

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio 05.01.28.37/UE

Regolamento comunitario 2201/2003 detto "Bruxelles II bis" - Prime note di interesse notarile in materia di "responsabilità genitoriale"

Approvato dalla Commissione Affari Europei ed Internazionali il 28 gennaio 2005

INDICE: 1. Introduzione - 2. Brevi indicazioni di carattere generale - 3. Disciplina - 4. Ambito di applicazione e definizione di responsabilità genitoriale - 5. Principali differenze rispetto al regolamento 1347/2000 - 6. Applicabilità del regolamento alla fattispecie che più interessa l'attività notarile: provvedimenti autorizzativi al compimento di atti di amministrazione straordinaria relativi a beni del minore - 7. Ipotesi pratica: compimento di un atto di amministrazione straordinaria o disposizione di un bene del minore - 7.A. Il notaio deve utilizzare un provvedimento già formato all'estero - Riconoscimento - Esecuzione - 7.B. Il notaio deve chiedere l'autorizzazione per la stipula di un atto di amministrazione straordinaria o disposizione di un bene del minore - Competenza giurisdizionale - a) Competenza generale (art. 8 comma 1°) - b) Proroga della competenza (art. 12) - c) Competenza fondata sulla presenza del minore (art. 13) - d) Altre ipotesi di competenza (artt. 9, 10, 11) - e) Competenza residua (art. 14) - f) Trasferimento delle competenze a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso (art. 15) - g) Provvedimenti provvisori e cautelari (art. 20) - 8. Determinazione della legge applicabile - 9. Schema di sintesi sulla normativa applicabile in materia di potestà genitoriale - 10. Esempi.

1. Introduzione

Oggetto di queste brevi note - di carattere pratico-applicativo - sarà l'esame degli aspetti di maggior interesse notarile in materia di responsabilità genitoriale, derivanti dal 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, pubblicato in GUCE L 338 del 23/12/2003 pag. 0001 – 0029 (1).

Innanzitutto va precisato che:

- ⇒ trattasi di un Regolamento comunitario: pertanto esso ha immediata attuazione nel nostro ordinamento, prevalendo sulla normativa nazionale (2) e quindi – per le materie da esso disciplinate – anche sulla legge di riforma del diritto internazionale privato (legge 31 maggio 1995 n. 218);
- ⇒ si applica dal 01 marzo 2005;
- ⇒ è di rilevante interesse notarile perché:
 - concerne, tra l'altro, l'esercizio della potestà e della tutela dei minori che – a prescindere dalla loro cittadinanza - abbiano la loro residenza abituale in uno degli Stati membri dell'Unione Europea ad eccezione della Danimarca, ovvero che abbiano con tali Stati un legame sostanziale, ovvero – ricorrendo determinati presupposti – che si trovino in uno dei predetti Stati (si veda in dettaglio al paragrafo 7. B.), rinviando per le ipotesi residue alle regole di diritto internazionale privato proprie di ciascun Stato membro;
 - fissa delle nuove regole in materia di determinazione della competenza giurisdizionale, nonché in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni.

A partire dal 01 marzo 2005, pertanto, si dovrà tenere conto del Regolamento negli atti concernenti il compimento di un atto di amministrazione straordinaria o di disposizione di un bene di un minore:

- da un lato, se il provvedimento autorizzativo non sia stato ancora emanato, al fine di individuare il giudice competente alla sua emanazione;
- dall'altro, se il provvedimento autorizzativo è stato emanato all'estero, al fine di conoscere quali siano le regole per il suo riconoscimento.

2. Brevi indicazioni di carattere generale

Il testo del regolamento è consultabile sul portale dell'Unione Europea: <http://europa.eu>(3).

Il regolamento si applica in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea tranne che in Danimarca (4).

La sua entrata in vigore è stabilita dall'art. 72 a sua volta richiamato dall'art. 64 che disciplina le disposizioni transitorie.

In base al combinato disposto dei citati articoli il regolamento si applica alle azioni proposte, agli atti pubblici formati e agli accordi conclusi posteriormente al 01 marzo 2005.

L'art. 72 stabilisce l'entrata in vigore in data 01 agosto 2004 relativamente agli articoli da 67 a 70 il cui contenuto, tuttavia, riguarda aspetti tecnici relativi alla concreta applicazione del regolamento, quali ad esempio le lingue accettate per le comunicazioni, determinate certificazioni, etc.

Il regolamento abroga il precedente regolamento CE 1347/2000 ⁽⁵⁾ - che, pertanto, rimane in vigore fino al 01 marzo 2005 – del quale ci limiteremo ad evidenziare di seguito le principali differenze rispetto a quello in esame.

La struttura del regolamento 2201/2003 è la seguente:

Il capo I (artt. 1 e 2) è dedicato all'ambito di applicazione ed alle definizioni.

Il capo II (artt. 3-20) è dedicato alla competenza.

Il capo III (artt. 21-52) è dedicato al riconoscimento ed alla esecuzione.

Il capo IV (artt. 53-58) è dedicato alla cooperazione fra autorità centrali in materia di responsabilità genitoriale.

Il capo V (artt. 59-64) è dedicato alla relazione con gli altri atti normativi.

Il capo VI (art. 64) è dedicato alle disposizioni transitorie.

Il capo VII (artt. 65-72) è dedicato alle disposizioni finali.

La "Direction Générale Justice et Affaires Intérieures de la Commission Européenne" ha messo a disposizione una Guida Pratica sull'applicazione del regolamento in esame, soprattutto con riferimento alla materia della responsabilità genitoriale.

La "Guida" è disponibile - ad oggi soltanto in lingua inglese - sul portale dell'Unione Europea:

<http://europa.eu> alla pagina

http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_en.pdf

3. Disciplina

Con riguardo alla disciplina, il regolamento presenta un carattere doppio ⁽⁶⁾: da un lato stabilisce regole uniformi sulla competenza giurisdizionale, dall'altro stabilisce regole uniformi sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, il tutto nell'evidente scopo di facilitare la circolazione delle decisioni stesse.

Ai sensi dell'art. 2 n. 4 il termine "decisione", con riguardo alla materia qui in esame, comprende: "... una decisione relativa alla responsabilità genitoriale, a pre-

scindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza”.

È importante precisare:

- ⇒ che il termine decisione non riguarda soltanto i provvedimenti emessi da una autorità giurisdizionale, ma anche quelli emessi da una autorità amministrativa ⁽⁷⁾;
- ⇒ che, a norma dell'articolo 46, ai fini dell'applicazione delle norme relative al riconoscimento ed alla esecuzione, alle decisioni giudiziarie sono equiparati gli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro, nonché gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine.

Pertanto, va presa in considerazione la possibilità che in uno degli Stati membri esista già, o comunque possa essere in futuro legislativamente prevista, una competenza del notaio a ricevere atti pubblici aventi efficacia esecutiva in materia di responsabilità genitoriale.

In tale ipotesi, gli aspetti relativi al riconoscimento ed alla esecuzione di tali atti andrebbero disciplinati sulla base del regolamento in esame.

4. Ambito di applicazione e definizione di responsabilità genitoriale

L'ambito di applicazione del regolamento è fissato all'art. 1, laddove è stabilito che questo si applichi, indipendentemente dal tipo di *“autorità giurisdizionale”* ⁽⁸⁾, alle materie civili relative ai due settori dello scioglimento del vincolo matrimoniale e della responsabilità genitoriale e precisamente:

- 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.

Per quanto riguarda la materia della *“responsabilità genitoriale”* – che nel regolamento 1347/2000 è chiamata *“potestà dei genitori”* ⁽⁹⁾ –, essa viene definita dal regolamento qui in esame (art. 2, punto 7) come l'insieme dei *“diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita.”*

La materia della responsabilità genitoriale, si ribadisce, è riferita al minore con esclusione, quindi, della curatela e della tutela del maggiore di età.

Per quanto attiene agli aspetti di maggior interesse notarile, il regolamento:

- si applica tra l'altro:

alla potestà dei genitori, alla tutela, alla curatela e ad altri istituti analoghi, alla designazione ed alle funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano, alle misure di protezione legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei suoi beni;

- non si applica, invece:
all'emancipazione, ai trust ed alle successioni.

