione e divorzio o la legge designata o effettivamente applicata ai rapporti patrimoniali tra loro (creando così un coordinamento con gli altri Regolamenti). L'accordo deve essere redatto per iscritto o registrato su un supporto il cui contenuto sia accessibile per ulteriore consultazione, e deve essere firmato da entrambe le parti (art. 8, § 2). A differenza del Reg. 2010/1259/UE non sono richiesti ulteriori requisiti formali.

Quanto alla validità sostanziale: l'ordinamento europeo si preoccupa non solo dell'effettività e della libertà della scelta, ma anche del suo contenuto: «a meno che, al momento della designazione, le parti fossero pienamente informate e consapevoli delle conseguenze della loro designazione, la legge designata dalle parti non si applica qualora la sua applicazione determini conseguenze manifestamente inique o irragionevoli per una delle parti» (art. 8, § 5).

A *latere* dell'accordo di carattere generale, le parti potrebbero designare per un procedimento specifico la legge dello Stato innanzi al quale si celebra la lite (art. 7); se la designazione è anteriore all'instaurazione di quel procedimento, l'accordo deve essere redatto per iscritto e sottoscritto da entrambe le parti.

## **B. GLI ACCORDI DI SCELTA DEL FORO E DI OPZIONE PER LA LEGGE APPLICABILE RELATIVAMENTE AI FIGLI**

### **Responsabilità genitoriale: electio fori**

Mentre in materia di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio la competenza indicata in via regolamentare è inderogabile, sia il Reg. 2003/2201/CE sia il Reg. 2019/1111/UE prevedono una limitata possibilità di derogare al foro generale in materia di responsabilità genitoriale. I due testi divergono quanto agli strumenti con i quali le parti possono eleggere il foro.

Il Reg. 2003/2201/CE permette un'elezione del foro squisitamente processuale: le parti adulte possono derogare alla competenza generale prevista dall'art. 8 (Stato di residenza abituale del minore) se

- 1) accettano espressamente o con comportamento univoco la competenza del giudice della separazione o del divorzio o dell'annullamento del matrimonio anche in materia di responsabilità genitoriale (art. 12, § 1);

---

<sup>22</sup> Le parti possono designare una tra le seguenti leggi: «a) la legge dello Stato di cui una delle parti ha la cittadinanza al momento della designazione; b) la legge dello Stato di residenza abituale di una delle parti al momento della designazione; c) la legge designata dalle parti come applicabile al loro regime patrimoniale o quella effettivamente applicata al medesimo; d) la legge designata dalle parti come applicabile al loro divorzio o separazione personale o quella effettivamente applicata ai medesimi».

2) accettano espressamente o con comportamento univoco la competenza del giudice adito su altre questioni (si pensi alle obbligazioni alimentari) e se esso si trovi in uno Stato membro con cui il minore ha un legame sostanziale (art. 12, § 3);

il tutto previa verifica che la competenza così determinata sia conforme al superiore interesse del minore. L'equilibrio ricercato dall'ordinamento europeo appare volto ad evitare il c.d. *forum shopping*, da un lato; ma anche a cercare di unificare i procedimenti riguardanti lo stesso nucleo familiare, dall'altro.

Il Reg. 2019/1111/UE, che si applicherà dall'1.08.22, muta prospettiva. In forza dell'art. 10 (rubricato «*Scelta del foro*»), i genitori possono scegliere un ordinamento con cui il minore abbia un legame sostanziale (art. 10, § 1, lett. a)<sup>23</sup>, se ed in quanto l'esercizio del potere giurisdizionale in quell'ordinamento sia conforme al superiore interesse del minore, attraverso due strumenti:

1) uno endoprocessuale, che si discosta da quello già previsto dall'art. 12 del Reg. 2003/2201/CE perché: 1) il comportamento univoco non è sufficiente: è necessaria l'accettazione espressa della competenza; 2) l'autorità giurisdizionale si deve assicurare «che tutte le parti siano informate del loro diritto di non accettare la competenza» (su questa clausola, v. *infra*);

a) l'altro extraprocessuale: un atto redatto per iscritto, al più tardi fino al momento in cui l'autorità giurisdizionale viene adita, datato e firmato dalle parti o messo agli atti dell'autorità giurisdizionale.

