CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ELEANOR SHARPSTON presentate il 20 maggio 2010[1]

1. Due gemelli, uno dei quali attualmente si trova in Germania con la madre mentre l'altra è in Spagna con il padre, sono al centro di una controversia in materia di affidamento insorta tra i genitori, che non sono mai stati sposati e che hanno posto fine alla loro precedente convivenza. Un giudice spagnolo ha pronunciato un provvedimento provvisorio assegnando l'affidamento di entrambi i gemelli al padre, il quale domanda il riconoscimento e l'esecuzione di detto provvedimento in Germania. Il Bundesgerichtshof tedesco (Corte federale di cassazione tedesca) chiede indicazioni per sapere se un provvedimento provvisorio di questo tipo debba essere riconosciuto ed eseguito in un altro Stato membro al pari di una decisione del giudice competente che attribuisce l'affidamento in via definitiva.

Contesto normativo

2. Il giudice del rinvio chiede una pronuncia in merito all'interpretazione degli artt. 2, n. 4, 20 nonché 21 e segg. del regolamento «Bruxelles II bis» […][2]. Sono peraltro rilevanti altre parti del medesimo regolamento.

Preambolo

3. Il preambolo del regolamento contiene, tra gli altri, i seguenti «considerando»:

«(2) Il Consiglio europeo di Tampere ha approvato il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie quale fondamento per la creazione di un autentico spazio giudiziario e ha individuato nel diritto di visita un settore prioritario.

(…)

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, 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 (GU L 338, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento» o, dove necessario per distinguerlo da altri regolamenti, il «presente regolamento»).

(5) Per garantire parità di condizioni a tutti i minori, il presente regolamento disciplina tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale.

(…)

(12) È opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel presente regolamento si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza. Ciò significa che la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo ove si verifichi un cambiamento della sua residenza o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale.

(…)

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

(17) In caso di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore, si dovrebbe ottenerne immediatamente il ritorno e a tal fine dovrebbe continuare ad essere applicata la [C]onvenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 [3], quale integrata dalle disposizioni del presente regolamento, in particolare l'articolo 11. (…)

(…)

(21) Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dovrebbero fondarsi sul principio della fiducia reciproca e i motivi di non riconoscimento dovrebbero essere limitati al minimo indispensabile.

(22) Gli atti pubblici e gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro dovrebbero essere equiparati a "decisioni" ai fini dell'applicazione delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione.

(23) Il Consiglio europeo di Tampere ha affermato nelle sue conclusioni (punto 34) che le decisioni pronunciate nelle controversie familiari dovrebbero essere "automaticamente riconosciute in tutta l'Unione senza che siano necessarie

3 — Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, conclusa il 25 ottobre 1980 (in prosieguo: la "Convenzione dell'Aia del 1980").

procedure intermedie o che sussistano motivi per rifiutarne lesecuzione". Pertanto le decisioni in materia di diritto di visita o di ritorno, che siano state certificate nello Stato membro d'origine conformemente alle disposizioni del presente regolamento, dovrebbero essere riconosciute e hanno efficacia esecutiva in tutti gli altri Stati membri senza che sia richiesto qualsiasi altro procedimento. Le modalità relative all'esecuzione di tali decisioni sono tuttora disciplinate dalla legge nazionale.

(24) Il certificato rilasciato allo scopo di facilitare l'esecuzione della decisione non dovrebbe essere impugnabile. Non dovrebbe poter dare luogo a una domanda di rettifica se non in caso di errore materiale, ossia se il certificato non rispecchia correttamente il contenuto della decisione.

(…)».

Struttura del regolamento

4. Il regolamento contempla sia questioni matrimoniali sia questioni di responsabilità genitoriale. Alcune delle sue disposizioni riguardano soltanto uno di questi due settori, mentre altre sono comuni. Qui di seguito indicherò solo le disposizioni rilevanti per i problemi di responsabilità genitoriale sollevati nella presente causa. Può tuttavia essere utile ricordare la struttura generale del regolamento.

5. Il capo I del regolamento riguarda l'ambito d'applicazione e le definizioni, e comprende gli artt. 1 e 2. Il capo II riguarda la competenza ed è diviso in tre sezioni: la sezione 1 (divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio) contiene gli artt. 3-7; la sezione 2 (responsabilità genitoriale) comprende gli artt. 8-15 e la sezione 3 (disposizioni comuni) gli artt. 16-20. Il capo III, relativo al riconoscimento e all'esecuzione, consta di sei sezioni: la sezione 1 (riconoscimento) contiene gli artt. 21-27; la sezione 2 (istanza per la dichiarazione di esecutività) gli artt. 28-36; la sezione 3 (disposizioni comuni alle sezioni 1 e 2) contiene gli artt. 37-39; la sezione 4 (esecuzione di talune decisioni in materia di diritto di visita e di talune decisioni che prescrivono il ritorno del minore) gli artt. 40-45; la sezione 5 (atti pubblici e accordi) contiene l'art. 46 e la sezione 6 (altre disposizioni) gli artt. 47-52. Il capo IV, relativo alla cooperazione fra autorità centrali in materia di responsabilità genitoriale, consta degli artt. 53-58. Il capo V, che riguarda le relazioni con gli

altri atti normativi è composto dagli artt. 59-63, mentre i capi VI e VII, contenenti rispettivamente disposizioni transitorie e finali, comprendono il rimanente testo.

Ambito d'applicazione e definizioni

6. Ai sensi dell'art. 1, nn. 1, lett. b), e 2, lett. a), il regolamento si applica, indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale, alle materie civili relative all'attribuzione, all'esercizio, alla delega e alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale tra cui, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita.

7. L'art. 2 fornisce una serie di definizioni. In particolare valgono le seguenti:

«1) "autorità giurisdizionale": tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo di applicazione del presente regolamento a norma dell'[art.] 1;

(…)

4) "decisione": una decisione […] emessa dal giudice di uno Stato membro […] relativa [tra l'altro] alla responsabilità genitoriale, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza;

5) "Stato membro d"origine: lo Stato membro in cui è stata resa la decisione da eseguire;

6) "Stato membro dell'esecuzione": lo Stato membro in cui viene chiesta l'esecuzione della decisione;

7) "responsabilità genitoriale": i 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;

8) "titolare della responsabilità genitoriale": qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di genitore su un minore;

9) "diritto di affidamento": i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza;

10) "diritto di visita": in particolare il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo;

11) "trasferimento illecito o mancato ritorno del minore": il trasferimento o il mancato rientro di un minore:

a) quando avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro

e

b) se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi. L'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quanto uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale.

(…)».

Competenza

8. L'art. 8 del regolamento, che riguarda la competenza generale in materia di responsabilità genitoriale, dispone quanto segue:

«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».

9. L'art. 9 così recita:

«1. In caso di lecito trasferimento della residenza di un minore da uno Stato membro ad un altro che diventa la sua residenza abituale, la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro della precedente residenza abituale del minore permane in deroga all'[art.] 8 per un periodo di 3 mesi dal trasferimento, per modificare una decisione sul diritto di visita resa in detto Stato membro prima del trasferimento del minore, quando il titolare del diritto di visita in virtù della decisione sul diritto di visita continua a risiedere abitualmente nello Stato membro della precedente residenza abituale del minore.

2. Il paragrafo 1 non si applica se il titolare del diritto di visita di cui al paragrafo 1 ha accettato la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui risiede abitualmente il minore partecipando ai procedimenti dinanzi ad esse senza contestarla».

10. L'art. 10 riguarda la competenza nei casi di sottrazione di minori. In breve, ai sensi di tale disposizione, nel caso in cui un minore venga illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato membro diverso da quello in cui aveva sino ad allora la residenza abituale, non verrà automaticamente acquisita una nuova residenza abituale che assegni la competenza giurisdizionale ai giudici del nuovo Stato membro: pertanto, i giudici dello Stato membro originario di residenza abituale conserveranno la propria competenza giurisdizionale. (L'art. 11 detta disposizioni per l'ordine di ritorno del minore in simili circostanze).

11. L'art. 12 riguarda la proroga della competenza. In particolare, ai sensi dell'art. 12, n. 3, nei procedimenti non relativi a domande di divorzio, separazione o annullamento del matrimonio, le autorità giurisdizionali di uno Stato membro saranno competenti in materia di responsabilità dei genitori 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 il minore 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 interessate alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite ed è conforme all'interesse superiore del minore [4].

12. Ai sensi dell'art. 13, n. 1, qualora non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore né determinare la competenza ai sensi dell'[art.] 12, sono competenti i giudici dello Stato membro in cui si trova il minore.

13. L'art. 15 permette in via eccezionale alle autorità giurisdizionali competenti a conoscere del merito di trasferire la competenza alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare (segnatamente se tale Stato membro è la nuova o la precedente residenza abituale del minore, oppure se si tratta del paese di cui il minore è cittadino o della residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale), qualora tale autorità giurisdizionale sia più adatta a trattare il caso e ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore.

4 — Pur non essendo forse direttamente rilevante nella presente causa, l'art. 12, n. 1, dispone che l'autorità giurisdizionale competente a decidere, ai sensi dell'art. 5, sulle domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio è competente per tutte le questioni connesse relative alla responsabilità dei genitori se: a) almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale, e: b) la competenza giurisdizionale di tali autorità giurisdizionali è stata accettata espressamente o in 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.

14. L'art. 17 impone all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro di dichiarare d'ufficio la propria incompetenza qualora sia investita di una controversia per la quale il regolamento non prevede la sua competenza, bensì quella di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

15. L'art. 19 è relativo alla litispendenza e alla connessione. In particolare, esso dispone quanto segue:

«(…)

2. Qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diversi siano state proposte domande sulla responsabilità genitoriale su uno stesso minore, aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

3. Quando la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita è stata accertata, l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

(…)».

16. L'art. 20, intitolato «Provvedimenti provvisori e cautelari», così recita:

«1. In casi d'urgenza, le disposizioni del presente regolamento non ostano a che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro adottino i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati, anche se, a norma del presente regolamento, è competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

2. I provvedimenti adottati in esecuzione del paragrafo 1 cessano di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente in virtù del presente regolamento a conoscere del merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati».

Riconoscimento

17. L'art. 21 del regolamento, per quanto qui rileva, così recita:

«1. Le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento.

(…)

Esecuzione

3. Fatta salva la sezione 4 del presente capo, ogni parte interessata può far dichiarare, secondo il procedimento di cui alla sezione 2, che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta.

(…)

4. Se il riconoscimento di una decisione è richiesto in via incidentale dinanzi ad un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, questa può decidere al riguardo».

18. L'art. 23 detta una serie di motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale. In sintesi, si tratta di motivi attinenti all'ordine pubblico, alla mancata audizione del minore o di una parte, alla inconciliabilità con una decisione successiva o al mancato rispetto delle procedure in tema di collocamento dei minori. Non risulta che alcuno di questi motivi sia stato invocato come rilevante nella presente causa.