5. Principali differenze rispetto al regolamento 1347/2000

A differenza del regolamento 1347/2000, nel quale la competenza del giudice in materia di potestà parentale sussiste soltanto se la questione è connessa a quella relativa al vincolo matrimoniale, nel regolamento 2201/2003 le questioni che rientrano nella materia della responsabilità genitoriale sono disciplinate indipendentemente dall'esistenza di un loro collegamento con una controversia matrimoniale.

Inoltre, il regolamento 1347/2000 comprende nel suo ambito di applicazione soltanto i figli di entrambi i coniugi, escludendo i procedimenti sui cosiddetti "figli della famiglia", cioè quelli di un solo coniuge pur inseriti nel medesimo nucleo familiare.

Il regolamento 2201/2003, invece, prescinde dalla connessione con una causa concernente lo scioglimento del matrimonio, nonché da un rapporto coniugale fra i genitori.

Questo significa che il giudice individuato sulla base delle norme contenute nel regolamento avrà competenza a decidere su questioni attinenti alla responsabilità genitoriale, anche se la decisione verta esclusivamente su tali questioni, ed anche se il rapporto di filiazione sussista con uno soltanto dei coniugi.

6. Applicabilità del regolamento alla fattispecie che più interessa l'attività notarile: provvedimenti autorizzativi al compimento di atti di amministrazione straordinaria relativi a beni del minore

L'art. 1, primo comma, lett. *b*) stabilisce che il regolamento si applica, tra l'altro, "all'esercizio.... della responsabilità genitoriale".

L'art. 1, secondo comma, lett. *e*) stabilisce che il regolamento si applica alle "misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore".

L'art. 2, punto 7) definisce come "responsabilità genitoriale" il complesso dei

diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore.

Come detto sopra, il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita.

Dal tenore letterale delle norme sopra riportate non sembra possano esservi dubbi sulla applicabilità del regolamento alle ipotesi – che nel nostro ordinamento rientrano nell'ambito della volontaria giurisdizione ⁽¹⁰⁾ - di provvedimenti autorizzativi al compimento di un atto di amministrazione straordinaria e, segnatamente, di disposizione di un bene del minore ⁽¹¹⁾.

Tali atti - che sono quelli più interessano da vicino l'attività notarile - rientrano, per così dire *in re ipsa*, nell'ambito degli atti attinenti la protezione del minore, dal momento che incidono necessariamente ed in maniera rilevante nei suoi interessi economici e patrimoniali.

Correttamente è stato affermato ⁽¹²⁾ che "tutto quanto inferisca alla potestà dei genitori appare concernere, in senso lato, anche la protezione dei minori".

Conseguentemente, tutta la materia relativa al rilascio di autorizzazioni al compimento dei predetti atti rientra sempre nell'ambito di applicazione del regolamento.

7. Ipotesi pratica: compimento di un atto di amministrazione straordinaria o disposizione di un bene del minore

7.A. Il notaio deve utilizzare un provvedimento già formato all'estero

Riconoscimento

In linea con il sistema "Bruxelles I" ⁽¹³⁾ e con il nostro sistema di diritto internazionale privato (art. 64 ss. L. 218/1995), la regola generale è che il riconoscimento delle decisioni è automatico, senza cioè che sia necessario il ricorso ad alcun provvedimento (art. 21).

Conseguentemente ai provvedimenti vanno ricondotti gli stessi effetti che si producono nello Stato dove si sono formati (Stato di origine).

Purtuttavia, il regolamento stabilisce motivi di non riconoscimento (art. 22 e art. 23), per lo più legati a situazioni di contrarietà all'ordine pubblico, di contumacia o mancata partecipazione personale al giudizio, di violazione dei diritti di difesa, di incompatibilità con altra decisione, di violazione delle procedure previste in materia di collocamento del minore in altro Stato membro ⁽¹⁴⁾.

I requisiti di riconoscimento di un provvedimento si presume che ricorrano, salvo che vi sia stata contestazione in ordine alla loro sussistenza ⁽¹⁵⁾.

Esecuzione

Nonostante il principio generale esposto dal citato articolo 21, tuttavia, per le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale emesse ed esecutive in un determinato Stato membro, è prevista una procedura di *exequatur*.

Tali decisioni, pertanto, sono eseguite in un altro Stato membro soltanto dopo essere state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata, e purché siano state notificate (artt. 28 ss.) ⁽¹⁶⁾.

Come è stato esattamente osservato ⁽¹⁷⁾, il riferimento all'esecutività, ed alla conseguente procedura di *exequatur* quale condizione per la utilizzazione del provvedimento nello "Stato membro dell'esecuzione" ⁽¹⁸⁾, è riferito esclusivamente ai quei provvedimenti che nello "Stato membro di origine" sono dotati di forza esecutiva nel senso della loro idoneità ad ottenere una esecuzione forzata ⁽¹⁹⁾.

Premesso quanto sopra, si può affermare che la procedura di *exequatur* - in linea di principio - non riguarda i provvedimenti di volontaria giurisdizione concernenti gli atti di amministrazione o disposizione di beni dei minori, quali, ad esempio, quelli che autorizzano i titolari della potestà sui minori a disporre dei loro beni.

Per tali provvedimenti autorizzativi, infatti, non avrebbe senso parlare di forza esecutiva nel senso sopra indicato.

Ad ogni buon conto, la eventuale esecutività (nel senso, cioè, della sua idoneità ad ottenere una esecuzione forzata) di un provvedimento straniero emesso in materia di responsabilità genitoriale, sarà agevolmente rilevabile dal notaio attraverso il "certificato" rilasciato ai sensi dell'art. 39.

L'art. 39 del regolamento prevede che l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente dello Stato membro d'origine rilasci, su richiesta di qualsiasi parte interessata, un certificato, utilizzando due modelli standard già predeterminati ed allegati al regolamento (Allegato I per le decisioni in materia matrimoniale, Allegato II per le decisioni in materia di responsabilità genitoriale).

Tale certificato contiene in sintesi tutte le indicazioni relative alla decisione, precisando se "la decisione è esecutiva secondo la legge dello Stato membro di origine" (punto 9.1 dell'allegato II) ⁽²⁰⁾.

In termini pratici, pertanto, potrà essere opportuno chiedere che il provvedimento da utilizzare, ad esempio una autorizzazione a vendere un bene del minore, sia accompagnato dal predetto certificato, che viene rilasciato **su richiesta** di qualsiasi parte interessata.

In mancanza di forza esecutiva del provvedimento, pertanto, il notaio potrà utilizzare lo stesso, senza che occorra il ricorso alla procedura di *exequatur* di cui agli artt. 28 e seguenti.

7.B. Il notaio deve chiedere l'autorizzazione per la stipula di un atto di amministrazione straordinaria o disposizione di un bene del minore

Una volta stabilito (vedi sopra paragrafo 6.), che il regolamento si applica ai provvedimenti che autorizzano il compimento di atti di amministrazione o di alienazione dei beni del minore, può verificarsi che il notaio, oltre che della stipula del rogito, sia incaricato anche di richiedere i provvedimenti autorizzativi necessari.

Il primo problema da risolvere sarà dunque quello della individuazione del giudice competente.

Competenza giurisdizionale

A differenza che in materia matrimoniale, dove i criteri di competenza giurisdizionale (addirittura sei) sono fissati in maniera alternativa, in materia di responsabilità genitoriale questi sono fissati in maniera successiva, cioè "a cascata", ferma restando la possibilità di proroga della competenza disciplinata dall'articolo 12 (si veda più avanti il punto b.)

I criteri di competenza sono trattati agli articoli 8 e seguenti.

Alcuni di essi riguardano fattispecie che, in linea generale, non interessano direttamente l'attività notarile (si pensi alle fattispecie riguardanti i casi di sottrazione dei minori, di cui all'art. 10).

In questa sede, pertanto, ci si limiterà a riportare brevemente i criteri di competenza che rilevano maggiormente nello svolgimento dell'attività notarile.

a. Competenza generale (art. 8 comma 1°)

Il criterio generale è che la competenza giurisdizionale spetta alle Autorità dello Stato membro nel quale il minore abbia la residenza abituale, al momento della instaurazione del procedimento.

Il regolamento non dà una definizione del concetto di residenza abituale, né rinvia alle legislazioni nazionali. A livello interpretativo le soluzioni possibili sono due: o ci si rifà al concetto proprio di ciascun ordinamento interessato; oppure si cerca di individuare una nozione autonoma.