In ogni caso il Regolamento richiede che aderiscano all'accordo anche le parti processuali successivamente coinvolte (si pensi, ad esempio, al curatore di un minore nominato in quanto sussista conflitto di interessi tra lo stesso e i genitori suoi rappresentanti legali). Ma in questo caso è necessaria l'espressa contestazione: in difetto l'«accordo è considerato implicito».

### **Responsabilità genitoriale: l'impossibilità dell'optio legis**

Di contro, la Convenzione dell'Aja del 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 101/2015, non permette alcuna scelta di legge: si applicheranno quindi le disposizioni (materiali) dei sistemi legislativi individuati dagli artt. 15 - 19, senza possibilità di deroga alcuna.

### **Obbligazioni alimentari relative ai figli: electio fori e optio legis**

L'art. 4 del Reg. 2009/4/UE permette alle parti dell'obbligazione alimentare di concordare il foro competente, salvo che si tratti di obbligazione alimentare in favore di un minore di anni diciotto<sup>24</sup>(art.

<sup>23</sup> Segnatamente, ed in modo esemplificativo ma non esaustivo: lo Stato in cui almeno un titolare della responsabilità genitoriale risiede abitualmente, se in tale Stato si trovava la precedente residenza del minore o se il minore è cittadino di quello Stato.

<sup>24</sup> Art. 4, § 3: «Il presente articolo non si applica nelle controversie concernenti un'obbligazione alimentare nei confronti di un minore di diciotto anni».

4, § 3). L'accordo di *electio fori* potrebbe avere pertanto ad oggetto solo l'obbligazione nei confronti di figli maggiorenni.

Il Protocollo dell'Aja del 23.11.2007, richiamato dall'art. 15 del Reg. 2009/4/UE, esclude espressamente che le obbligazioni alimentari in favore dei figli minorenni o maggiorenni ma incapaci di intendere e di volere possano essere oggetto di accordo sulla legge applicabile (art. 8, § 3)<sup>25</sup>, lasciando invece aperta la possibilità per ogni altra ipotesi.

Uno scollamento, quindi: con riferimento ai maggiori di anni diciotto che siano incapaci di intendere e di volere potrebbe essere concordato il foro competente, ma non la legge applicabile.

È necessaria un'ulteriore precisazione: il creditore dell'obbligazione alimentare è, per il diritto europeo, la persona nel cui interesse sostanziale e finale è disposto l'obbligo di pagamento, a prescindere da chi effettivamente percepisca l'importo. Insomma: il figlio, minorenne o maggiorenne che sia<sup>26</sup>.

Ciò implica che gli accordi di *electio fori* e di *optio legis* debbano essere stipulati tra genitori e figlio maggiorenne.

Ci si può chiedere se il figlio maggiorenne possa nominare un proprio rappresentante (ad esempio, in persona del genitore convivente) per la stipula dell'accordo di scelta della legge applicabile in suo nome, conto e interesse, e al fine di evitarne l'ingresso nella lite. Nel Protocollo non sembrano esservi indicazioni di segno contrario e, quindi, l'ipotesi sembra percorribile. Identica soluzione sembra poter essere predicata per l'accordo di elezione del foro competente.

Il figlio maggiorenne incapace di intendere e di volere astrattamente potrebbe stipulare un accordo di determinazione del foro competente (ma non di designazione della legge applicabile); tuttavia, proprio in ragione della sua particolare situazione di incapacità, non potrebbe farlo personalmente, bensì necessariamente a mezzo di proprio rappresentante, e secondo le regole che tutelano la protezione degli incapaci nel foro di riferimento.

Per il resto, l'accordo deve rispecchiare i medesimi criteri di forma e contenuto già esaminati *supra*.

## **C. GLI ACCORDI DI SCELTA DEL FORO E DI OPZIONE PER LA LEGGE APPLICABILE RELATIVAMENTE AI RAPPORTI PATRIMONIALI TRA CONIUGI**

### **C.1. L'*electio fori* in materia di rapporti patrimoniali**

Per i Reg. 2016/1103/UE (regime patrimoniale tra coniugi) e Reg. 2016/1104/UE (effetti patrimoniali delle unioni registrate) le parti possono convenire, espressamente e per iscritto, e soltanto

<sup>25</sup> Art. 8, § 3: «Il paragrafo 1 non si applica alle obbligazioni alimentari nei confronti di una persona di età inferiore a diciotto anni o di un adulto che, a causa di un'alterazione o di un'insufficienza delle facoltà personali, non è in grado di curare i suoi interessi».