19. Gli artt. 24 e 26 vietano il riesame (nello Stato membro di esecuzione), rispettivamente, della competenza giurisdizionale dell'autorità giurisdizionale d'origine ovvero del merito della decisione.

20. L'art. 28, n.. 1, del regolamento così recita:

«Le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale su un minore, emesse ed esecutive in un determinato Stato membro, sono eseguite in un altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata, purché siano state notificate».

21. Come disposto dall'art. 30, n. 1, le modalità del deposito dell'istanza sono determinate in base alla legge dello Stato membro dell'esecuzione. Ai sensi dell'art. 30, n. 3, in combinato disposto con gli artt. 37 e 39, all'istanza vanno allegati a) una copia della decisione, che presenti le condizioni di autenticità prescritte e b) un certificato rilasciato dall'autorità giurisdizionale o autorità competente dello Stato membro d'origine, secondo il modello di cui all'allegato II. Tale certificato, in sostanza, assume la forma di un elenco di particolari relativi all'autorità giurisdizionale che ha pronunciato la decisione, alle parti e ai minori interessati, nonché alla decisione stessa, alla sua esecutività nello Stato membro d'origine e alla sostanza del suo contenuto.

22. Ai sensi dell'art. 31, nn. 1 e 3, l'autorità giurisdizionale adita per la dichiarazione di

esecutività deve decidere senza indugio e la decisione non può formare oggetto di un riesame del merito. In questa fase, né la persona contro la quale è chiesta l'esecuzione né il minore possono presentare osservazioni sul ricorso. Tuttavia, contro la decisione sull'istanza può essere proposta un'opposizione da ciascuna delle parti, conformemente alle norme dettate dagli artt. 33-35. Ai sensi dell'art. 31, n. 2, l'istanza può essere respinta solo per uno dei motivi di cui all'art. 23 (benché, presumibilmente, potrebbe non essere accolta anche nel caso in cui non sia soddisfatta una delle condizioni di cui all'art. 28, n. 1, — esecutività nello Stato membro di origine e notificazione alla parte convenuta).

Cooperazione transfrontaliera

24. L'art. 53 impone agli Stati membri di designare autorità centrali incaricate di assisterli nell'applicazione del regolamento. Ai sensi dell'art. 55, nell'ambito di cause specifiche alla responsabilità genitoriale, tra i compiti di tali autorità vi è quello di facilitare la comunicazione fra le autorità giurisdizionali, in relazione soprattutto all'attuazione dell'art. 15 (che consente il trasferimento di competenza ad un'autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso).

Le questioni pregiudiziali

Atti pubblici e accordi

25. Occorre aggiungere che il regolamento è stato adottato sulla base degli artt. 61, lett. c), e 67, n. 1, CE, di cui al Titolo IV della Parte terza del Trattato CE, relativa a visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone.

23. L'art. 46 del regolamento così recita:

«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 sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni».

26. Conseguentemente, fino a che il Trattato è rimasto in vigore (ossia fino al 30 novembre 2009), a norma dell'art. 68, n. 1, CE, solo gli organi giurisdizionali contro le cui decisioni non fosse ammissibile un ricorso giurisdizionale di diritto interno avrebbero potuto

chiedere alla Corte di pronunciarsi sulla sua interpretazione.

27. Tuttavia, con l'entrata in vigore del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, avvenuta il 1º dicembre 2009, l'art. 68, n. 1, CE è stato abrogato e la competenza a proporre una questione pregiudiziale relativamente a materie rientranti nel settore di cui trattasi non è più limitata alle autorità giurisdizionali contro le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale.

28. Inoltre, tanto prima quanto dopo il 30 novembre 2009, un'autorità giurisdizionale di questo tipo non soltanto può, ma è tenuta a proporre una questione pregiudiziale qualora reputi necessaria una decisione sul punto per emanare la sua sentenza [5].

29. Infine, se del caso, su richiesta del giudice del rinvio o d'ufficio (e ricordando lo scopo ultimo di ottenere, il prima possibile, una stabilità duratura nella vita dei minori), la Corte può trattare una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta in questo settore secondo una speciale procedura d'urgenza ai sensi dell'art. 23 bis del suo Statuto e dell'art. 104 bis del suo regolamento di procedura.

I precursori del regolamento nel diritto dell'Unione europea

30. Il regolamento fa parte di un processo di evoluzione organica nel diritto della Comunità europea (e ora dell'Unione) che ha avuto inizio con la Convenzione di Bruxelles del 1968 [6], ora quasi integralmente sostituita dal regolamento n. 44/2001 [7]. Tali atti non coprono però il settore della responsabilità genitoriale, che era dapprima disciplinato (anche se solo limitatamente ai figli minori di coppie sposate) dal regolamento n. 1347/2000 [8], ora abrogato e sostituito dal

5 — Terzo comma sia dell'art. 234 CE sia dell'art. 267 TFUE.

6 — Convenzione del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Una versione consolidata della Convenzione, come modificata dalle successive quattro Convenzioni di adesione, è pubblicata in GU 1998, C 27, pag. 1. Essa è ancora in vigore nei rapporti tra la Danimarca e gli altri Stati membri, nonché nei confronti di alcuni territori d'oltremare.

7 — Regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1), nella versione modificata — noto anche come il «regolamento di Bruxelles».

8 — Regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1347, 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 (GU L 160, pag. 19) — noto anche come il «regolamento di Bruxelles II». Questo regolamento è stato preceduto (e ne riproduce in larga parte la lettera), dalla «Convenzione di Bruxelles II» concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali (GU 1998, C 221, pag. 2). Tale Convenzione di fatto non è mai stata ratificata, ma esiste una relazione esplicativa sulla sua elaborazione (la Relazione Borrás, ibid., pag. 27).

presente regolamento [9]. Tuttavia, molte delle loro disposizioni in tema di riconoscimento ed esecuzione, in particolare con riferimento ai provvedimenti provvisori, sono analoghe a quelle contenute nel regolamento. In questi casi, la giurisprudenza ed altre fonti [10] relative a tali disposizioni possono risultare pure rilevanti nel contesto del presente regolamento.

31. Nessuna delle norme in tema di competenza contenute in alcuno degli atti precedenti riguarda questioni di responsabilità genitoriale che siano indipendenti da cause matrimoniali.

32. Per quanto riguarda la litispendenza, l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, l'art. 11 del regolamento n. 1347/2000 e l'art. 27 del regolamento n. 44/2001 contengono disposizioni aventi lo stesso effetto, mutatis mutandis, dell'art. 19, nn. 2 e 3, del presente regolamento [11].

33. Riguardo alle misure provvisorie, il regolamento n. 1347/2000 conteneva, all'art. 12, una disposizione redatta negli stessi termini dell'art. 20, n. 1, del presente regolamento [12], mentre l'art. 24 della Convenzione di Bruxelles e l'art. 31 del regolamento n. 44/2001 contengono una disposizione sostanzialmente analoga.

34. In merito al riconoscimento, disposizioni analoghe (anche se non identiche) a quelle appena citate [13] si trovano negli artt. 26-29 della Convenzione di Bruxelles, negli artt. 14, 15, 17 e 19 del regolamento n. 1347/2000 e negli artt. 33-36 del regolamento n. 44/2001. Tuttavia, i motivi di mancato riconoscimento sono, comprensibilmente, specifici per il tipo di provvedimento di cui trattasi, e né la Convenzione di Bruxelles né il regolamento n. 44/2001 vietano in modo assoluto il riesame della competenza dell'autorità giurisdizionale di origine, come disposto dall'art. 24 del presente regolamento.

35. Quanto all'esecuzione, le disposizioni degli artt. 31 e segg. della Convenzione di

9 — Esisteva anche una proposta intermedia della Commissione per un regolamento del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di potestà dei genitori [COM (2001) 505 def., GU 2001, C 332E, pag. 269], che non è mai stata adottata in quanto tale.

10 — La Corte, per esempio, ha fatto più volte riferimento alla Relazione Jenard sulla Convenzione di Bruxelles (GU 1979, C 59, pag. 1) e alla Relazione Schlosser sulla Convenzione relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito alla stessa (ibid., pag. 71). Analogamente, la Relazione Borràs menzionata alla nota 8 può fornire alcune linee guida per l'interpretazione del regolamento n. 1347/2000 nonché del presente regolamento, ad esso successivo, così come le relazioni sulle diverse proposte di regolamenti formulate dalla Commissione.

11 — V., supra, paragrafo 15.

12 — V., supra, paragrafo 16; tale articolo inoltre è identico (fatta eccezione per l'uso del termine «Regolamento» anziché «Convenzione») all'art. 12 della Convenzione di Bruxelles II, cit. alla nota 8.

13 — V., supra, paragrafi 17-19.

Bruxelles, degli artt. 21 e segg. del regolamento n. 1347/2000 e degli artt. 38 e segg. del regolamento n. 44/2001 presentano talune corrispondenze con le disposizioni degli artt. 28 e segg. del regolamento [14].

36. Infine, per quel che riguarda gli atti pubblici e gli accordi, gli artt. 50 e 51 della Convenzione di Bruxelles e gli artt. 57 e 58 del regolamento n. 44/2001 prevedono l'esecutività in base a condizioni analoghe a quelle indicate dall'art. 46 del regolamento [15], sebbene il regolamento n. 1347/2000 non contenesse disposizioni analoghe.

37. Nell'analisi che mi accingo ad effettuare farò riferimento a queste disposizioni antecedenti in modo più dettagliato, nei limiti in cui possano essere utili per l'interpretazione del regolamento.

I precursori internazionali del regolamento

38. Tuttavia — come forse si addice ad un provvedimento in tema di diritto di famiglia — la genealogia del regolamento si articola in più rami.

39. Una prima Convenzione dell'Aia [16] relativa all'attribuzione della custodia dei minori venne stipulata nel 1902 [17]. Tale convenzione è stata ampiamente superata dalla Convenzione sulla protezione dei minori del 1961 [18]. Quest'ultima è stata a sua volta superata (anche se non altrettanto ampiamente, non essendo completato il suo processo di ratifica) dalla più recente Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori [19]. In un settore connesso,

14 — V., supra, paragrafi 20-22.

15 — V., supra, paragrafo 23.

16 — Le varie Convenzioni dell'Aia qui menzionate sono reperibili su sito internet (http://www.hcch.net) e nelle pubblicazioni della Conferenza dell'Aia sul diritto internazionale privato, di cui sono parti tutti gli Stati membri e la stessa Unione europea (v. decisione del Consiglio 5 ottobre 2006, 2006/719/CE, sull'adesione della Comunità alla Conferenza dell'Aia sul diritto internazionale privato, GU L 267, pag. 1, in combinato disposto con l'art. 1, TUE, ultima frase). Sul sito internet si trovano anche la Relazione Steiger sulla Convenzione del 1961, la Relazione Pérez-Vera sulla Convenzione del 1980 e la Relazione Lagarde sulla Convenzione del 1996, strumenti ai quali può essere fatto riferimento.