Per quanto riguarda i minori, sia che – come appare preferibile - la residenza

abituale venga intesa nel senso comunitario ⁽²¹⁾, come luogo in cui viene fissato il centro permanente ed abituale dei propri interessi, sia che venga intesa nel senso del nostro diritto interno, come luogo di dimora abituale, si giungerebbe probabilmente ad un risultato analogo, visto che nel caso del minore i due luoghi normalmente coincidono.

b. Proroga della competenza (art. 12)

Il criterio generale sopra indicato alla lettera *a.*, può venire meno in due ipotesi:

b.1. nel caso in cui la questione di responsabilità genitoriale si ricollega ad una causa concernente il divorzio, la separazione personale dei coniugi o l'annullamento del matrimonio, sempre che (art. 12, primo comma):

- almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio;
- e
- la competenza giurisdizionale di tali autorità giurisdizionali è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite, ed è conforme all'interesse superiore del minore.

In tale ipotesi la competenza spetterà all'autorità dello Stato membro competente a decidere sulla causa matrimoniale.

b.2. nei procedimenti diversi da quelli di cui alla superiore lettera *b.1.* se (ai sensi dell'art. 12, terzo comma):

- il minore ha un legame sostanziale con quello Stato membro, in particolare perché uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente o perché è egli stesso cittadino di quello Stato;
- e
- la competenza è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti del procedimento alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite ed è conforme all'interesse superiore del minore.

In tale ipotesi, il soggetto titolare della responsabilità genitoriale può scegliere tra la competenza dell'autorità dello Stato, dove il minore ha la sua residenza abituale (criterio generale esaminato alla lettera *a*) e la competenza dell'autorità dello Stato con il quale il minore ha un legame sostanziale, nel senso prescritto dal regolamento.

Le ipotesi di "legame sostanziale" espressamente previste dall'art.12 terzo comma (cittadinanza del minore o residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale), sono esemplificative e non tassative ⁽²²⁾. Ciò è dimostrato dall'inciso "in particolare" che precede la loro elencazione.

Conseguentemente vi potrebbero essere altre ipotesi di legame sostanziale, la cui sussistenza sarà valutata dal giudice.

Si sottolinea la rilevanza pratica di questo criterio di determinazione della competenza, dal momento che - ricorrendone i presupposti - consente di ricorrere al giudice italiano anche se il minore ha la propria residenza abituale in uno altro Stato.

Con riguardo al primo dei requisiti richiesti (legame sostanziale), è sufficiente che almeno uno dei genitori esercenti la potestà, ovvero il tutore, abbia in Italia la residenza abituale ovvero che il minore abbia la cittadinanza italiana.

Con riguardo al secondo dei requisiti richiesti (accettazione della competenza), qualora il ricorso sia sottoscritto personalmente dai soggetti titolari della responsabilità genitoriale, sarà opportuno che in esso sia contenuta l'accettazione espressa della competenza del giudice italiano, seppur l'averne adito il giudice italiano possa di per sé farsi rientrare tra le modalità di accettazione manifestate "in qualsiasi altro modo univoco".

Nella ipotesi, invece, in cui sia il notaio a presentare il ricorso a proprio nome, ancorché su incarico dei titolari della responsabilità genitoriale, sarà opportuno allegare una dichiarazione resa dagli stessi, dalla quale risulti l'accettazione espressa della competenza del giudice italiano.

L'incarico al notaio di presentare il ricorso, infatti, non comporta necessariamente una implicita accettazione della competenza del giudice italiano.

La verifica della sussistenza dell'"interesse superiore del minore" nella deroga di competenza giurisdizionale in esame, spetterà esclusivamente al giudice adito.

Nella ipotesi in cui si "utilizzi" la deroga di competenza sopra illustrata, si porrà il problema di individuare, all'interno dello Stato la cui giurisdizione è stata scelta, il giudice competente per territorio.

In altri termini, una volta accertata – ex art. 12 terzo comma - la possibilità di chiedere un provvedimento autorizzativo al giudice italiano piuttosto che a quello straniero, in base a quali criteri si individuerà il giudice competente per territorio, posto che non potrà farsi riferimento alla residenza abituale del minore (che, ovviamente, nell'ipotesi in esame è all'estero)?

Problematiche per certi versi analoghe nascono dalla applicazione dell'art. 9 della legge 218/1995 nella parte in cui prevede che in "*materia di giurisdizione vo-*

lontaria, la giurisdizione sussiste quando il provvedimento richiesto concerne un cittadino italiano o una persona residente in Italia".

Diverse sono le soluzioni proposte in dottrina ed in giurisprudenza con riguardo all'individuazione del giudice territorialmente competente in materia di volontaria giurisdizione, nel caso in cui non si possa ricorrere al criterio del domicilio o residenza della persona nel cui interesse il provvedimento viene richiesto ⁽²³⁾.

Per comodità espositiva ed in considerazione del carattere pratico-applicativo di queste brevi note, si prendono in considerazione le sole ipotesi di legame sostanziale espressamente considerate nella norma (art. 12 comma 3) e distinguiamo a seconda che il legame sostanziale sussista:

- a) in quanto uno dei titolari della responsabilità genitoriale abbia la sua residenza abituale in Italia;
- b) in quanto il minore sia cittadino italiano;
- c) in quanto ricorrano entrambi i presupposti di cui alle superiori lettere a) e b).

Nella ipotesi sub a) e sub c), si ritiene preferibile seguire la dottrina che, quale criterio sussidiario di competenza territoriale, propone quello del luogo di residenza di colui che presenta l'istanza ⁽²⁴⁾.

La competenza territoriale, pertanto, spetterà al giudice del luogo in cui i genitori o uno di essi ovvero il tutore, abbiano la propria residenza abituale (se entrambi i genitori hanno residenza abituale in Italia ma in luoghi diversi, la competenza territoriale sarà alternativa).

Nella ipotesi sub b), si ritiene preferibile seguire la dottrina secondo la quale la competenza territoriale per emanare provvedimenti di volontaria giurisdizione riguardanti minori residenti all'estero, è devoluta al giudice dell'ultima residenza del minore in Italia ⁽²⁵⁾.

Qualora il minore non abbia mai avuto residenza in Italia, in assenza di altre indicazioni normative, si potrebbero forse utilizzare i seguenti ulteriori criteri sussidiari:

- il luogo dell'ultima residenza in Italia dei genitori o del tutore ⁽²⁶⁾;
- il luogo in cui si trovano i beni ⁽²⁷⁾.

La questione della determinazione della competenza territoriale assume una certa importanza, nella misura in cui il vizio del provvedimento giudiziario per difetto di competenza possa ripercuotersi sulla validità dell'atto stipulato, con conseguente responsabilità civile e/o disciplinare del notaio rogante.

Innanzitutto va osservato che il difetto di competenza, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente, determina la nullità ⁽²⁸⁾ - ma non anche l'inesistenza

– del provvedimento ⁽²⁹⁾.

Al riguardo la giurisprudenza ⁽³⁰⁾ ha rilevato che il provvedimento del giudice nullo per difetto di competenza è pur sempre riconoscibile nei suoi elementi essenziali come atto emanato dall'autorità giudiziaria e dunque, non soltanto assume giuridica esistenza, ma integra gli estremi della "apparenza titolata" idonea in quanto tale a porre in essere una presunzione di legittimità del provvedimento che ne giustifica, nel presupposto della buona fede, la tutela dell'affidamento dei terzi ai sensi dell'art. 742 c.p.c. ⁽³¹⁾.

Pertanto, con riguardo ai terzi - intesi come coloro che non hanno partecipato al procedimento nel quale è stato emesso il provvedimento, ancorché successivamente modificato o revocato – i loro diritti sono fatti salvi.

Con riguardo al notaio rogante, la dottrina ha affermato che "nel caso di atto rogato in base a provvedimento emesso da giudice incompetente, la responsabilità disciplinare e quella civile del notaio sussistono solo se, per la prima, possa accertarsi l'elemento soggettivo della colpa e, per la seconda, possa escludersi che la individuazione del giudice competente costituisca un problema tecnico di speciale difficoltà, a norma dell'art. 2236 c.c." ⁽³²⁾.