<sup>26</sup> Cfr. sul punto anche CGUE, sent. 15.02.2017, causa C-499/15.

in alcuni casi (quelli previsti dall'art. 6), la competenza esclusiva a decidere sulle controversie relative ai rapporti patrimoniali tra coniugi o tra uniti, limitando però la scelta ad alcuni ordinamenti soltanto (gli stessi che possono essere oggetto di *optio legis*, creando così coincidenza tra foro e legge applicabile) (art. 7 di entrambi i Regolamenti). La competenza si consolida anche di fronte al giudice adito (e originariamente incompetente) se il convenuto compare e non eccepisce l'incompetenza (art. 8 di entrambi i Regolamenti).

Recependo le indicazioni della Corte di Giustizia, i Regolamenti chiariscono che «l'autorità giurisdizionale assicura che il convenuto sia informato del suo diritto di eccepire l'incompetenza e degli effetti della comparizione o della mancata comparizione».

**C.2. L'optio legis in materia di regime patrimoniale tra i coniugi (Reg. 2016/1103/UE) e di effetti patrimoniali delle unioni registrate (Reg. 2016/1104/UE)**

L'art. 22 del Reg. 2016/1103/UE permette ai coniugi o ai nubendi la designazione della legge applicabile al loro regime patrimoniale, purché la legge designata sia quella dello Stato della residenza abituale dei coniugi o dei nubendi al momento della conclusione dell'accordo, o quella di cui almeno uno dei coniugi o nubendi ha la cittadinanza al momento dell'accordo.

Una prima considerazione riguarda il momento in cui può essere concluso l'accordo. La disposizione menziona espressamente i «coniugi» e i «nubendi». In questo secondo caso, si tratta di vere e proprie pattuizioni prematrimoniali che, nel nostro ordinamento, sono invalide. La «finestra» di validità è quindi rappresentata dalla presenza di un elemento di transnazionalità, che permetta di applicare il Regolamento. Ci si può chiedere pertanto se sia valido il patto stipulato in Italia tra due italiani, prima del loro matrimonio, con il quale questi designano la legge tedesca, luogo in cui entrambi già vivono e in cui intendono stabilire la residenza abituale comune matrimoniale.

Oltre ai profili di validità sostanziale, si pone un problema di validità formale. Gli artt. 23 e 25 del Regolamento prevedono i requisiti di forma già visti *supra*: l'accordo deve essere redatto per iscritto, datato e firmato da entrambi i coniugi, ma si applicano comunque gli ulteriori requisiti di forma previsti dalla *lex loci* della residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell'accordo. Improvvisamente «scompare» la parola «nubendi»<sup>27</sup>.

Non si può ritenere che, non essendo espressamente menzionati i «nubendi», il loro accordo possa essere privo dei requisiti di forma: non appare sostenibile che un accordo prematrimoniale sulla legge applicabile privo di forma possa avere piena efficacia, tanto che per essere modificato successivamente al matrimonio sarebbe necessario un atto con forma scritta o con gli ulteriori più pesanti requisiti

---

<sup>27</sup> Stessa «scomparsa» anche nelle altre versioni linguistiche: nella versione inglese, «future spouses», contenuto nell'art. 22, non è ripetuto negli artt. 23 e 25; nella versione francese, non è ripetuto «futurs époux»; nella versione spagnola, non è ripetuto «futuros cónyuges»; in quella tedesca, non viene ripetuto «künftigen Ehegatten»; nella versione portoghese, non è ripetuto «futuros cônjuges»; nella versione greca, non è ripetuto «οι μέλλοντες σύζυγοι».

formali richiesti da un altro ordinamento. E questo anche perché nessuna altra *optio legis* è priva di forma, neanche in materia contrattuale.

Appare quindi più verosimile ritenere che il legislatore europeo abbia solo dimenticato di menzionare i «nubendi» nella disposizione relativa ai requisiti formali.