17 — Convention du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs [Convenzione 12 giugno 1902 per la disciplina della tutela dei minori] (in prosieguo: la «Convenzione del 1902»).

18 — Convenzione sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, stipulata il 5 ottobre 1961 (in prosieguo: «la Convenzione del 1961»). Per gli Stati che sono parti sia della Convenzione del 1902 sia della Convenzione del 1961, si applica la seconda. Per quel che riguarda gli Stati membri, la Convenzione del 1902 è ancora in vigore nelle relazioni tra Lussemburgo, Belgio e Romania (v. *Comparative study on enforcement procedures of family rights*, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 2007, pag. 84). La Convenzione del 1961 è stata ratificata da 11 degli attuali Stati membri, tra i quali vi sono sia la Germania che la Spagna.

19 — Convenzione sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione, in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori, stipulata il 19 ottobre 1996 (GU 2008, L 151, pag. 39). Tale convenzione è stata firmata da tutti gli Stati membri dell'Unione, ma attualmente è stata ratificata solo da otto tra essi, tra i quali non vi sono né la Germania né la Spagna; tutti gli altri Stati membri, eccettuata la Danimarca, sono stati autorizzati a ratificarla o ad aderirvi, simultaneamente, nell'interesse dell'Unione (v. Decisione del Consiglio 2008/431/CE, ibid., pag. 36).

esiste una Convenzione dell'Aia sulla sottrazione dei minori [20].

40. Esiste, inoltre, una Convenzione del Consiglio d'Europa del 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento [21].

41. Ai sensi degli artt. 60-62 del regolamento, in sostanza, nei rapporti tra gli Stati membri che ne sono parti, le Convenzioni del 1961, del 1980 e del 1996 continuano a produrre effetti nelle materie non rientranti nel regolamento, anche se quest'ultimo prevale nelle materie da esso disciplinate.

42. Per quel che riguarda la competenza in materia di tutela, la Convenzione del 1902 in sostanza attribuiva tale competenza alle autorità del paese del minore. Tuttavia, l'art. 7 stabiliva che, in pendenza di una decisione sulla tutela, e in tutti i casi di urgenza, le autorità locali avrebbero potuto adottare ogni misura necessaria per la protezione della persona o degli interessi di un minore straniero.

La Convenzione nulla disponeva riguardo al riconoscimento o all'esecuzione di misure di questo tipo in un altro Stato.

43. La Convenzione del 1961 privilegia la legge del paese del minore riguardo all'«assoggettamento del minore all'autorità», mentre per altri aspetti attribuisce alle autorità dello Stato di residenza abituale il potere di adottare misure finalizzate alla protezione della persona o dei beni del minore. Ai sensi dell'art. 7, tutte queste misure debbono essere riconosciute in tutti gli Stati contraenti ma, nei casi in cui sia domandata l'esecuzione in un altro Stato, il riconoscimento e l'esecuzione saranno regolati o dal diritto interno del paese in cui l'esecuzione viene richiesta, o dalle convenzioni internazionali applicabili. L'art. 9 — al quale peraltro non si applicano le norme sul riconoscimento e l'esecuzione reciproci disposte dall'art. 7 — stabilisce che, in tutti i casi di urgenza, l'autorità di un qualsiasi Stato contraente nel quale il minore si trovi o possegga delle proprietà può adottare tutte le misure di protezione necessarie.

44. La Convenzione del 1996 lascia cadere ogni riferimento alla nazionalità e attribuisce la competenza relativamente a tutte le questioni di responsabilità genitoriale (definite ampiamente nell'art. 3) alle autorità giudiziali o amministrative dello Stato contraente in cui il minore risiede abitualmente. Tuttavia, come disposto dall'art. 11, in tutti i casi di urgenza, le autorità di uno Stato contraente in cui il minore si trovi o abbia delle proprietà

20 — Cit., supra, alla nota 3. La Convenzione dell'Aia del 1980 è stata ratificata da tutti gli Stati membri.

21 — Conclusa a Lussemburgo il 20 maggio 1980, European Treaty Series n. 105 (in prosieguo: la «Convenzione europea del 1980»). Tale Convenzione attualmente è stata ratificata da tutti gli Stati membri, tranne la Slovenia.

possono adottare tutte le misure di protezione necessarie, che resteranno in vigore finché le autorità dello Stato di residenza abituale abbiano adottato le misure imposte dalla situazione. Ai sensi dell'art. 12, le autorità di uno Stato contraente in cui il minore si trovi (non per ragioni di trasferimento o di mancato rientro illeciti) o abbia delle proprietà possono adottare misure cautelari provvisorie aventi un effetto territoriale limitato allo Stato di cui trattasi. Gli artt. 23-28 prevedono il riconoscimento e l'esecuzione reciproci in base a principi analoghi a quelli contenuti nelle disposizioni del regolamento, anche se in termini più generali. Significativamente, l'art. 23, n. 2, lett. a), permette di riesaminare la competenza dell'autorità giurisdizionale di origine.

45. La Convenzione dell'Aia del 1980 mira a) a garantire l'immediato rientro dei minori trasferiti o trattenuti illecitamente in uno Stato contraente, e b) a garantire che i diritti di custodia e di visita in base alla legge di uno Stato contraente vengano effettivamente rispettati negli altri Stati contraenti (art. 1). Essa dispone, tra l'altro, che il trasferimento o il mancato rientro vengono considerati illeciti a) quando avvengono in violazione dei diritti di affidamento attribuiti in base alla legge dello Stato in cui il minore risiedeva abitualmente subito prima del trasferimento, e b) se tali diritti erano effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento, o lo sarebbero stati se non fossero sopravvenuti il trasferimento o il mancato rientro. Inoltre essa specifica che i diritti di affidamento in parola possono scaturire tra l'altro in virtù della legge, di una decisione giudiziaria o amministrativa o di un accordo in vigore in base al diritto di tale Stato (art. 3). Ai sensi dell'art. 16, le autorità che abbiano avuto notizia di un trasferimento illecito o di un mancato rientro non potranno deliberare per quanto riguarda i diritti di affidamento fino a quando non sia stabilito che le condizioni relative al ritorno del minore sono soddisfatte, a meno che non venga presentata un'istanza per il ritorno entro un periodo di tempo ragionevole.

46. La Convenzione europea del 1980 non contiene alcuna disposizione in materia di competenza ma detta un principio generale di riconoscimento e di esecuzione reciproci delle decisioni in tema di affidamento pronunciate in uno Stato contraente, soggetto a deroghe analoghe a quelle previste dall'art. 23 del regolamento ma più ampie di queste [22]. In particolare, la competenza dell'autorità giurisdizionale che pronuncia la decisione può essere impugnata sulla base di alcuni motivi [artt. 9, n. 1, lett. b), e 10, n. 1]. Non viene peraltro fatta alcuna distinzione tra misure che abbiano o meno carattere provvisorio o urgente. La Convenzione inoltre detta un quadro procedurale generale per l'ottenimento del riconoscimento e dell'esecuzione, meno

22 — V., supra, paragrafo 18.

dettagliato però rispetto a quanto avviene nel regolamento (artt. 13-16).

47. Di nuovo, farò riferimento alle disposizioni di tali convenzioni nei limiti in cui risultino utili per l'interpretazione del regolamento.

La Convenzione bilaterale tra Germania e Spagna

48. Una convenzione tra Germania e Spagna sul riconoscimento e l'esecuzione di decisioni e transazioni giudiziarie e di documenti pubblici esecutivi in materia civile e commerciale [23] è stata firmata a Bonn il 14 novembre 1983. Essa prevede il riconoscimento e l'esecuzione reciproci di decisioni (comprese quelle in materia matrimoniale e di relazioni familiari) emanate da un'autorità giurisdizionale di uno dei due Stati competente in base alle norme dettate nella Convenzione stessa. Detta Convenzione è menzionata nel provvedimento provvisorio oggetto della presente causa. Tuttavia, come specificato all'art. 59, n. 1, del regolamento, quest'ultimo sostituisce «le convenzioni vigenti alla data della sua entrata in vigore, concluse tra due o più Stati membri su materie disciplinate dal presente regolamento».

Fatti, procedimento e questione sottoposta alla Corte

49. La madre dei due gemelli del cui affidamento si discute è cittadina tedesca. Il padre è cittadino spagnolo. I due non sono mai stati sposati, ma hanno convissuto in Spagna dalla metà del 2005 sino agli inizi del 2007. I gemelli — M., un maschio, e S., una femmina — sono venuti alla luce con un parto prematuro il 31 maggio 2006. A causa delle loro condizioni, si era resa necessaria una loro permanenza in ospedale per alcuni mesi dopo la nascita. Mentre M. aveva potuto lasciare l'ospedale nel settembre 2006, S. era stata dimessa solo nel marzo 2007.

50. Nel frattempo, però, i genitori avevano deciso di non vivere più assieme. Il 25 gennaio

23 — Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Vergleichen sowie vollstreckbaren öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handelssachen; Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil (in prosieguo: la «Convenzione bilaterale del 1983»).

2007 stipulavano un accordo che regolava la fine del loro rapporto. Riguardo ai figli veniva deciso che, pur restando la potestà genitoriale e l'affidamento in capo ad entrambi i genitori, la madre rientrasse con i gemelli in Germania e che al padre spettasse un diritto di visita.

51. L'accordo veniva poi formalizzato da un notaio alla presenza e con il consenso di entrambe le parti, il 30 gennaio 2007, nella forma di un *convenio regulador* (accordo che regola la fine di un matrimonio o di una relazione equivalente, per la cui esecutività occorre l'approvazione da parte di un'autorità giurisdizionale [24]). Nell'atto notarile veniva specificato che, per divenire pienamente efficace, l'accordo avrebbe dovuto essere approvato da un'autorità giurisdizionale [25] e che le parti avevano esplicitamente acconsentito ad accettare qualsiasi decisione giudiziale successiva riguardante le materie interessate.

52. Tuttavia, dato che S. non poteva essere dimessa prima del 2 febbraio 2007, data programmata del viaggio, la madre di fatto si recava in Germania in tale data, assieme al gemello maschio M. e al figlio maggiore, avuto da una precedente relazione.

Procedimento promosso dal padre in Spagna

53. Il 28 giugno 2007 il padre si rivolgeva al tribunale di primo grado locale (il Juzgado de Primera Instancia n. 4 in San Lorenzo de El Escorial; in prosieguo: il «giudice spagnolo»), per ottenere un «provvedimento provvisorio urgente ed immediato» [26], chiedendo il riconoscimento della custodia di entrambi i gemelli, il ritorno di M. in Spagna e un'ingiunzione alla madre di pagare EUR 300 al mese a titolo di mantenimento di ciascuno dei figli.

54. Il giudice spagnolo ha considerato espressamente la propria competenza a disporre tali misure, ed ha concluso in senso affermativo.