In presenza di tale lacuna normativa, del resto, può ritenersi determinante anche l'accertamento che il giudice faccia in ordine alla propria competenza territoriale. Si potrebbe, cioè, sostenere che la valutazione che il giudice è tenuto a fare in ordine alla conformità all'interesse superiore del minore della propria competenza giurisdizionale (*ex art. 12 terzo comma lett. b*), riguardi anche quella territoriale.

c. Competenza fondata sulla presenza del minore (art. 13)

Qualora non sia possibile determinare la residenza abituale del minore, né determinare la competenza ai sensi dell'art. 12 (vedi sopra la lettera *b.*), sono competenti i giudici dello Stato membro in cui si trova il minore.

Questo criterio si applica anche ai minori rifugiati o ai minori sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro Paesi.

d. Altre ipotesi di competenza (artt. 9, 10, 11)

Altre ipotesi di competenza in deroga a quella generale esaminata alla superiore lettera *a.*, sono fissate in materia di diritto di visita nella ipotesi di lecito trasferimento della residenza del minore da uno Stato membro ad un altro (art. 9), nonché in caso di sottrazione dei minori, cioè in caso di trasferimento illecito o

mancato rientro del minore (artt. 10 e 11).

Tali ipotesi non vengono trattate, in quanto non sono di immediato interesse per l'attività notarile.

e. Competenza residua (art. 14)

Qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente in base ai superiori criteri, riprenderanno applicazione le regole di diritto internazionale privato proprie di ciascun Stato membro.

f. Trasferimento della competenza a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso (art. 15)

Eccezionalmente, le autorità giurisdizionali di uno Stato membro competenti a conoscere del merito, possono chiedere che un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro assuma la competenza, qualora il minore abbia con questo un particolare legame e ciò corrisponda all'interesse del minore.

g. Provvedimenti provvisori e cautelari (art. 20)

Il regolamento, infine, prevede sia per le cause in materia di scioglimento del matrimonio che per quelle in materia di responsabilità genitoriale, che in casi di urgenza le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possano adottare provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, anche quando, a norma del regolamento, competente a conoscere del merito della questione fosse un diverso Stato membro.

Oltre al requisito di urgenza, la cui sussistenza sarà valutata dal giudice che pronunzia la decisione, è necessario che ricorrano altre due condizioni: che la decisione riguardi persone presenti in quello Stato e beni in esso situati (art. 20, primo comma).

I provvedimenti in tal modo assunti sono destinati ad essere applicati fintantoché l'autorità competente in forza del regolamento non abbia adottato a sua volta i provvedimenti ritenuti appropriati (art. 20, secondo comma).

In linea teorica la sopra delineata competenza per i casi di urgenza potrebbe avere un certo interesse nell'ambito della pratica notarile, perché, ricorrendone i presupposti, potrebbe facilitare il rilascio di un provvedimento autorizzativo, laddove, ad esempio, si possa adire il giudice italiano.

Tuttavia, va osservato che un provvedimento di autorizzazione al compimento

di un atto di amministrazione straordinaria o di disposizione avente ad oggetto un bene del minore, che è quello che più rileva nella pratica notarile in materia di potestà o tutela dei minori, difficilmente potrà farsi rientrare tra i provvedimenti "provvisori e cautelari" che, per loro natura, dovrebbero riferirsi al compimento di atti che non producono effetti definitivi, ma piuttosto al compimento di atti che abbiano una portata temporanea (penso, ad esempio, ad atti conservativi), in attesa di un provvedimento definitivo.

8. Determinazione della legge applicabile

È importante precisare che il regolamento disciplina soltanto gli aspetti processualciviltistici, e non interviene nell'ambito dei sistemi di conflitto nazionali.

Ciò significa che il regolamento serve a determinare quale sia il giudice competente a decidere su una determinata questione, rientrante nel suo ambito di applicazione, ma non influisce sulla legge applicabile alla questione stessa.

La legge applicabile sarà, pertanto, individuata secondo i criteri generali di diritto internazionale privato propri dell'ordinamento del giudice competente.

Valga il seguente esempio:

Si dia il caso che i genitori intendano chiedere un provvedimento a protezione dei beni del minore.

Ipotizzando che la competenza giurisdizionale spetti al giudice italiano, questi determinerà la legge applicabile, in forza delle proprie norme di diritto internazionale privato e non del regolamento che, per l'appunto, nulla prevede in proposito.

Trattandosi di materia di protezione dei minori, pertanto, il giudice applicherà l'articolo 42 della legge 218/1995 sul diritto internazionale privato ⁽³³⁾, che a sua volta rinvia alla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori ⁽³⁴⁾.

L'art. 2 della citata Convenzione dell'Aja stabilisce il principio secondo il quale si applica la legislazione interna dell'autorità competente ad adottare le misure di protezione del minore o dei suoi beni.

Va precisato che per autorità competente non deve più intendersi quella individuata ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione dell'Aja, bensì quella individuata in forza del regolamento.

Ai sensi dell'art. 60, infatti, il regolamento prevale – tra l'altro - sulla convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, nella misura in cui riguardi materie da esso disciplinate (nell'esempio fatto la materia da esso disciplinata è quella della determinazione della competenza).

In conclusione, l'autorità competente in base al regolamento – nell'esempio fatto, il giudice italiano - applicherà la propria legislazione interna e quindi quella italiana.

9. Schema di sintesi sulla normativa applicabile in materia di potestà genitoriale

Si conclude con uno schema relativo alla normativa applicabile al fine di determinare la competenza in materia di "responsabilità genitoriale":

fino al 01 marzo 2005:

- ⇒ si applica il regolamento 1347/2000 - ricorrendone i presupposti di applicazione - alle materie attinenti la "potestà parentale" collegate con una controversia matrimoniale ed il minore sia figlio di entrambi i coniugi;
- ⇒ si applica l'art. 42 L. 218/1995:
 - alle materie attinenti la "potestà parentale" non collegate ad una controversia matrimoniale, ovvero riguardanti minori che non siano figli di entrambi i coniugi;
 - alle ipotesi in cui non ricorrano i presupposti di applicazione del regolamento, in quanto la competenza è riconducibile a Stati non facenti parte dell'Unione Europea o alla Danimarca.

a partire dal 01 marzo 2005:

- ⇒ si applicherà il regolamento 2201/2003 - ricorrendone i presupposti di applicazione - a tutte le questioni riguardanti la "responsabilità genitoriale", a prescindere dal loro collegamento con una controversia matrimoniale, nonché di un rapporto coniugale tra i genitori del minore;
- ⇒ si applicherà l'art. 42 L. 218/1995:
 - alle ipotesi di cui all'art. 14 regolamento (c.d. competenza residua), ossia quando la fattispecie non rientra nella portata del regolamento in quanto la competenza è riconducibile a Stati non facenti parte dell'Unione europea o alla Danimarca, salve le eccezioni previste dal regolamento stesso.

10. Esempi

1.)

Tizietto minore ha la sua residenza abituale in Italia (è indifferente se sia: cittadino di uno Stato nel quale si applica il regolamento ⁽³⁵⁾ ovvero cittadino danese ovvero cittadino di uno Stato extracomunitario).

Tizietto deve acquistare un immobile.

Chi è il giudice competente a rilasciare il provvedimento autorizzativo?

Risposta:

In base all'art. 8 primo comma ⁽³⁶⁾, la competenza giurisdizionale spetta al giudice italiano, in quanto la competenza generale spetta alle Autorità dello Stato membro nel quale il minore abbia la residenza abituale.

A nulla importa quale sia la cittadinanza dei soggetti (genitori o tutore) esercenti la responsabilità genitoriale ⁽³⁷⁾.

Il giudice italiano applicherà la legge italiana ⁽³⁸⁾.

2.)

Tizietto minore, cittadino italiano, ha la sua residenza abituale all'estero in uno Stato nel quale si applica il regolamento ⁽³⁹⁾.

I soggetti esercenti la responsabilità genitoriale (a nulla importa quale sia la loro cittadinanza) risiedono nel medesimo Stato del minore.

Tizietto deve acquistare un immobile.

Chi è il giudice competente a rilasciare il provvedimento autorizzativo?

Risposta:

In base all'art. 8 primo comma, la competenza giurisdizionale spetta alle Autorità dello Stato membro nel quale il minore abbia la residenza abituale.