Disciplina identica a quella appena descritta per i rapporti patrimoniali tra coniugi è prevista negli artt. 22 e ss. del Reg. 2016/1104/UE in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate. Ed anche in questo caso si pone il problema della scomparsa del termine «futuri *partner*» nel passaggio dalla norma sostanziale, che regola il potere di scelta (art. 22), alle norme che regolano il consenso (art. 23) e la forma dell'accordo (art. 24).

Quanto infine alla libertà del consenso: gli artt. 24, § 2, di entrambi i regolamenti permettono ad uno dei due coniugi o *partner*, «al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, [di] riferirsi alla legge del paese in cui ha la residenza abituale nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, se dalle circostanze risulta che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del suo comportamento secondo la legge prevista nel paragrafo 1». La disposizione cerca di tutelare nel modo più ampio possibile la libertà del consenso, permettendo – in modo curioso – a ciascun coniuge di dimostrare il proprio dissenso anche fondandosi sulla legge dello Stato di residenza abituale non al momento dell'accordo, ma al momento in cui sorge la lite.

#### **LA TUTELA DELLA PIENA CONSAPEVOLEZZA DELLE PARTI IN MATERIA DI ELECTIO FORI**

Il legislatore europeo si preoccupa che la *electio fori* sia stata una scelta libera e consapevole, e che le parti siano coscienti delle conseguenze che ne derivano.

Per tale ragione gli artt. 8 del Reg. 2016/1103/UE e 2016/1104/UE richiedono che «l'autorità giurisdizionale assicura che il convenuto sia informato del suo diritto di eccepire l'incompetenza e degli effetti della comparizione o della mancata comparizione». E l'art. 10, §1, lett. b, n. del Reg. 2019/1111/UE impone che l'autorità giurisdizionale si assicuri «che tutte le parti siano informate del loro diritto di non accettare la competenza».

Il tenore letterale delle disposizioni<sup>28</sup> lascia però aperto il dubbio se si tratti di un'attività del giudice (e cioè: se il giudice debba formulare espressamente il quesito al convenuto, sincerandosi della sua

---

<sup>28</sup> Quanto all'art. 8 del Reg. 2016/1103/UE e del Reg. 2016/1104/UE, il testo in altre lingue non aiuta a sciogliere il dubbio, perché le formule linguistiche utilizzate soffrono della stessa ambiguità semantica. In inglese, la disposizione statuisce «the court shall ensure»; in francese, «la juridiction s'assure»; in spagnolo, «el órgano jurisdiccional se asegurará»; in tedesco: «stellt es sicher». Le versioni portoghese e greca sembrano richiedere un'attività di accertamento espresso del giudice: «o órgão jurisdiccional deve certificar-se» (portoghese), e «το δικαστήριο μεριμνά».

Stesso dubbio rimane relativamente all'art. 10 del Reg. 2019/1111/UE. Nella versione inglese, il testo sancisce: «the court has ensured that all the parties are informed of their right not to accept the jurisdiction»; in francese: «la juridiction s'est assurée que toutes les parties ont été informées de leur droit de ne pas accepter sa compétence»; in spagnolo: «el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la

risposta) o, invece, di un'informazione che il convenuto debba ricevere, eventualmente sotto forma di avvertimento in modo non dissimile da quanto previsto nell'art. 163, n. 7, del nostro codice di procedura civile.

Appare preferibile la seconda linea interpretativa, anche in forza del dato testuale (che impone un'attività esercitata anche nei confronti di un convenuto non ancora costituito né comparso): l'avvertimento dovrà essere contenuto nell'atto di citazione o nel provvedimento di fissazione di prima udienza; il giudice dovrà darne atto nel provvedimento che dichiara l'eventuale contumacia o che prende atto della costituzione del convenuto, e nel provvedimento finale; in difetto di avvertimento, ove rilevato dal giudice stesso, il primo atto andrà ripetuto; ove non rilevato o ove l'atto non fosse ripetuto, il procedimento potrà essere sanzionato con la nullità.