55. Nel suo provvedimento si specifica che la domanda di misure provvisorie presentata dal padre si basava sugli artt. 1 e 2 della Convenzione dell'Aia del 1980, sul regolamento e sull'art. 8 della Convenzione bilaterale del 1983 relativamente alla competenza delle autorità giurisdizionali spagnole.

24 — Artt. 81, 86 e 90 del Codice civile spagnolo; art. 777 della Ley de enjuiciamiento civil (Legge sulla procedura civile; in prosieguo: la «LEC»).

25 — V. art. 46 del regolamento, cit., supra, al paragrafo 23. A quanto risulta, peraltro, la detta approvazione da parte dell'autorità giurisdizionale in realtà non era stata poi ottenuta.

26 — A quanto risulta, ai sensi dell'art. 771 della LEC, le misure provvisorie «preliminari» possono essere chieste prima di introdurre una domanda di divorzio, di separazione o di nullità del matrimonio, purché la domanda principale venga presentata entro certi termini a pena di decadenza. Detta procedura sembra essere stata richiesta ed applicata per analogia nel caso di specie, in cui i genitori non erano sposati. V., infra, nota 34.

56. Inoltre, si dà atto che la madre non era presente all'udienza del 26 settembre 2007 [27], ma che aveva presentato in Germania le sue osservazioni scritte (tradotte in spagnolo e tenute in considerazione dal giudice stesso), contestando la competenza delle autorità giurisdizionali spagnole e chiedendo che la causa proseguisse in Germania, dove era già iniziata [28]. La madre inoltre era rappresentata in tribunale da un avvocato, il quale aveva dichiarato che M. era stato legalmente trasferito in Germania, sulla base dell'accordo notarile, e che i suoi interessi avrebbero dovuto essere curati in tale paese.

57. Nell'affermare la propria competenza, il giudice spagnolo si è riferito genericamente alla «normativa europea citata e alle convenzioni ratificate da Spagna e Germania». Più specificamente, esso ha menzionato l'art. 769, n. 3, della LEC ai sensi del quale, nei procedimenti aventi ad oggetto unicamente l'affidamento di minori o le controversie fra genitori riguardo al mantenimento di un minore, la competenza spetta all'autorità giurisdizionale di primo grado del luogo in cui i genitori hanno avuto l'ultima residenza comune. Esso ha fatto inoltre riferimento all'art. 1 della Convenzione dell'Aia del 1980 che attribuisce la competenza all'autorità giurisdizionale del luogo di residenza del minore, avendo M. risieduto abitualmente in Spagna fino al 2 febbraio 2007.

58. Inoltre, detto giudice ha fatto esplicito riferimento all'art. 19 del regolamento, relativo alla litispendenza, considerando che, se il procedimento iniziato dalla madre in Germania [29] aveva il medesimo oggetto e il medesimo titolo fatti valere nella precedente richiesta del padre in Spagna, l'autorità giurisdizionale tedesca avrebbe dovuto sospendere il procedimento dinanzi ad essa pendente.

59. Il giudice spagnolo non ha invece menzionato l'art. 20 del regolamento, relativo ai provvedimenti provvisori e cautelari adottati in casi di urgenza. Questo forse sta ad indicare che egli riteneva di avere una competenza cognitiva di merito e non soltanto il più limitato potere (permissivo ed eccezionale) di adottare misure provvisorie o cautelari urgenti nei confronti di soggetti rientranti nella sua competenza territoriale.

60. Il giudice spagnolo ha inoltre sottolineato che il pubblico ministero, che aveva presentato osservazioni a favore della sua competenza, aveva messo in dubbio la legittimità del trasferimento di M. dalla Spagna, facendo rilevare che l'accordo notarile non aveva ottenuto l'approvazione da parte dell'autorità giurisdizionale [30]. Lo stesso giudice ha poi

27 — Nelle osservazioni presentate alla Corte, la madre dichiara che aveva dovuto occuparsi di M., che all'epoca era malato.

28 — Il 20 settembre 2007; v., infra, paragrafi 67 e segg.

29 — V., infra, paragrafi 67 e segg.

30 — V., supra, paragrafo 51, nonché art. 46 del regolamento, cit. al paragrafo 23.

menzionato (anche se non esplicitamente come fondamento della propria competenza) il fatto che il padre sosteneva di aver ricevuto pressioni per firmare l'accordo, o di essere stato tratto in inganno nel farlo, e che il giorno in cui aveva sottoscritto l'atto notarile si era recato dalla polizia nel tentativo di impedire alla madre di partire per la Germania con i figli.

61. Considerati nel loro insieme, questi particolari possono indicare che, secondo il giudice spagnolo, M. era stato illecitamente trasferito ai sensi del regolamento e della Convenzione dell'Aia del 1980 e che di conseguenza egli conservava la competenza, conformemente all'art. 10 del regolamento. Tuttavia, il suo provvedimento non contiene alcun esplicito riferimento a tale disposizione né all'art. 8, sulla base del quale tale giudice avrebbe potuto anche dichiararsi competente alla luce della sua posizione riguardo alla residenza abituale di M. [31].

62. Una volta stabilito di essere competente a disporre le misure richieste, il giudice spagnolo ha emanato un provvedimento in data 8 novembre 2007, rettificato riguardo all'affidamento il 28 novembre 2007 (in prosieguo: il «provvedimento contestato»). Quale provvedimento cautelare urgente ed immediato, esso a titolo provvisorio:

— attribuiva l'affidamento dei gemelli al padre [32], lasciando la patria potestà (potestà genitoriale, diritti e doveri) ad entrambi i genitori; in proposito, si ordinava alla madre di restituire M. al padre in Spagna, pur conservando diritti illimitati di visita ad entrambi i figli;

— vietava il trasferimento dei gemelli fuori dal territorio spagnolo senza previa autorizzazione;

— disponeva che i loro passaporti rimanessero in possesso del padre;

— imponeva l'assoggettamento ad autorizzazione giudiziaria di ogni cambio di residenza di entrambi i minori; e

— non disponeva alcun obbligo alimentare a carico della madre.

63. Da un documento del tribunale, datato 11 gennaio 2008, allegato al provvedimento contestato, nonché dagli artt. 451 e 452 della LEC, cui tale documento fa riferimento, emerge che dinanzi al medesimo giudice

31 — Per contro, qualora il trasferimento in Germania di M. potesse considerarsi lecito, il combinato disposto degli artt. 8 e 9 implicherebbe che il minore avrebbe acquisito una nuova residenza abituale in tale Stato, dalla quale deriverebbe la competenza delle autorità giurisdizionali tedesche.

32 — Prima della rettifica, il provvedimento aveva attribuito l'affidamento *congiunto* al padre, cosa che viene definita come un «errore materiale» nel provvedimento di rettifica.

poteva essere presentata domanda («recurso de reposición») per ottenere l'annullamento o la modifica del provvedimento entro cinque giorni. Nelle osservazioni presentate alla Corte, il governo spagnolo afferma che non si può proporre ricorso avverso provvedimenti interlocutori come il provvedimento contestato, ma sono ammesse modifiche nel corso del successivo procedimento principale. Esso spiega che le misure interlocutorie acquistano efficacia solo se sono seguite da una richiesta di pronuncia nel merito e, nel presente caso, nel gennaio 2008 è stato promosso un procedimento successivo.

64. Sempre l'11 gennaio 2008 il giudice spagnolo ha rilasciato un certificato secondo il modello di cui all'allegato II al regolamento [33]. In tale certificato si dichiara tra l'altro che la decisione non era stata resa in contumacia, che era esecutiva secondo la legge dello Stato membro di origine, che era stata notificata alla madre, parte contro cui l'esecuzione veniva fatta valere, e che prevedeva che il minore fosse restituito al padre.

65. Il fascicolo della causa nazionale trasmesso dal Bundesgerichtshof contiene documenti depositati dall'avvocato della madre in Germania, nei quali si dichiara che il provvedimento dell'8 novembre 2007 era stato notificato al legale della madre in Spagna in data 16 novembre 2007, e che la madre pensava che anche il legale del padre avesse ricevuto la notifica lo stesso giorno. Essa inoltre afferma che la richiesta di decisione nel merito proposta dal padre era stata depositata dinanzi al giudice spagnolo il 21 gennaio 2008 mentre, per convalidare il provvedimento interlocutorio, il deposito avrebbe dovuto essere effettuato entro 30 giorni lavorativi dalla notifica [34].

66. Per di più, nel rispondere a taluni quesiti posti da questa Corte, il legale tedesco della madre ha spiegato che, il 28 ottobre 2008, il giudice spagnolo aveva confermato la propria competenza internazionale e aveva ribadito di essere l'«autorità giurisdizionale preventivamente adita», ai sensi dell'art. 19, n. 2, del regolamento. La madre si era allora rivolta alla Audiencia Provincial (Tribunale provinciale) di Madrid, contestando questa dichiarazione di competenza nella causa di

33 — V., supra, paragrafo 21. Tale modello di certificato riguarda le decisioni in materia di responsabilità genitoriale. Anche se una delle misure disposte imponeva alla madre di restituire M. al padre, il giudice spagnolo non ha utilizzato il modello di certificato di cui all'allegato IV, relativo alle decisioni in materia di restituzione dei minori in situazioni successive ad una sottrazione, ad un provvedimento iniziale di restituzione del minore e ad una decisione di non restituzione ai sensi della Convenzione dell'Aia del 1980 [v. artt. 11, n. 8, 40, n. 1, lett. b), e 42 del regolamento, nonché art. 13 della Convenzione dell'Aia del 1980].

34 — Come risulta ai sensi dell'art. 771, n. 5, della LEC («Los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los *treinta días siguientes a su adopción* se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio» [Gli effetti e i mezzi accordati ai sensi del presente articolo si producono solo se viene presentata la domanda di annullamento, separazione o divorzio entro *trenta giorni dalla sua adozione*] — (il corsivo è mio). L'art. 771, cui il giudice spagnolo si riferisce nel suo provvedimento, riguarda le misure provvisorie preliminari ad una domanda di annullamento, separazione o divorzio. Ai sensi dell'art. 772, n. 1, se la domanda viene dichiarata ricevibile, le misure provvisorie precedentemente adottate vengono assorbite nella nuova procedura. Anche se i genitori non sono mai stati sposati, tali disposizioni appaiono applicabili per analogia, alla luce, come asserito dal governo spagnolo, dell'art. 748, n. 4, ai sensi del quale le disposizioni del titolo di cui formano parte sono applicabili ai procedimenti che riguardano esclusivamente l'affidamento di minori.

merito. Poco prima dell'udienza nel presente procedimento pregiudiziale, la corte d'appello ha respinto tale domanda, confermando la competenza dell'autorità giurisdizionale di primo grado nei confronti di *entrambi* i gemelli e menzionando l'art. 20 del regolamento nella sua decisione. Non è stata però ancora emanata alcuna decisione di merito da parte dell'autorità giurisdizionale di primo grado.