Tuttavia, (vedi sopra paragrafo 7.B) i soggetti titolari della responsabilità genitoriale – purché siano tutti d'accordo -, potranno adire il giudice italiano ai sensi dell'art. 12 terzo comma ⁽⁴⁰⁾, se il minore ha con l'Italia un legame sostanziale (nell'esempio fatto, il legame è determinato dalla sua cittadinanza italiana).

Il giudice italiano accerterà che tale scelta di giurisdizione sia conforme all'interesse superiore del minore ⁽⁴¹⁾.

In conclusione: i soggetti titolari della responsabilità genitoriale potranno adire, alternativamente:

- o la competente Autorità dello Stato membro dove il minore ha la sua residenza abituale;
- ovvero, sempre che i predetti soggetti siano tutti d'accordo, il giudice italiano.

Se questo ultimo dovesse ritenere che la scelta della sua giurisdizione non è conforme all'interesse del minore, allora la competenza giurisdizionale spetterà necessariamente alla competente Autorità dello Stato membro dove il minore ha la sua residenza abituale.

L'Autorità competente (giudice italiano o altra Autorità dello Stato membro di residenza abituale del minore) applicherà le proprie leggi ⁽⁴²⁾.

2 - bis.)

Tizietto minore, cittadino italiano, ha la sua residenza abituale all'estero in uno Stato nel quale non si applica il regolamento ⁽⁴³⁾.

I soggetti esercenti la responsabilità genitoriale (a nulla importa quale sia la loro cittadinanza) hanno la residenza abituale nel medesimo Stato del minore.

Tizietto deve acquistare un immobile.

Chi è il giudice competente a rilasciare il provvedimento autorizzativo?

Risposta:

In base all'art. 8 primo comma, la competenza giurisdizionale spetta alle Autorità dello Stato membro nel quale il minore abbia la residenza abituale.

Nell'esempio fatto il minore ha la sua residenza abituale in uno Stato non appartenente all'Unione Europea o in Danimarca. Pertanto l'art. 8 del regolamento non sarà applicabile e la determinazione della competenza verrà effettuata in base alle regole generali stabilite dal nostro diritto internazionale privato (art. 42 della legge 218/1995).

Tuttavia, (vedi *supra* paragrafo 7.B) i soggetti titolari della responsabilità genitoriale - di comune accordo tra loro -, potranno adire il giudice italiano ai sensi dell'art. 12 terzo comma, se il minore ha con l'Italia un legame sostanziale (nell'esempio fatto, il legame è determinato dalla sua cittadinanza italiana).

Il giudice italiano accerterà che tale scelta di giurisdizione sia conforme all'interesse superiore del minore ⁽⁴⁴⁾.

In conclusione: i soggetti titolari della responsabilità genitoriale potranno adire, alternativamente:

- la competente Autorità individuata in base all'articolo 42 della legge 218/1995;
- ovvero, sempre che i predetti soggetti siano tutti d'accordo, il giudice italiano in base all'articolo 12 terzo comma del regolamento. Se questo ultimo dovesse ritenere che la scelta della sua giurisdizione non è conforme all'interesse del minore, allora la competenza giurisdizionale spetterà necessariamente alla Autorità individuata in base all'applicazione dell'articolo 42 della legge 218/1995.

L'Autorità competente (giudice italiano o Autorità di altro Stato) applicherà le proprie leggi ⁽⁴⁵⁾.

3.)

Tizietto minore ha la sua residenza abituale all'estero in uno Stato nel quale si

applica il regolamento.

Uno dei titolari della responsabilità genitoriale (a nulla importa quale sia la cittadinanza) ha la residenza abituale in Italia.

Tizietto deve acquistare un immobile.

Chi è il giudice competente a rilasciare il provvedimento autorizzativo?

Risposta:

In base all'art. 8 primo comma, la competenza giurisdizionale spetta alle Autorità dello Stato membro nel quale il minore abbia la residenza abituale.

Tuttavia, (vedi sopra paragrafo 7.B) i soggetti titolari della responsabilità genitoriale – purché siano tutti d'accordo -, potranno adire il giudice italiano ai sensi dell'art. 12 terzo comma, se il minore ha con l'Italia un legame sostanziale (nell'esempio fatto, il legame è determinato dalla residenza abituale in Italia di uno dei soggetti titolari della responsabilità genitoriale).

Il giudice italiano accerterà che tale scelta di giurisdizione sia conforme all'interesse superiore del minore.

In conclusione: i soggetti titolari della responsabilità genitoriale potranno adire, alternativamente:

- o la competente Autorità dello Stato membro dove il minore ha la sua residenza abituale;
- ovvero, sempre che i predetti soggetti siano tutti d'accordo, il giudice italiano. Se questo ultimo dovesse ritenere che la scelta della sua giurisdizione non è conforme all'interesse del minore, allora la competenza giurisdizionale spetterà necessariamente alla competente Autorità dello Stato membro dove il minore ha la sua residenza abituale.

L'Autorità competente (giudice italiano o altra Autorità dello Stato membro di residenza abituale del minore) applicherà le proprie leggi ⁽⁴⁶⁾.

3 – bis.)

Tizietto minore ha la sua residenza abituale all'estero in uno Stato nel quale non si applica il regolamento (cioè Danimarca o paese extra UE).

Uno dei titolari della responsabilità genitoriale (a nulla importa quale sia la cittadinanza) ha la residenza abituale in Italia.

Tizietto deve acquistare un immobile.

Chi è il giudice competente a rilasciare il provvedimento autorizzativo?

Risposta:

In base all'art. 8 primo comma, la competenza giurisdizionale spetta alle Autorità dello Stato membro nel quale il minore abbia la residenza abituale.

Nell'esempio fatto, il minore ha la sua residenza abituale in uno Stato non appartenente all'Unione Europea o in Danimarca. Pertanto l'art. 8 del regolamento non sarà applicabile e la determinazione della competenza verrà effettuata in base alle regole generali stabilite dal nostro diritto internazionale privato (art. 42 della legge 218/1995).

Tuttavia, (vedi sopra paragrafo 7.B) i soggetti titolari della responsabilità genitoriale – purché siano tutti d'accordo -, potranno adire il giudice italiano ai sensi dell'art. 12 terzo comma, se il minore ha con l'Italia un legame sostanziale (nell'esempio fatto, il legame è determinato dalla residenza abituale di almeno uno dei soggetti titolari della responsabilità genitoriale).

Il giudice italiano accerterà che tale scelta di giurisdizione sia conforme all'interesse superiore del minore ⁽⁴⁷⁾.

In conclusione: i soggetti titolari della responsabilità genitoriale potranno adire, alternativamente:

- la competente Autorità individuata in base all'articolo 42 della legge 218/1995;

- ovvero, sempre che i predetti soggetti siano tutti d'accordo, il giudice italiano in base all'articolo 12 terzo comma del regolamento. Se questo ultimo dovesse ritenere che la scelta della sua giurisdizione non è conforme all'interesse del minore, allora la competenza giurisdizionale spetterà necessariamente alla Autorità individuata in base all'applicazione dell'articolo 42 della legge 218/1995.

L'Autorità competente (giudice italiano o Autorità di altro Stato) applicherà le proprie leggi ⁽⁴⁸⁾.

4.)

Tizietto minore cittadino straniero (è indifferente che sia cittadino di uno Stato nel quale si applica il regolamento ovvero cittadino danese ovvero cittadino extra-comunitario), ha la sua residenza abituale all'estero in uno Stato nel quale non si applica il regolamento (cioè Danimarca o Stato extra UE).

I titolari della responsabilità genitoriale (a nulla importa quale sia la loro cittadinanza) hanno la loro residenza abituale nel medesimo Stato del minore.

Tizietto deve acquistare un immobile.

Chi è il giudice competente a rilasciare il provvedimento autorizzativo?

Risposta:

In base all'art. 8 primo comma, la competenza giurisdizionale spetta alle Autorità dello Stato membro nel quale il minore abbia la residenza abituale.

Nell'esempio fatto il minore ha la sua residenza abituale in uno Stato non ap-

partenente all'Unione Europea o in Danimarca. Pertanto l'art. 8 del regolamento non sarà applicabile e la determinazione della competenza verrà effettuata esclusivamente in base alle regole generali stabilite dal nostro diritto internazionale privato (art. 42 della legge 218/1995).