Infine, nel silenzio dei Regolamenti, ma considerata l'enfasi posta sulla necessità di una scelta libera e informata circa il foro competente, ci si può chiedere se il mancato rispetto di quest'attività di verifica possa valere come impedimento al riconoscimento del provvedimento emesso all'esito del procedimento, in quanto lesione del contraddittorio:

- ai sensi dell'art. 37, lett. a) e 38, Reg. 2016/1103/UE, sembra ostare a tale soluzione l'art. 39, che vieta il riesame della competenza e precisa che «il criterio dell'ordine pubblico di cui all'articolo 37 non si applica alle norme sulla competenza di cui agli articoli da 4 a 11». Tuttavia la disposizione sembra essere tesa alla determinazione sostanziale della competenza, e ad evitare che, usando il criterio dell'ordine pubblico, gli Stati di fatto scardinino lo scopo del Regolamento; invece che ad impedire il riconoscimento di una decisione emessa all'esito di un procedimento durante il quale non è stata eseguita un'attività processuale di accertamento a tutela del contraddittorio considerata doverosa dallo stesso Regolamento;
- ai sensi dell'art. 39, § 1, lett. a) o b) del Reg. 2019/1111/UE, la lettera delle disposizioni è meno chiara. Appare però coerente con lo spirito del Regolamento ritenere che la violazione di una disposizione del Regolamento, posta a presidio di un soggetto vulnerabile e del contraddittorio, impedisca la circolazione della decisione all'interno dell'Unione Europea.

---

competencia»; in portoghese: «tribunal tiver assegurado que todas as partes sejam informadas do seu direito de não aceitar a competência»; in greco: «το δικαστήριο έχει εξασφαλίσει ότι όλα τα μέρη έχουν ενημερωθεί για το δικαίωμα τους να μην αποδεχθούν την αρμοδιότητα του δικαστηρίου». La versione tedesca sembra propendere un po' di più per un'attività del giudice: «das Gericht dafür Sorge getragen hat, dass alle Parteien von ihrem Recht, die Zuständigkeit des Gerichts anzufechten, in Kenntnis gesetzt wurden».

#### **D. LA CIRCOLAZIONE DEGLI ACCORDI CONCLUSI AL DI FUORI DEL CIRCUITO GIURISDIZIONALE IN MATERIA DI SEPARAZIONE, DIVORZIO E RESPONSABILITÀ GENITORIALE**

L'ordinamento europeo ha preso atto della crescente degiurisdizionalizzazione dei rapporti di famiglia, tramite il ricorso anche a strumenti alternativi di composizione della lite che sfociano in accordi esterni all'autorità giudiziaria.

Una prima valorizzazione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie si rinviene nell'art. 25 del Reg. 2019/1111/UE, che espressamente impone in materia di responsabilità genitoriale di incoraggiarne l'uso «quanto prima possibile», «in qualsiasi fase del procedimento» e a meno che ciò non vada contro l'interesse superiore del minore.

Una seconda consacrazione riguarda invece la circolazione dei c.d. divorzi privati (più correttamente: accordi extra-giurisdizionali di separazione, divorzio, responsabilità genitoriale e relative modifiche).

In Italia il d.l. n. 132/2014, conv. con l. n. 162/2014, prevede non solo la negoziazione assistita dagli avvocati in materia di famiglia (che vede comunque l'intervento del Pubblico Ministero per il nulla osta o l'autorizzazione se ci sono figli minorenni o maggiorenni, non indipendenti economicamente o affetti da grave disabilità), ma anche la separazione o il divorzio innanzi all'Ufficiale di stato civile (che può essere accompagnato da accordo *a latere* che preveda la corresponsione di un assegno periodico)<sup>29</sup>: una separazione e un divorzio completamente esterni al sistema giudiziario. Allo stesso modo, in Francia, il *divorce par consentement mutuel* viene celebrato esclusivamente dagli avvocati e dal notaio, senza intervento dell'autorità giudiziaria. Si tratta, insomma, di accordi completamente esterni al sistema giudiziario.

La Corte di Giustizia aveva escluso che accordi di divorzio “privati” potessero rientrare nell'ambito applicativo dei Reg. 2010/1259/UE e Reg. 2003/2201/CE<sup>30</sup>. Il che aveva messo a serio rischio la circolazione degli *status* e dei diritti in ambito intra-europeo, a fronte dell'espansione di questa tipologia di divorzio (e di separazione per quel che riguarda il nostro Stato) sempre più frequente.