Il procedimento promosso dalla madre in Germania

67. Il 20 settembre 2007, mentre già era pendente in Spagna il procedimento sopra descritto ma prima dell'adozione del provvedimento contestato, la madre aveva promosso una causa dinanzi all'Amtsgericht Albstadt, chiedendo l'affidamento di entrambi i figli.

68. Nell'ordinanza di rinvio si specifica che tale causa di affidamento veniva sospesa ai sensi dell'art. 16 della Convenzione dell'Aia del 1980 [35]. L'Amtsgericht Stuttgart, al quale la causa era stata assegnata per ragioni procedurali, ha espresso perplessità riguardo alla propria competenza e, data l'esistenza di una causa di merito pendente in Spagna, ha manifestato l'intenzione di sospendere il procedimento ai sensi dell'art. 19, n. 2, del regolamento.

69. Conformemente alle pronunce giurisdizionali rilevanti prodotte dal legale della madre su richiesta della Corte, l'Amtsgericht ha in effetti sospeso il procedimento su tale base in data 8 dicembre 2008. Tuttavia, a seguito dell'impugnazione proposta dalla madre dinanzi all'Oberlandesgericht Stuttgart (Corte d'appello di Stoccarda), la sua decisione sul punto è stata ribaltata il 14 maggio 2009. Il giudice dell'appello ha messo in rilievo che il procedimento in Spagna aveva natura interlocutoria mentre quello in Germania verteva sul riconoscimento definitivo dell'affidamento; pertanto, esso ha ritenuto che le due cause non avessero lo stesso titolo e lo stesso oggetto ai sensi dell'art. 19, n. 2, e che il giudice di prime cure dovesse riconsiderare la propria competenza alla luce di tale elemento.

70. Tuttavia, in una decisione datata 8 giugno 2009, l'Amtsgericht ha dichiarato di non essere ancora convinto — principalmente perché non era certo della legittimità del trasferimento di M. in Germania, cosa che in forza dell'art. 9 del regolamento avrebbe attribuito la competenza alle autorità giurisdizionali tedesche, ovvero della sua illegittimità, nel qual caso le autorità giurisdizionali spagnole avrebbero conservato la competenza ai sensi dell'art. 10. Esso ha inoltre considerato che la questione della competenza potesse

35 — V., supra, paragrafo 45.

essere risolta solo sottoponendo alla Corte di giustizia una questione per ottenere un chiarimento [36].

La causa promossa dal padre in Germania

71. Nella causa che ha dato origine alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale, il padre chiede che il provvedimento contestato venga dichiarato esecutivo in Germania.

72. Secondo l'ordinanza di rinvio, egli aveva in origine chiesto in via principale che fosse disposto il rientro di M., e solo in via cautelare che il provvedimento contestato fosse dichiarato esecutivo. Successivamente, però, lo stesso aveva domandato in via principale la dichiarazione di esecutività.

73. Il fascicolo nazionale trasmesso alla Corte comprende copie certificate (e traduzioni in tedesco autenticate) della decisione originale e della decisione di rettifica del giudice spagnolo, unitamente al certificato rilasciato da detto giudice l'11 gennaio 2008 secondo il modello di cui all'allegato II del regolamento.

74. Le autorità giurisdizionali competenti di primo grado e di appello (ossia ancora l'Amtsgericht e l'Oberlandesgericht Stuttgart) hanno pertanto accordato l'exequatur alla decisione del giudice spagnolo e hanno minacciato di infliggere una sanzione pecuniaria alla madre in caso di inottemperanza. Contro tali decisioni quest'ultima ha presentato un ricorso in cassazione dinanzi al Bundesgerichtshof, il quale riassume la decisione del giudice di appello nei termini seguenti.

75. Non sarebbero ravvisabili motivi che ostano all'esecuzione della decisione del giudice spagnolo. Anche se si tratta di un provvedimento provvisorio, l'art. 2, n. 4, del regolamento non distinguerebbe a seconda della forma della decisione ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione. I figli comuni non erano stati ascoltati dal giudice spagnolo, ma ciò non sarebbe contrario ai principi procedurali fondamentali del diritto tedesco, tanto più che all'epoca essi avrebbero avuto solo un anno e mezzo. La madre mette in dubbio il carattere esecutivo della decisione del giudice spagnolo per introduzione tardiva del procedimento principale, ma il giudice spagnolo ha prodotto un certificato ai sensi dell'art. 39 del regolamento. Non sussisterebbero neanche i motivi di rifiuto dell'esecuzione previsti dall'art. 23 del regolamento. Non sarebbe ravvisabile una violazione dell'ordine pubblico tedesco e i diritti della difesa della madre sarebbero stati garantiti dalla sua citazione a comparire all'udienza. Sarebbe stata la madre stessa a decidere di non comparire di persona, ma di farsi rappresentare da un avvocato.

36 — Alla Corte non è ancora stata presentata alcuna questione sul punto da parte dell'Amstgericht — che, ovviamente, non era competente a proporre una domanda pregiudiziale in questo settore prima dell'entrata in vigore del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il 1º dicembre 2009.

Un esame nel merito del procedimento di affidamento deciso in Spagna sarebbe impedito al giudice in sede di riconoscimento ed esecuzione.

76. Nel ricorso dinanzi al Bundesgerichtshof la madre sostiene che le disposizioni del regolamento in tema di riconoscimento ed esecuzione non sono applicabili ai provvedimenti provvisori di cui all'art. 20, i quali non si possono qualificare come una «decisione relativa alla responsabilità genitoriale» ai sensi dell'art. 2, n. 4.

77. Il Bundesgerichtshof prende in esame diversi approcci dottrinali al riguardo.

78. Una parte della dottrina esclude i provvedimenti adottati nelle circostanze previste dall'art. 20, n. 1, del regolamento dall'ambito di applicazione delle disposizioni concernenti il riconoscimento e l'esecuzione. I sostenitori di tale tesi qualificano detta disposizione quale mera norma sulla competenza — interpretazione che sarebbe suffragata dalla sentenza pronunciata nella causa A. [37], secondo la quale i provvedimenti urgenti ai sensi dell'art. 20 devono avere carattere provvisorio e la loro attuazione nonché il loro carattere imperativo devono essere determinati secondo quanto prescritto dalla normativa nazionale. A patto che entrambe le parti siano state ascoltate, i provvedimenti provvisori (non emanati in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale) vanno riconosciuti ed eseguiti in forza della Convenzione di Bruxelles e del regolamento n. 44/2001, rispettando unicamente le restrizioni prescritte dalla Corte. Anche se la situazione prevista nell'ambito del presente regolamento sembra analoga, l'art. 20, n. 1, riguarda l'adozione di provvedimenti previsti dalla legge di uno Stato membro «relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati», creando un nesso tra l'oggetto del provvedimento e la competenza territoriale. Dagli artt. 1, n. 1, 2, n. 4, e 20, n. 1, si evince che l'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nel regolamento in tema di riconoscimento ed esecuzione sarebbe limitato alle decisioni nel merito.

79. Altra parte della dottrina estenderebbe l'ambito di applicazione dell'art. 2, n. 4, ai provvedimenti provvisori resi da un giudice competente nell'ambito del procedimento di merito purché, per lo meno in una fase successiva, venga assicurato il contraddittorio. Diversamente dalla Convenzione di Bruxelles e dal regolamento n. 44/2001, il presente regolamento riguarderebbe rapporti triangolari, nei quali una terza persona, ossia il minore, sarebbe particolarmente bisognosa di tutela. Il contraddittorio dovrebbe pertanto essere

37 — Sentenza 2 aprile 2009, causa C-523/07 (Racc. pag. I-2805).

garantito, eventualmente anche solo dopo l'adozione di un provvedimento provvisorio [38].

80. Una terza parte della dottrina limiterebbe l'applicazione del regolamento ai provvedimenti provvisori resi dopo che le parti sono state ascoltate. Un semplice adempimento successivo del principio del contraddittorio non sarebbe sufficiente. Sarebbe un errore del regolamento quello di riprendere, in materia di affidamento, gli strumenti concepiti per i procedimenti in contraddittorio; questo principio non dovrebbe essere esteso a scapito del sistema equilibrato proprio della Convenzione dell'Aia del 1980.

81. Infine, un quarto gruppo di autori sostiene un'ampia inclusione dei provvedimenti provvisori nel sistema del regolamento riguardo al riconoscimento e all'esecuzione. Una parte di questa dottrina considera i provvedimenti adottati nelle circostanze previste dall'art. 20 come «decisioni» ai sensi dell'art. 2, n. 4, un'altra parte non condivide questa posizione, ma tutti concordano sull'applicabilità a tali provvedimenti degli artt. 21 e segg.

82. L'esito del ricorso promosso dalla madre, e quello della richiesta del padre diretta ad ottenere il riconoscimento del provvedimento contestato, sarebbero dunque diversi a seconda dell'approccio adottato. Tuttavia, così come la Corte d'appello, il Bundesgerichtshof riconosce che il provvedimento non è contrario all'ordine pubblico tedesco, che la madre ha avuto un'adeguata opportunità di presentare le proprie ragioni di causa dinanzi al giudice spagnolo e che il fatto che un minore di 18 mesi non sia stato ascoltato non può giustificare il rifiuto del riconoscimento e dell'esecutività del provvedimento.

83. Alla luce delle suddette considerazioni, il Bundesgerichtshof chiede alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla seguente questione:

«Se le disposizioni di cui agli artt. 21 e segg. del [regolamento], concernenti il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni di altri Stati membri ai sensi dell'art. 2, n. 4, del regolamento stesso, siano applicabili anche ai provvedimenti provvisori esecutivi concernenti il diritto di affidamento ai sensi dell'art. 20 del regolamento medesimo».

84. In risposta alla domanda della Corte riguardo all'opportunità di applicare la procedura d'urgenza ai sensi dell'art. 104 bis del regolamento di procedura, il Bundesgerichtshof ha ribadito di non considerarla una procedura necessaria. La Corte non ha promosso tale procedura d'ufficio, anche se il Presidente ha disposto che la causa venisse decisa con priorità, ai sensi dell'art. 55, n. 2, primo comma, del regolamento di procedura.

38 — V. sentenza 16 giugno 1981, causa 166/80, Klomps/Michel (Racc. pag. 1593).

85. Osservazioni scritte sono state presentate dalla madre, dai governi di Germania, Italia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Spagna, Ungheria nonché dalla Commissione. Tranne i governi di Italia, Portogallo e Ungheria, tutti si sono presentati all'udienza del 17 marzo 2010 ed hanno presentato osservazioni orali. Il padre non ha presentato osservazioni alla Corte.

Valutazione

Considerazioni generali

86. Le controversie in materia di affidamento di minori a seguito della rottura della relazione tra i genitori sono tra le più amare ed emotivamente intense che i giudici siano chiamati a dirimere. Il problema di conciliare le emozioni viscerali che queste controversie suscitano mette alla prova le abilità tanto di consulenti, quanto di operatori sociali e di avvocati. E allorché si rende necessaria una decisione giudiziale, questa viene spesso percepita come ingiusta almeno da uno dei genitori coinvolti.