Tuttavia, (vedi *supra* paragrafo 7.B) i soggetti titolari della responsabilità genitoriale – purché siano tutti d'accordo -, potranno adire il giudice italiano ai sensi dell'art. 12 terzo comma, se il minore ha con l'Italia un legame sostanziale.

L'articolo 12 comma terzo prevede - esemplificativamente e non tassativamente - due ipotesi di legame sostanziale con uno Stato: la cittadinanza di quello Stato del minore o la residenza abituale in quello Stato di uno dei titolari della responsabilità genitoriale.

Nell'esempio fatto non ricorre nessuna delle due ipotesi, dal momento che il minore non è cittadino italiano ed i titolari della responsabilità genitoriale sono residenti all'estero.

Tuttavia, potrebbero sussistere altre situazioni di "legame sostanziale" tra il minore e lo Stato italiano, tali da determinare la competenza giurisdizionale del giudice italiano.

Sarà il giudice a valutare la sussistenza del "legame sostanziale" del minore con l'Italia ed a valutare se tale scelta di giurisdizione sia conforme all'interesse superiore del minore ⁽⁴⁹⁾.

In conclusione: i soggetti titolari della responsabilità genitoriale dovranno adire la competente Autorità individuata in base all'articolo 42 della legge 218/1995.

Tuttavia se ricorrano delle situazioni di "legame sostanziale" tra il minore e lo Stato italiano, ancorché diverse da quelle espressamente previste all'art. 12 comma terzo, i titolari della responsabilità genitoriale - purché siano tutti d'accordo - potranno adire il giudice italiano.

Questo ultimo valuterà la sussistenza del "legame sostanziale" e valuterà se la scelta della sua giurisdizione è conforme all'interesse del minore.

Se il giudice non dovesse accertare la propria giurisdizione - per mancanza del legame sostanziale o dell'interesse del minore -, allora la competenza giurisdizionale spetterà necessariamente alla Autorità individuata in base all'applicazione dell'articolo 42 della legge 218/1995.

L'Autorità competente applicherà le proprie leggi.

Per quanto riguarda il problema della individuazione del giudice territorialmente competente, si rinvia a quanto esposto al paragrafo 7.B.b.

(1) Per le restanti problematiche nascenti dal detto regolamento si rinvia allo Studio 04.09.03.30/UE del 03/09/2004 *"Relazione sulla comunitarizzazione della Convenzione di Roma del 1980 in materia di obbligazioni contrattuali"* redatto dalla prof.ssa Marina Castellaneta ed allo Studio 04.12.03.35/UE del 03/12/2004 *"L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia"* redatto dal dott. Emanuele Calò.

(2) "Il regolamento, nel sistema giuridico comunitario, rappresenta l'equivalente della legge negli ordinamenti statali.

La natura tipicamente normativa del regolamento si correla alle caratteristiche peculiari di tale atto che lo qualificano e ne segnano la diversità rispetto agli altri atti comunitari. Anzitutto, al pari della legge, il regolamento ha portata generale, nel senso che si rivolge non a soggetti espressamente individuati o comunque individuabili, bensì a categorie di destinatari, determinate astrattamente ed in modo oggettivo.

Il regolamento è altresì obbligatorio in tutti i suoi elementi, sicché non ne è consentita, in linea di principio, una applicazione solo parziale da parte degli Stati membri. Non è invece preclusa la possibilità che il regolamento deleghi un'altra istituzione o uno Stato membro ad integrare uno o più precetti generali con precise modalità di applicazione.

Infine, il regolamento è "direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri"....

Al riguardo è qui sufficiente richiamare le enunciazioni della Corte di giustizia per la quale i regolamenti comunitari "entrano a far parte dell'ordinamento giuridico nazionale, il quale deve rendere possibile l'efficacia diretta di cui all'art. 189 (ora 249 del Trattato), di guisa che i singoli possono farli valere senza vedersi opporre delle disposizioni o prassi di carattere nazionale": tratto da Guida introduttiva all'Europa comunitaria, Consiglio Nazionale del Notariato - Commissione Studi Unione Europea, a cura dell'Avv. Anselmo BARONE e del Notaio Cesare LICINI.

(3) Esattamente alla pagina:

<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R2201:IT:HTML>

(4) Considerando n. 31: "La Danimarca, conformemente agli articoli 1 e 2 del protocollo sulla posizione della Danimarca allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità europea, non partecipa all'adozione del presente regolamento, e non ne è pertanto vincolata né è soggetta alla sua applicazione".

(5) "Regolamento (CE) 1347/2000 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." Il regolamento era stato adottato dal Consiglio il 29 maggio 2000, a norma dell'art. 61 lett. c del Trattato CE, secondo le procedure di cui all'art. 67 del Trattato CE, pubblicato in GUCE L 160, del 30 giugno 2000, p. 19 ss., entrato in vigore il 01 marzo 2001. Il predetto regolamento è stato detto anche "Bruxelles II", in quanto da un lato recepisce sostanzialmente il contenuto della Convenzione di Bruxelles del 1968 ed oggi del regolamento (CE) 44/2001 (che insieme costituiscono il sistema "Bruxelles I"), dall'altro in quanto ne rappresenta un parziale "completamento" e sono ispirati agli stessi principi, CARBONE S.M., in AA. VV. *Diritto processuale civile e commercia-*

le comunitario, Giuffrè, Milano, 2004, p. 51 ss.;

- (6) CARBONE S.M., op. cit., p.59.; BARATTA R., *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2004, op. cit., p. 165.
- (7) Art. 2 Definizioni Ai fini del presente regolamento valgono le seguenti definizioni:
- 1) "autorità giurisdizionale": tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo di applicazione del presente regolamento a norma dell'articolo 1;
 - 2) "giudice": designa il giudice o il titolare di competenze equivalenti a quelle del giudice nelle materie che rientrano nel campo di applicazione del presente regolamento.
- (8) Ai sensi dell'art. 2 n. 1, per "autorità giurisdizionale" si intendono "tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo di applicazione del presente regolamento a norma dell'articolo 1."
- (9) Reg. 1347/2000:
CAPO I
CAMPO D'APPLICAZIONE
Articolo 11 Il presente regolamento si applica ai seguenti procedimenti:
- a) procedimenti civili relativi al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio;
 - b) procedimenti civili relativi alla potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, instaurati in occasione dei procedimenti in materia matrimoniale di cui alla lettera a).
- 2) Sono equiparati ai procedimenti giudiziari gli altri procedimenti ufficialmente riconosciuti in uno Stato membro. Il termine "giudice" comprende tutte le autorità degli Stati membri competenti in materia.
- 3) Nel presente regolamento per "Stato membro" si intendono tutti gli Stati membri al quale si applica il presente regolamento, ad eccezione del regno di Danimarca.
- (10) Per "atti di giudici stranieri rientranti nella volontaria giurisdizione" si intendono quegli atti di autorità straniera che nell'ordinamento in cui sono emanati vengono considerati di volontaria giurisdizione oppure quelli, che se fossero emanati in Italia, sarebbero da considerarsi come di volontaria giurisdizione, VITTA, *Diritto internazionale privato e processuale*, 1988, pp. 91 ss. Si veda anche studio del C.N.N. n. 1185/7 del 15/10/1996.
- (11) Invero, una apparente contraddizione al chiaro significato letterale delle norme sopra riportate, potrebbe rinvenirsi nel Considerando n. 9 il quale stabilisce che il regolamento si applica, tra l'altro, "alle misure relative all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore, precisando - con un esempio, a nostro avviso, non troppo felice - che il regolamento "dovrebbe applicarsi ai casi nei quali i genitori hanno una controversia in merito all'amministrazione dei beni del minore" e concludendo che "*le misure relative ai beni del minore e non attinenti alla protezione dello stesso* dovrebbero continuare ad essere disciplinate dal 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". Tuttavia, né il Considerando n. 9, né altra norma del regolamento, chiariscono quali possano essere "*le misure relative ai beni del minore e non attinenti alla protezione dello stesso*". Peraltro, l'applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001, cui fa riferimento il Considerando n. 9, sarebbe in ogni caso esclusa tutte le volte in cui le "misure relative ai beni del minore" vengano adottate con provvedimenti rientranti nella volontaria giurisdizione, il cui ambito esula dall'applicazione del detto regolamento 44/2001. Il problema di individuare quali siano, ai sensi del citato Considerando n. 9, le fattispecie in cui si tratti di adottare "*misure relative ai beni del minore e non attinenti alla protezione dello stesso*", pertanto, verrà risolto dal giudice caso per caso.