Il Reg. 2019/1111/UE interviene espressamente sul punto, introducendo disposizioni volte a garantire la circolazione intraeuropea di accordi redatti per atto pubblico e/o registrati, in materia di separazione, divorzio, responsabilità genitoriale e relative modifiche.

Il Regolamento non prevede una piena equiparazione tra tali accordi e i provvedimenti emessi dall'Autorità giudiziaria<sup>31</sup>; e prevede una distinzione tra pubblica autorità che procede alla

<sup>29</sup> Cfr. la Circolare del Ministero dell'Interno n. 6 del 24.04.2015, conseguente ai rilievi espressi dal Ministero della Giustizia con nota prot. 1116 del 31.03.2015. Cfr. Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 4478 del 26.10.2016.

<sup>30</sup> Corte Giust. UE, sez. I, sentenza 20 dicembre 2017 - causa C-372/16, Soha Sahyouni v. Raja Mamisch.

<sup>31</sup> All'art. 2 vengono definite da un lato le «decisioni» (art. 2, § 1), quali atti pronunciati dall'Autorità giurisdizionale; e dall'altro «atto pubblico» e «accordo» (art. 2, § 2, nn. 2 e 3).



pubblicazione dell'accordo<sup>32</sup> o alla sua registrazione<sup>33</sup>, e autorità giurisdizionale<sup>34</sup>. Il che pone problemi:

- di coordinamento tra i diversi procedimenti giudiziari e stragiudiziali: si pensi all'ipotesi in cui Bastiaan e Meike concordassero di gestire la fine della loro unione con *divorce par consentement mutuel* in Francia, ma Bastiaan, ritenendo il sistema polacco più confacente ai propri bisogni, anche alla luce dell'andamento delle trattative. La pendenza di un procedimento stragiudiziale in Francia non può considerarsi rilevante ai fini della litispendenza, atteso che l'art. 20, Reg. 2019/1111/UE disciplina esclusivamente le ipotesi di pendenza di procedimenti innanzi ad «autorità giurisdizionali di Stati membri diversi»;
- relativi alla disciplina di verifica della libertà del consenso in caso di *electio fori*: gli obblighi di verifica gravano sulla «autorità giurisdizionale».

La disciplina della circolazione segue la struttura tipica del sistema europeo: vengono indicati esclusivamente i motivi di diniego del riconoscimento dell'accordo. Da cui si trae una succinta disciplina degli elementi che devono ricorrere in caso di accordi transnazionali in materia di famiglia. Ciò che interessa in questa sede, e in considerazione dell'ordinamento italiano, è l'art. 68, § 3, secondo cui: «il riconoscimento o l'esecuzione di un atto pubblico o di un accordo in materia di responsabilità genitoriale può essere negato se l'atto pubblico è stato formalmente redatto o registrato, o l'accordo è stato registrato, senza che al minore capace di discernimento sia stata data la possibilità di esprimere la propria opinione». Considerato che il figlio minore o maggiorenne non è parte del procedimento di negoziazione assistita, e che anzi il Codice deontologico forense impedisce agli avvocati dei genitori di avere un contatto purchessia con i figli minorenni del proprio cliente, appare evidente che la nostra disciplina deve essere aggiornata e adeguata, pena il rischio di non rispondere ai requisiti richiesti dal Regolamento europeo per la libera circolazione degli accordi in territorio europeo.

In questo “puzzle” di non sempre semplice ricostruzione nel caso concreto, è necessario per il ceto forense aprire i propri orizzonti nella consapevolezza che la crescente circolazione delle persone comporta e comporterà la necessità nel proprio bagaglio professionale di una specializzazione quantomeno anche nei regolamenti europei e nel diritto comparato di famiglia europeo.

---

<sup>32</sup> Art. 2, § 2, n. 2, lett. b): «un'autorità pubblica o da altra autorità a tal fine autorizzata. Gli Stati membri comunicano tali autorità alla Commissione conformemente all'articolo 103».

<sup>33</sup> Art. 2, § 2, n. 3: «registrato da un'autorità pubblica comunicata alla Commissione dallo Stato membro conformemente all'articolo 103 a tal fine».

<sup>34</sup> Art. 2, § 2, n. 1: «l'autorità di qualsiasi Stato membro avente competenza giurisdizionale per le materie rientranti nell'ambito di applicazione del presente regolamento».