87. Quando una controversia di questo tipo attraversa più di un paese e più di un sistema giuridico — come sempre più spesso avviene nell'Unione europea di oggi — può accadere che le difficoltà vengano accresciute dall'incertezza riguardo alle autorità competenti e dalla probabilità che uno dei genitori debba avere a che fare con un sistema giuridico anche meno familiare del proprio, spesso in una lingua che non è la propria lingua madre.

88. Come se ciò non bastasse, nell'immaginario collettivo esiste un sospetto diffuso e parzialmente espresso — spesso alimentato dai mass media popolari, i quali tendono a concentrarsi su casi di questo tipo che coinvolgono interessi umani fondamentali — che le autorità giurisdizionali di un paese straniero siano meno giuste di quelle nazionali e più inclini a favorire slealmente i propri cittadini.

89. Difficoltà di questo tipo non possono essere cancellate per via legislativa. Esse tuttavia evidenziano l'assoluta necessità di un chiaro apparato normativo valido per tutta l'Unione europea in materia di competenza e di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni emanate in un settore come questo, in cui ritardi e incertezze possono essere particolarmente lesivi per il superiore interesse dei primi soggetti coinvolti — vale a dire i minori. Il regolamento mira appunto a fornire questo apparato di norme. In caso di dubbi (e risulta che ve ne siano alcuni esempi, almeno nella dottrina tedesca sintetizzata dal

Bundesgerichtshof) la loro interpretazione dev'essere chiarita dalla Corte [39].

90. Queste regole debbono essere applicate con serenità, senza considerazione alcuna del probabile impatto che potrebbero avere sulla decisione di merito. Si tratta di regole di natura semplicemente procedurale. Il loro fine è quello di garantire, in primo luogo, che le questioni di merito vengano decise in tempi rapidi — senza fretta ma senza neppure essere ostacolate dai ritardi che potrebbero ben derivare da lunghe dispute sulla competenza — da un giudice la cui potestà cognitiva, determinata in base al superiore interesse del minore, e con particolare riguardo al criterio della vicinanza, possa essere individuata in modo evidente; e, in secondo luogo, che le decisioni di tale giudice siano rese pienamente efficaci, sempre senza ritardi, in tutta l'Unione europea.

91. Per quanto riguarda la competenza, il regolamento è stato redatto con l'intenzione di fornire un quadro chiaro entro il quale individuare l'autorità giurisdizionale dotata di capacità cognitiva. È inevitabile però che vi siano situazioni in cui sorge un certo grado di incertezza. Per questo motivo, e a causa del rischio che un genitore deluso possa considerare la dichiarazione di competenza da parte di un giudice come connessa con la sua decisone di merito negativa, che di per sé può essere percepita come ingiusta, appare fondamentale che l'accertamento della competenza venga motivato caso per caso nella maniera più esplicita, chiara e completa possibile. È un peccato che il provvedimento contestato non raggiunga questo scopo fondamentale.

92. Per quel che riguarda il riconoscimento e l'esecuzione, il regolamento si basa su un livello particolarmente elevato di fiducia reciproca, che impone un riconoscimento senza ricorso a procedure particolari, mantiene i motivi di mancato riconoscimento ad un livello minimo e vieta il riesame tanto della competenza del giudice di origine quanto del merito della sua decisione. Questo livello di fiducia reciproca — essenziale per evitare i ritardi e i conflitti che altrimenti complicherebbero le cause di questo tipo — a sua volta esige un alto grado di responsabilità da parte del giudice che accetta la competenza e richiede che nello Stato membro di origine siano disponibili cautele procedurali adeguate, considerato che in linea generale il provvedimento finale non può essere impugnato nello Stato membro di riconoscimento o di esecuzione.

93. Al riguardo, non posso fare di meglio che riportare una citazione tratta da un'iniziativa per l'adozione di una direttiva sul diritto

39 — V. anche la presa di posizione dell'avvocato generale Bot relativamente alla sentenza 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, Detiček (Racc. pag. I-12193), paragrafi 70-74.

all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, pubblicata il giorno dopo l'udienza relativa al presente caso [40]. Il quarto «considerando» della proposta di direttiva così recita:

«Il reciproco riconoscimento può realizzarsi efficacemente soltanto in uno spirito di fiducia, cioè se non solo le autorità giudiziarie, ma tutti i soggetti coinvolti nel procedimento penale, considerano le decisioni delle autorità giudiziarie degli altri Stati membri equivalenti alle proprie; ciò presuppone fiducia non solo nell'adeguatezza della normativa dei propri partner, bensì anche nella corretta applicazione di tale normativa».

94. A mio avviso, tale affermazione si può interamente trasporre dal settore dei procedimenti penali a quello dei procedimenti in materia di responsabilità genitoriale, affidamento e cura riguardo a dei minori.

I gemelli e il regolamento

95. Un aspetto importante della presente causa è dato dal fatto che essa ha ad oggetto una controversia sulla custodia di gemelli, che attualmente si trovano in Stati membri diversi — e probabilmente, ai sensi del regolamento, ora vi risiedono abitualmente. Secondo un principio di estrema importanza che presiede ad ogni decisione in materia di responsabilità genitoriale, affidamento o cura, i fratelli — e soprattutto i gemelli — dovrebbero restare assieme a meno che non vi siano ragioni del tutto eccezionali che impongono il contrario. Quantomeno, appare essenziale che la questione del loro affidamento venga trattata da un solo e unico giudice — punto, questo, che, per la verità, è affrontato nell'ordinanza contestata.

96. Il regolamento non detta specifiche disposizioni per una situazione di questo tipo [41]. A mio avviso si tratta di una spiacevole omissione, anche se ammetto che la formulazione precisa di una simile disposizione si rivelerebbe un problema delicato. In mancanza di una norma di questo tipo, tuttavia, il regolamento detta una disposizione (all'art. 15) che consente al giudice competente di trasferire la causa ad un'autorità giurisdizionale di un altro

40 — Iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica federale di Germania, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica francese, della Repubblica italiana, del Granducato di Lussemburgo, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica d'Austria, della Repubblica portoghese, della Romania, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (GU 2010, C 69, pag. 1).

41 — È plausibile — anche se non ho individuato alcuna affermazione esplicita in tal senso in nessuno dei due casi — che il giudice spagnolo nel suo provvedimento contestato, e il governo spagnolo nelle osservazioni presentate in udienza, abbiano considerato che, ai sensi del regolamento, si presume che i gemelli abbiano una residenza abituale congiunta e non ne acquistino una nuova a meno che *entrambi* non siano trasferiti in un nuovo Stato membro. Qualunque sia stato il loro parere, non esiste una norma di questo tipo nel regolamento, né a mio parere è possibile dedurla ragionevolmente dal regolamento stesso.

Stato membro con cui il minore abbia un legame particolare, qualora quest'ultima sia più adatta a trattare il caso e ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore, ed impone alle autorità giurisdizionali di cooperare a tal fine. Inoltre, all'art. 55 esso impone alle autorità centrali di facilitare la comunicazione tra autorità giurisdizionali ai fini dell'applicazione di tale disposizione. Nella sentenza A. [42], la Corte ha sottolineato l'obbligo incombente ai giudici nazionali di comunicare direttamente o tramite le proprie autorità centrali.

97. Appare altamente auspicabile che, in un caso come quello in esame — in cui si tratta di una controversia unica in materia di affidamento di due gemelli e che pertanto esige, quantomeno, un'unica e coerente valutazione della situazione complessiva — le autorità giurisdizionali e quelle centrali debbano attivamente considerare l'uso di tali disposizioni al fine di concordare sul fatto che la questione debba essere trattata da un unico e singolo giudice, segnatamente quello dei due che appare più adatto, tenuto conto di tutte le circostanze e in particolare del superiore interesse dei gemelli.

98. Un accordo di questo tipo, raggiunto in una fase preliminare, può effettivamente servire ad evitare lunghe procedure di impugnazione, dispute sulla competenza e un rinvio alla Corte — tutto nel superiore interesse dei minori. È possibile che, in base alle prove prodotte da uno dei genitori, uno dei due giudici possa considerare pieno di rischi il trasferimento di competenza all'altro giudice. Tuttavia, la comunicazione e la cooperazione possono dissipare tale impressione iniziale, e uno sforzo diretto in tal senso appare fondamentale nell'interesse dei minori.

99. Purtroppo, però, non è stata prodotta alla Corte alcuna prova che un'iniziativa di questo tipo sia stata intrapresa nel caso di specie.

100. Sarebbe ancor più riprovevole — e in effetti starebbe ad indicare un fallimento da parte del legislatore comunitario — se la conseguenza di un'applicazione meccanica del regolamento fosse che una questione unica in materia di responsabilità genitoriale nei confronti di due gemelli fosse suddivisa in modo sommario tra autorità giurisdizionali in due diversi Stati membri, con la possibilità di pervenire a decisioni differenti che producano situazioni discordanti, con evidente pregiudizio per i minori.

42 — Cit., supra, alla nota 37, punti 61 e segg., nonché punti 4 e 5 del dispositivo.

La portata della questione e dell'art. 20

101. I giudici tedeschi devono decidere se il provvedimento contestato debba essere riconosciuto ed eseguito in Germania conformemente al regolamento.

102. Con la questione proposta alla Corte il Bundesgerichtshof intende sapere, in sostanza, se provvedimenti provvisori ai sensi dell'art. 20 del regolamento, che sono esecutivi nello Stato membro in cui sono stati disposti, debbano essere riconosciuti ed eseguiti in altri Stati membri allo stesso modo di altre decisioni esecutive.

103. Si presuppone pertanto che il provvedimento contestato rientri nell'ambito dell'art. 20. Il fondamento di tale presupposto non è del tutto evidente. Forse il Bundesgerichtshof ha dovuto trarre tale conclusione in base al modo in cui il ricorso per cassazione proposto dalla madre è stato formulato oppure dalle conclusioni cui è pervenuto il giudice di grado inferiore, come spiegato dal governo tedesco in udienza. In ogni caso è probabile che il fondamento ultimo di tale presupposto sia costituito dalla convinzione o che il giudice spagnolo aveva ritenuto soddisfatti i presupposti di cui all'art. 20, n. 1, oppure che tutti i provvedimenti provvisori rientrano nell'ambito dell'art. 20, a prescindere dall'autorità giurisdizionale che li ha adottati. Tuttavia, se così fosse, nessuna delle due convinzioni a mio avviso è giustificata.