In tal senso si esprime la "Guida Pratica" sopra citata al paragrafo 2:

"Article 1(2)(c), (e) and Recital 9.

"...The Regulation applies to any protective measure that may be necessary for the administration or sale of the property."

"...It is for the judge to assess in the individual case whether a measure relating to the child's property concerns the protection of the child or not."

- (12) CACCAVALE C., *La volontaria giurisdizione nel diritto internazionale privato*, in AA. VV. *Manuale di volontaria giurisdizione*, a cura di Vincenzo Salaria, IPSOA, Milano, 1999, p. 723.
- (13) 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.
- (14) Fra i motivi di non riconoscimento vi è, ai sensi dell'art. 23, lett. b), salvo i casi d'urgenza, il fatto che la decisione sia stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto. CALÒ E., Studio 04.12.03.35/UE del 03/12/2004 citato, opportunamente fa notare che "a tale riguardo, la Convenzione europea sui diritti dei fanciulli (legge 20 marzo 2003, n. 77) attribuisce al minore capace di discernimento il diritto di essere ascoltato in determinate procedure, diritto che però il nostro legislatore, dovendo designare (art. 1, comma 4°) almeno tre categorie di controversie familiari dinanzi ad un'autorità giudiziaria cui la Convenzione può applicarsi, ha trovato il modo di restringerle oltremodo la portata, vanificandola. Prima ancora, la Convenzione internazionali sui diritti del fanciullo (legge 27 maggio 1991, n. 176) aveva previsto, all'art. 12, il diritto del fanciullo capace di discernimento di essere ascoltato anche in sede giurisdizionale."
- (15) Ai sensi dell'articolo 21 comma terzo, ogni parte interessata può far dichiarare secondo il procedimento previsto per la dichiarazione di esecutività (articoli da 28 a 36), che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta. L'unica eccezione riguarda l'esecuzione di talune decisioni in materia di diritto di visita e di talune decisioni che prescrivono il ritorno del minore (articoli 41 e 42).
- (16) La disciplina è regolamentata dagli artt. 29-36. La procedura è semplificata e, salvo opposizione, si svolge in assenza di contraddittorio, BARATTA R., op. cit. p.192 ss..
- (17) CALÒ E., Studio 04.12.03.35/UE del 03/12/2004 citato nel testo.
- (18) Per "Stato membro d'origine" si intende lo Stato membro in cui è stata resa la decisione da eseguire; per "Stato membro dell'esecuzione" si intende lo Stato membro in cui viene chiesta l'esecuzione della decisione (detto anche "Stato richiesto").
- (19) Ad esempio, nel nostro ordinamento, si ritiene che "l'attuazione coattiva della facoltà di visita, attribuita al coniuge affidatario con sentenza di divorzio o di separazione, deve avvenire nelle forme dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare", così CALÒ E., Studio 04.12.03.35/UE del 03/12/2004 citato e bibliografia ivi citata.
- (20) CERTIFICATO DI CUI ALL'ARTICOLO 39 SULLE DECISIONI RELATIVE ALLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE (1)
 - 1. Stato membro di origine
 - 2. Giudice o autorità che rilascia il certificato
 - 2.1. Denominazione
 - 2.2. Recapito
 - 2.3. Telefono/Fax/Posta elettronica
 - 3. Titolari di un diritto di visita
 - 3.1. Cognome, nome
 - 3.2. Recapito
 - 3.3. Data e luogo di nascita (se i dati sono disponibili)

4. Titolari della responsabilità genitoriale diversi da quelli menzionati al punto 3(2)
 - 4.1. 4.1.1. Cognome, nome
 - 4.1.2. Recapito
 - 4.1.3. Data e luogo di nascita (se i dati sono disponibili)
 - 4.2. 4.2.1. Cognome, nome
 - 4.2.2. Recapito
 - 4.2.3. Data e luogo di nascita (se i dati sono disponibili)
 - 4.3. 4.3.1. Cognome, nome
 - 4.3.2. Recapito
 - 4.3.3. Data e luogo di nascita (se i dati sono disponibili)
5. Autorità giurisdizionale che ha pronunciato la decisione
 - 5.1. Denominazione
 - 5.2. Luogo
6. Decisione
 - 6.1. Data
 - 6.2. Numero di riferimento
 - 6.3. Si tratta di decisione resa in contumacia?
 - 6.3.1. No
 - 6.3.2. Sì (3)
7. Minori oggetto della decisione (4)
 - 7.1. Nome, cognome e data di nascita
 - 7.2. Nome, cognome e data di nascita
 - 7.3. Nome, cognome e data di nascita
 - 7.4. Nome, cognome e data di nascita
8. Nomi delle parti alle quali è stato concesso il patrocinio a spese dello Stato
9. Attestato di esecutività e notificazione
 - 9.1. La decisione è esecutiva secondo la legge dello Stato membro di origine?
 - 9.1.1. Sì
 - 9.1.2. No
 - 9.2. La decisione è stata notificata alla parte contro cui l'esecuzione viene fatta valere?
 - 9.2.1. Sì
 - 9.2.1.1. Nome e cognome della parte
 - 9.2.1.2. Recapito
 - 9.2.1.3. Data della notificazione
 - 9.2.2. No
10. Informazioni specifiche per le decisioni relative al diritto di visita se è richiesto *l'exequatur* ai sensi dell'articolo 28. Tale possibilità è prevista all'articolo 40, paragrafo 2:
 - 10.1. Modalità di esercizio del diritto di visita (se e nella misura in cui tali precisazioni figurano nella decisione)
 - 10.1.1. Data, ora
 - 10.1.1.1. Inizio
 - 10.1.1.2. Fine
 - 10.1.2. Luogo
 - 10.1.3. Obblighi specifici che fanno capo al titolare della responsabilità genitoriale
 - 10.1.4. Obblighi specifici che fanno capo al beneficiario del diritto di visita
 - 10.1.5. Limitazioni connesse con l'esercizio del diritto di visita

11. Informazioni specifiche per le decisioni relative al ritorno del minore se è richiesto l'*exequatur* ai sensi dell'articolo 28. Tale passibilità è prevista dall'articolo 40, paragrafo 2

11.1. La decisione prevede il ritorno del minore

11.2. Persona presso la quale il minore deve fare ritorno (se tale precisazione figura nella decisione)

11.2.1. Cognome; nome

11.2.2 Recapito

Fatto a, il

Firma e/o timbro

(1) 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.

(2) In caso di potestà congiunta, la persona menzionata al punto 3 può anche essere menzionata al punto 4.

(3) In questo caso devono essere allegati i documenti di cui all'articolo 37, paragrafo 2.

(4) Se i minori sono più di quattro, utilizzare un secondo modulo.

(21) Si veda Corte di Giustizia, 15 settembre 1994, causa 452/93, Pedro Magdalena Fernandez C. Commissione, in Raccolta, 1994, p. I-4295.

(22) In tal senso si esprime la "Guida Pratica" citata al paragrafo 2:

Article 12(3)...*The child has a substantial connection with the Member State in question, in particular because one of the Holders of parental responsibility is habitually resident there or the child is a national of that State. These conditions are not exclusive, and it is possible to base the connection on other criteria.*"

(23) Alcuni autori ritengono che nel caso in cui non si possa ricorrere ai criteri indicati sopra nel testo, allora l'istante è libero di adire qualsiasi giudice competente per materia, così TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1956, p. 187. Tuttavia questa conclusione si scontra con il principio secondo cui la competenza territoriale in materia di volontaria giurisdizione è funzionale ed inderogabile ai sensi dell'art. 28 c.p.c., così MAZZACANE F., *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 2002, p. 29. In giurisprudenza, la Suprema Corte di Cassazione con sentenza a Sezioni Unite del 04 agosto 1977 n. 3464, ebbe a ritenere che la tesi della competenza di tutti i giudici della Repubblica è certamente infondata, per la decisiva considerazione che essa violerebbe il principio, costituzionalmente garantito all'art.25 Cost., della precostituzione del giudice competente.