104. Per quel che riguarda la prima, in molte delle osservazioni presentate alla Corte è stato sottolineato che il provvedimento contestato non fa alcun riferimento all'art. 20 e che, all'epoca dei fatti, M. non si trovava più in Spagna. Non viene esplicitato il fondamento preciso da cui il giudice spagnolo ha dedotto la propria competenza. Peraltro, tutte le indicazioni contenute nel suo provvedimento sembrano spiegabili in base all'ipotesi che egli abbia ritenuto di avere una competenza cognitiva di merito a regolamentare la responsabilità dei genitori nei confronti di entrambi i minori [43] e che il suo provvedimento provvisorio, sotto un profilo procedurale, costituiva un preludio interlocutorio prima di una decisione più definitiva sul punto adottata dopo che entrambi i genitori avessero presentato osservazioni più complete nel procedimento principale, e non una misura d'urgenza adottata nelle circostanze previste dall'art. 20.

43 — V., supra, paragrafi 54-61. In alcune circostanze, l'ultima residenza comune dei genitori in Spagna, paese nel quale continua a risiedere il padre, avrebbe potuto determinare la competenza ai sensi dell'art. 12, n. 1 (v., supra, nota 4), mentre il luogo della precedente residenza abituale di M., unitamente alle obiezioni (benché piuttosto incerte) del padre al suo trasferimento avrebbero potuto determinare la competenza in forza dell'art. 10 (v., supra, paragrafo 10); e il riferimento alla priorità ai sensi dell'art. 19 sembra rilevante solo in relazione ai conflitti di competenza cognitiva nel merito (v., infra, paragrafo 169).

105. Quanto alla seconda convinzione, a mio parere l'interpretazione non regge ad un esame approfondito.

106. Anzitutto, agli artt. 8-15 il regolamento detta una normativa completa in tema di responsabilità genitoriale. È tipico di questa materia il fatto che molte decisioni possano avere carattere provvisorio. Difatti, l'art. 20 chiarisce che tali norme non impediscono al giudice di uno Stato membro di adottare provvedimenti provvisori urgenti previsti dal diritto interno nei confronti di soggetti che si trovano nel territorio di tale Stato, anche qualora sia competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro e che detti provvedimenti cessano di essere applicabili quando tale autorità giurisdizionale abbia adottato le misure appropriate. Questo articolo non intende disciplinare tutti i provvedimenti provvisori, né è inteso ad attribuire alcuna competenza di merito. Semplicemente esso permette, in determinate circostanze, ad un'altra autorità giurisdizionale che sia momentaneamente più idonea allo scopo rispetto a quella che ha competenza di merito, di adottare provvedimenti provvisori urgenti che restano subordinati alle misure decise dall'altra autorità giurisdizionale [44].

107. Ciò premesso, una soluzione limitata allo status dei provvedimenti adottati nelle circostanze indicate all'art. 20 non aiuterebbe a risolvere il problema di merito sottostante relativo al riconoscimento e all'esecuzione del provvedimento contestato — anche se potrebbe essere forse utile al Bundesgerichtshof per pronunciarsi sull'impugnazione dinanzi ad esso pendente se (come emerge dai limiti imposti dalla procedura nazionale) tale decisione deve basarsi sul fatto che il provvedimento contestato *è stato* adottato nelle circostanze indicate dall'art. 20. Ancor meno utile sarebbe rifiutare di risolvere la questione, come suggerito dal governo ceco, dichiarando che, alla luce dei fatti, si tratta di una questione ipotetica.

108. Al contrario, la Corte ha ripetutamente affermato che una domanda di pronuncia pregiudiziale, implicando una cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte stessa, le impone di fornire al giudice nazionale una risposta utile che gli consenta di dirimere la controversia sottopostagli. In tale prospettiva, la Corte ha il compito di interpretare tutte le norme del diritto dell'UE che possano essere utili a tal fine, anche qualora tali norme non siano espressamente indicate nelle questioni pregiudiziali ad essa sottoposte e, se necessario, può riformulare tali questioni [45].

109. Simile approccio appare tanto più necessario in una controversia in materia di responsabilità genitoriale che si è già protratta troppo a lungo. Sono ora passati più di due anni, oltre metà della vita dei gemelli, da quando il provvedimento contestato è stato emanato e certificato da parte del giudice spagnolo. Tale circostanza è in totale contrasto con l'obiettivo principale del regolamento di

44 — V., infra, paragrafo 169.

45 — V., per esempio, sentenza 26 giugno 2008, cause riunite C-329/06 e C-343/06, Wiedermann e Funk (Racc. pag. I-4635, punto 45 e la giurisprudenza ivi citata).

servire il superiore interesse del minore garantendo che le decisioni siano prese e messe in atto velocemente, al riparo da ritardi procedurali derivanti dalla natura transfrontaliera della situazione.

110. Non condivido pertanto l'approccio restrittivo suggerito dal governo tedesco (secondo cui solo il giudice del rinvio, avendo piena conoscenza della causa e delle questioni dinanzi ad esso pendenti, è in linea di principio qualificato a definire e delimitare la questione da risolvere). Cercherò invece di esaminare tutte le questioni e le disposizioni che appaiono rilevanti in modo da fornire la risposta più utile possibile per una soluzione complessiva celere, nel superiore interesse dei gemelli.

111. Un punto da sottolineare nell'individuare i problemi è il fatto che la domanda del padre, oggetto della causa pendente dinanzi al Bundesgerichtshof, *di fatto* mira ad ottenere il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento contestato solo nei confronti di M., che si trova in Germania. Per quel che riguarda S., che rimane in Spagna, non è necessario che il provvedimento venga riconosciuto, e non vi è ragione che venga eseguito, in Germania. Un problema diverso, nella causa pendente dinanzi all'Amstgericht Stuttgart (e che è stato apparentemente considerato anche nell'appello pendente dinanzi alla Audiencia Provincial di Madrid) è se sia il giudice tedesco o quello spagnolo ad essere competente a stabilire la responsabilità genitoriale riguardo a uno solo o ad entrambi i gemelli, ma nessuna questione è stata proposta alla Corte riguardo a questo problema. Tuttavia, trattandosi di problemi connessi, alcune considerazioni possono almeno indirettamente valere per entrambi.

112. Come abbiamo visto, il regolamento prevede un riconoscimento e un'esecuzione quasi automatici delle decisioni, sulla base di un elevato grado di fiducia reciproca, che a sua volta richiede un alto grado di responsabilità e di cooperazione. Sono previste deroghe al requisito del riconoscimento e dell'esecuzione, ma ci si sarebbe potuto aspettare, in via di principio, che il provvedimento contestato del giudice spagnolo venisse riconosciuto ed eseguito in Germania.

113. Molte obiezioni sono però state sollevate contro questo esito — principalmente da parte della madre, anche se molti Stati membri hanno avanzato considerazioni nello stesso senso. Gli argomenti sono in sostanza cinque: i) il giudice spagnolo era privo di competenza cognitiva di merito ai sensi del regolamento per determinare la responsabilità genitoriale nei confronti di M.; ii) il provvedimento contestato era una misura provvisoria e le misure provvisorie di questo tipo non debbono essere riconosciute né eseguite ai sensi degli artt. 21 e segg. del regolamento; iii) il provvedimento contestato era una misura provvisoria ai sensi dell'art. 20 del regolamento e le

misure provvisorie di questo particolare tipo non debbono essere riconosciute né eseguite ai sensi degli artt. 21 e segg.; iv) il giudice spagnolo non era autorizzato ex art. 20 del regolamento a determinare la responsabilità genitoriale nei confronti di M.; e v) malgrado il certificato emesso dal giudice spagnolo conformemente all'art. 39 del regolamento, il provvedimento contestato ha cessato di essere esecutivo in Spagna dopo che il padre ha omesso di promuovere una causa di merito entro 30 giorni lavorativi dalla data del provvedimento stesso.

114. Tenterò di esaminare tutti i punti suddetti all'interno di un quadro sistematico, nel cui ambito prenderò in considerazione anche la natura del provvedimento contestato, questione che appare essenziale per decidere alla fine se tale provvedimento debba essere riconosciuto ed eseguito.

115. Anzitutto, partirò dall'ipotesi che il giudice spagnolo abbia ritenuto di avere una competenza di merito, ai sensi degli artt. 8 e segg. del regolamento, relativamente ad entrambi i gemelli. Valuterò come il regolamento possa permettere alla madre, in caso di contestazione di tale competenza, di assicurarsi che il provvedimento non venga riconosciuto né eseguito in Germania. In tale ambito, valuterò se il fatto che il provvedimento contestato fosse una misura provvisoria faccia differenza.

116. In secondo luogo, ipotizzerò che il giudice spagnolo abbia ritenuto di non avere competenza di merito (in relazione a M.) ma che il suo provvedimento provvisorio sia consentito dall'art. 20 del regolamento e valuterò se le misure oggetto di tale articolo debbano di norma essere riconosciute ed eseguite in altri Stati membri. In questo caso, mi occuperò ancora delle azioni da intraprendere in caso di contestazione della competenza.

117. Prima di affrontare l'una o l'altra di tali ipotesi, però, ritengo utile chiarire brevemente cosa si intenda per provvedimento «provvisorio».

I provvedimenti «provvisori»

118. D'acchito, non sembra necessario un chiarimento: un provvedimento provvisorio è evidentemente quello che produce effetti solo per un periodo limitato — fino a che non si verifichi un determinato evento o sia trascorso un certo periodo di tempo.

119. Tuttavia, è proprio della natura e dell'essenza del diritto di famiglia il fatto che sia necessario modificare (o anche ribaltare) le decisioni *di merito* in tema di responsabilità genitoriale a mano a mano che i minori crescono e le circostanze mutano. Di conseguenza, non esiste una decisione di questo tipo che sia definitiva o finale nel senso in cui una pronuncia di divorzio è definitiva o finale. E tutte le decisioni in tema di responsabilità genitoriale producono i loro effetti solo per un periodo di tempo limitato, in quanto necessariamente decadono quando il minore raggiunge la maggiore età.

120. Nell'ambito dell'art. 20 del regolamento, la situazione appare chiara: un provvedimento provvisorio viene adottato in circostanze di urgenza, e cessa di essere applicato quando il giudice che ha competenza di merito assume le misure che ritiene appropriate.

121. Per analogia, si potrebbe dire che una decisione provvisoria in tema di responsabilità genitoriale emanata da un giudice dotato di competenza di merito viene pronunciata spesso per affrontare circostanze impellenti che non permettono di considerare a fondo la questione, e in via di principio allo scopo specifico di essere superata da una decisione successiva che verrà adottata dopo una valutazione più approfondita, di per sé *non* specificamente destinata ad essere sostituita o modificata tranne che in caso di mutamento delle circostanze. Per brevità, definirò questo secondo tipo di decisione come «conclusiva», non trattandosi di una vera e propria decisione finale o definitiva.

122. Pertanto, in questo ambito, un certo grado di urgenza è caratteristica abituale di un provvedimento provvisorio (ed anche necessaria quando si tratta dell'art. 20). Appare importante ricordare che i provvedimenti urgenti vengono spesso adottati tramite un procedimento sommario che può essere privo di alcune o di molte delle normali garanzie. Può non essere possibile ascoltare tutte le parti interessate o prendere in considerazione tutte le prove rilevanti. Alcune decisioni possono essere persino assunte telefonicamente, lasciando traccia solo di un appunto scritto a mano nel fascicolo [46].