Secondo un altro orientamento, occorrerebbe fare ricorso all'applicazione analogica delle norme in materia di processo contenzioso. Si osserva, però, che nella giurisdizione contenziosa gli elementi con i quali si individua la competenza territoriale non si riscontrano nella giurisdizione volontaria nella quale non vi sono parti in contrasto, così. MAZZACANE F., op. cit., pp. 29 ss.; CACCAVALE C., op. cit., p.688.

Altra dottrina, sostiene la necessità di rimanere nell'ambito delle norme che regolano la competenza territoriale all'interno della volontaria giurisdizione e, pertanto, propone il criterio sussidiario del luogo di residenza di colui che presenta l'istanza, così MAZZACANE F., op. cit., p. 32; conforme JANNUZZI A – LOREFICE P., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2002, p. 41. Pertanto si afferma che ogni qual volta la persona nel cui interesse debba essere richiesto il provvedimento, non sia domiciliata o residente in Italia, il giudice competente debba essere individuato sulla base del domicilio o in subordine della residenza del ricorrente, oppure, in materia successoria, in relazione al luogo in cui si trovano la maggior parte dei beni ereditari posti in Italia, così anche BRAMA, *Accettazione di eredità con beneficio d'inventario*, Milano, 1995, p. 19 e ss..

Secondo altro orientamento, argomentando dall'articolo 36 del DPR 05.01.1967 n. 200 (cd. legge

consolare), sarebbe lecito ricorrere al Tribunale del luogo ove l'interessato aveva la propria ultima residenza in Italia ovvero, qualora non possa utilizzarsi tale criterio di competenza territoriale, al Tribunale di Roma. A fronte di tale ipotizzabile interpretazione estensiva del citato articolo 36 del DPR 200/1967, la dottrina oppone che questo non sancisce una competenza territoriale residuale a favore del Tribunale di Roma per ogni ipotesi in cui l'interessato non abbia residenza o domicilio in Italia, ma si limita soltanto ad individuare in quel Tribunale il giudice competente in alcuni casi, per i ricorsi contro i provvedimenti consolari, così CACCAVALE C., op. cit., pp. 690 ss..

Sembra in realtà che l'ordinamento, ove si debba decidere sullo stato di un cittadino residente all'estero, utilizzi sovente il riferimento all'ultima residenza in Italia. Sul punto CALÒ E. in Studio CNN 30/03/1984 n.1. Oltre alla legge consolare, un indizio in tal senso si ritrova nella legge tributaria in caso di presentazione della dichiarazione di successione aperta all'estero (art. 6 comma 1 D. Lgs. 31 ottobre 1990 n. 346).

- (24) MAZZACANE F., op. cit., p. 32 ss. e vedi nota precedente.
- (25) Così CALÒ E. Studio CNN 1/1984 citato.
- (26) Così CALÒ E. Studio CNN 1/1984 citato.
- (27) Pretura GE decreto 16.09.1978, riportato in Studio CNN n.4404 del 16.09.2003.
- (28) MAZZACANE F., op. cit., p.82, Cass. 28 settembre 1959 n. 2623 e Cass. 29 dicembre 1960 n. 3322. Secondo JANNUZZI – LOREFICE, op. cit. p. 41 il vizio di competenza determina la semplice revocabilità del provvedimento viziato.
- (29) Secondo la prevalente dottrina la incompetenza può essere fatta valere in ogni momento del procedimento, può essere fatta valere col reclamo ex art. 739 c.p.c.o in via di impugnativa in sede contenziosa, ovvero costituire motivo di revoca ex art. 742 c.p.c., infine può essere rilevata di ufficio anche mediante regolamento di competenza. Così JANNUZZI-LOREFICE, Manuale della volontaria giurisdizione, Milano, 2004, p. 47 e nota 19, i quali precisano che "l'art. 38 c.p.c. (nel testo introdotto dalla riforma del 1990), laddove preclude, successivamente alla prima udienza di trattazione, la possibilità di rilevare tutti i tipi di incompetenza, è applicabile (Cass. 24 novembre 1999, n. 13055) oltre che ai processi di cognizione ordinaria anche a quelli di volontaria giurisdizione, (solo) se a contenuto contenzioso".
- (30) Per tutti Cass. 29 dicembre 1960 n. 3322.
- (31) MAZZACANE F., op. cit, p. 83.
- (32) MAZZACANE F., op. cit. p.46.
JANNUZZI-LOREFICE, op. cit. p. 72, ritengono che il notaio debba eseguire una verifica circa l'esistenza di vizi estrinseci del provvedimento, portando quale esempi di tali vizi la incompetenza, del giudice, il mancato espletamento di atti di istruttoria obbligatori, la mancanza di sottoscrizione del giudice o del cancelliere.
Rimane il fatto che un conto è verificare la sussistenza di un vizio di incompetenza che appaia *ictu oculi*, altro conto è verificare la sussistenza di un vizio di incompetenza in situazioni di enormi difficoltà interpretative come quelle esposte nel testo.
- (33) Articolo 42 *Giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori*.
1. La protezione dei minori è in ogni caso regolata dalla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, resa esecutiva con la legge 24 ottobre 1980, n. 742.
 2. Le disposizioni della Convenzione si applicano anche alle persone considerate minori soltanto dalla loro legge nazionale, nonché alle persone la cui residenza abituale non si trova in uno degli Stati contraenti.
- (34) Art. 2, comma 1°: " Le autorità competenti ai sensi dell'art. 1 adottano le misure previste dalla

loro legislazione interna.”

- (35)** Ricordiamo che il regolamento si applica a tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, ad eccezione della Danimarca (vedi paragrafo 2.).
- (36)** Articolo 8
Competenza generale
1. Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui sono aditi.
 2. Il paragrafo 1 si applica fatte salve le disposizioni degli articoli 9, 10 e 12.
- (37)** Per la definizione del concetto di “responsabilità genitoriale si rinvia al paragrafo “4. Ambito di applicazione e definizione di responsabilità genitoriale”.
- (38)** Si rinvia a quanto già esposto nell'esempio fatto al “paragrafo 8. Determinazione della legge applicabile”.
- (39)** Il regolamento si applica in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea ad eccezione della Danimarca.
- (40)** Articolo 12 Proroga della competenza
comma terzo:
“3. Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti in materia di responsabilità dei genitori nei procedimenti diversi da quelli di cui al primo paragrafo se:
- a) il minore ha un legame sostanziale con quello Stato membro, in particolare perché uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente o perché è egli stesso cittadino di quello Stato
 - e
 - b) la loro competenza è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti al procedimento alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite ed è conforme all'interesse superiore del minore.”
- (41)** L'art. 12 ultimo comma prevede una ipotesi di presunzione della sussistenza dell'interesse del minore (ma è una questione che riguarda esclusivamente il giudice).
- (42)** Per quanto riguarda l'ipotesi in cui sia adito il giudice italiano si rinvia a quanto già esposto nell'esempio fatto al paragrafo 8. Determinazione della legge applicabile.
- (43)** Il regolamento si applica in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea ad eccezione della Danimarca.
- (44)** L'art. 12 ultimo comma prevede una ipotesi di presunzione della sussistenza dell'interesse del minore (ma è una questione che riguarda esclusivamente il giudice).
- (45)** Per quanto riguarda l'ipotesi in cui sia adito il giudice italiano si rinvia a quanto già esposto nell'esempio fatto al paragrafo 8. Determinazione della legge applicabile.
- (46)** Per quanto riguarda l'ipotesi in cui sia adito il giudice italiano si rinvia a quanto già esposto nell'esempio fatto al paragrafo 8. Determinazione della legge applicabile.
- (47)** L'art. 12 ultimo comma prevede una ipotesi di presunzione della sussistenza dell'interesse del minore (ma è una questione che riguarda esclusivamente il giudice).
- (48)** Per quanto riguarda l'ipotesi in cui sia adito il giudice italiano si rinvia a quanto già esposto nell'esempio fatto al paragrafo 8. Determinazione della legge applicabile.
- (49)** L'art. 12 ultimo comma prevede una ipotesi di presunzione della sussistenza dell'interesse del minore (ma è una questione che riguarda esclusivamente il giudice).

(Riproduzione riservata)