123. Fatte queste considerazioni, mi accingo ora ad esaminare le due ipotesi sopra menzionate.

46 — Un esempio fornito nella Relazione Lagarde sulla Convenzione dell'Aia del 1996, cit., supra, alla nota 16, punto 120.

La prima ipotesi: competenza di merito

124. La lettera e la struttura del regolamento appaiono piuttosto chiare: le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento speciale, e le decisioni emesse ed esecutive in uno Stato membro e ivi notificate devono essere eseguite in un altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive conformemente alle procedure indicate nel regolamento. Specifici e limitati motivi di non riconoscimento e di rifiuto dell'istanza per la dichiarazione di esecutività vengono dettati all'art. 23, in combinato disposto con l'art. 31, n. 2 — e ad essi deve presumibilmente aggiungersi la mancata esecutività nello Stato membro di origine e la mancata notifica alla parte convenuta, come emerge chiaramente dall'art. 28, n. 1. Quando nessuno di tali motivi sia applicabile, non vi è semplicemente modo di negare il riconoscimento o l'esecutività. Nel caso che ci occupa, il solo dei suddetti motivi che è stato fatto valere (da parte della madre dinanzi all'Amstgericht Stuttgart) è che la validità del provvedimento contestato era decaduta in Spagna nel momento in cui il padre ha avviato una causa per la dichiarazione di esecutività in Germania — punto, questo, che affronterò qui di seguito, ai paragrafi 148 e segg.

La decisione conclusiva

125. Appare inoltre piuttosto chiaro che i giudici dello Stato membro di riconoscimento o di esecuzione non possono riesaminare né la competenza dell'autorità giurisdizionale di origine né il merito della sua decisione.

126. Il divieto di riesame della competenza giurisdizionale è altresì intrinseco all'art. 19, riguardo alla litispendenza. Qualora dinanzi ad autorità giurisdizionali di Stati membri diversi siano state proposte domande relative allo stesso minore, aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita; in tal caso, essa dichiara la propria incompetenza a favore dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita. Inoltre, conformemente alla giurisprudenza relativa al disposto sostanzialmente equivalente dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, spetta al giudice adito per primo pronunciarsi

sulla propria competenza [47]. (Concordo sul fatto che la giurisprudenza sulla Convenzione di Bruxelles o sul successivo regolamento n. 44/2001 non si può applicare automaticamente e indiscriminatamente al presente regolamento [48], ma sotto questo particolare profilo non mi pare ci sia alcun motivo di non procedere a tale applicazione).

127. Cosa bisogna fare allora se, come nel presente caso, una parte contesta la competenza del giudice che ha pronunciato la sentenza di cui viene chiesto il riconoscimento e l'esecuzione? L'ovvia risposta è che ciò va fatto dinanzi a quello stesso giudice. Se il provvedimento contestato fosse consistito in una decisione conclusiva sulla responsabilità genitoriale, il regolamento non avrebbe evidentemente permesso alla madre di ottenere un diniego di riconoscimento o di esecuzione del provvedimento in Germania o di proporre successivamente una causa in tale paese per ottenere una nuova decisione conclusiva sulla base del fatto che la competenza spettava ai giudici tedeschi e non a quelli spagnoli. La madre, pertanto, avrebbe potuto ricorrere solo all'impugnazione, nell'ambito del sistema spagnolo, contro la dichiarazione di competenza del giudice spagnolo [49], con la prospettiva — almeno dinanzi al giudice di ultima istanza — di proporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale.

128. Una simile successione di azioni si sarebbe rivelata lunga [50] (anche se si spera che la causa venga ove possibile accelerata e, naturalmente, in caso di dubbio anche il giudice di prima istanza ora può interrogare la Corte e richiedere un procedimento d'urgenza), ma si tratta dell'unico modo di procedere consentito dal regolamento. Questo sottolinea ulteriormente l'elevato grado di responsabilità che incombe ai giudici nazionali nel momento in cui dichiarano la propria competenza, e il dovere che essi hanno di motivare in modo esplicito, pieno e chiaro le ragioni della loro decisione. Solo questo grado di accuratezza può incoraggiare un clima di vera e propria fiducia reciproca come richiesto dal regolamento, e solo queste ragioni possono permettere ad un giudice di appello, ad un giudice dell'esecuzione in un altro Stato membro o alla Corte di giustizia, come nel presente

47 — Nella sentenza 27 giugno 1991, causa C-351/89, Overseas Union Insurance e al. (Racc. pag. I-3317, punti 22 e segg.), la Corte ha sottolineato che lo scopo di evitare conflitti negativi di competenza può essere raggiunto senza che il giudice adito come secondo eserciti un sindacato sulla competenza del giudice adito per primo, e che il giudice adito per secondo non è, in nessun caso, più qualificato del giudice adito per primo a pronunciarsi sulla competenza di quest'ultimo. Le norme della Convenzione valgono per entrambi i giudici e possono venir interpretate ed applicate con pari autorità da ciascuno di essi. Quando la competenza del giudice adito per primo è contestata, il giudice adito per secondo può solo sospendere il procedimento, qualora non si dichiari incompetente, e non può accertare egli stesso la competenza del giudice adito per primo. Nella sentenza 9 dicembre 2003, causa C-116/02, Gasser (Racc. pag. I-14693, punti 46 e segg.), la Corte ha ribadito le sue dichiarazioni, sottolineando che l'art. 21 è una regola procedurale, la quale si basa chiaramente ed unicamente sull'ordine cronologico in cui i giudici di cui trattasi sono stati aditi.

48 — V., per esempio, i paragrafi 63 e 64 delle conclusioni dell'avvocato generale Kokott relative alla sentenza A., cit., supra, alla nota 37.

49 — Come infatti sembra aver fatto nella successiva causa principale promossa in Spagna, anche prima che venisse adottata una decisione conclusiva.

50 — Faccio notare, come emerge dalle osservazioni scritte e orali presentate dalla madre, che il suo ricorso contro la decisione del giudice spagnolo del 28 ottobre 2008, che confermava la sua competenza internazionale riguardo ad entrambi i gemelli nella causa principale, non è stato deciso fino a febbraio o marzo 2010.

caso, di chiarire tutti gli aspetti controversi nel modo più rapido possibile.

La decisione provvisoria

129. Che differenza farebbe, eventualmente, il fatto che la decisione (presa da un giudice che si considera competente nel merito) sia con evidenza una decisione provvisoria? Si tratta di una plausibile analisi della situazione nel caso di specie.

130. Anzitutto, com'è stato evidenziato in molte delle osservazioni scritte, il regolamento non distingue esplicitamente tra decisioni finali o conclusive, da un lato, e decisioni provvisorie, dall'altro. L'art. 2, n. 4 definisce la parola «decisione» in modo ampio, senza considerazione della terminologia formale impiegata, e non contiene alcuna indicazione riguardo al fatto che una categoria debba essere esclusa; le disposizioni del capo II sulla competenza [51] non distinguono tra i vari procedimenti a seconda che la decisione, così ampiamente definita, sia provvisoria o meno; le disposizioni del capo III sul riconoscimento e l'esecuzione fanno riferimento al riconoscimento e all'esecuzione di decisioni, ancora una volta senza alcuna distinzione; e, nell'ambito di tale capo, l'art. 23, lett. b), prevede l'ipotesi che una «decisione» venga pronunciata in casi d'urgenza, implicando che possa essere provvisoria.

131. Inoltre, non ravviso motivi impellenti, connessi alla natura dei provvedimenti provvisori, per tracciare una distinzione. Giudice competente nel merito è un giudice di uno Stato membro con il quale il minore ha, in linea di principio, il legame più stretto (quantomeno un legame sostanziale). Esso è anche il giudice che pronuncerà la decisione di merito riguardo alla responsabilità genitoriale, decisione che, ai sensi del regolamento, dovrà essere riconosciuta ed eseguita in tutti gli altri Stati membri. Tale giudice deve necessariamente essere competente anche ad adottare tutti i provvedimenti provvisori necessari finché non venga pronunciata una decisione conclusiva [52]. E i suddetti provvedimenti provvisori saranno strettamente connessi alla successiva decisione conclusiva. Il giudice si pronuncerà su tali provvedimenti alla luce, tra l'altro, del dovere ad esso incombente di giungere a tale decisione conclusiva definitiva rapidamente e compatibilmente con una

51 — Disposizioni diverse dall'art. 20, cui la presente ipotesi non si riferisce.

52 — Com'è stato di recente riconosciuto, almeno implicitamente, dalla Corte nella sentenza Detiček (cit., supra, alla nota 39), nella quale essa ha dichiarato che la concessione dell'affidamento provvisorio da parte di un giudice competente a conoscere nel merito prevale su un successivo affidamento provvisorio, asseritamente basato sull'art. 20, pronunciato da un giudice di un altro Stato membro nel quale il minore sia stato trasferito, illecitamente riguardo al precedente affidamento.

valutazione approfondita del merito e cercherà di garantire, per quanto possibile, che i provvedimenti provvisori non compromettano o predeterminino la decisione stessa.

132. Considerati in quest'ottica, mi sembra che i provvedimenti provvisori assunti da un giudice competente nel merito ai sensi del regolamento debbano essere riconosciuti ed eseguiti negli altri Stati membri alle stesse condizioni della decisione successiva che lo stesso giudice sarà chiamato a pronunciare. Qualunque altro approccio comporterebbe il rischio di pregiudicare la decisione successiva compromettendo gli sforzi fatti per garantire continuità — e renderebbe il regolamento ampiamente inefficace nei confronti di un'ampia gamma di decisioni pronunciate quotidianamente dai tribunali familiari in tutta l'Unione europea.

133. Si può comunque affermare che la natura spesso sommaria dei procedimenti che portano all'adozione di un provvedimento provvisorio, probabilmente privi di alcune delle garanzie procedurali che di solito garantiscono un giusto processo, milita contro il riconoscimento e l'esecuzione automatici.

134. A questo argomento si può tuttavia replicare che l'art. 23 del regolamento specifica le circostanze in cui il riconoscimento e l'esecuzione possono essere rifiutati, e che procedimenti sommari di questo tipo erano chiaramente presenti al legislatore: il diniego può essere opposto, fra l'altro, qualora il minore non abbia avuto la possibilità di essere ascoltato (salvo i casi d'urgenza); o qualora la decisione sia stata resa in contumacia, quando al contumace non sia stato dato un adeguato preavviso per presentare le proprie difese; oppure qualora sia lesiva della responsabilità genitoriale di una persona cui non è stata data la possibilità di essere ascoltata [53].

135. Sembra pertanto che il regolamento non preveda alcuna esclusione generale dal normale regime di riconoscimento ed esecuzione per il semplice fatto che in quel tipo di procedimenti può mancare qualcuna delle garanzie ordinarie. Un'esclusione è prevista solo quando talune specifiche garanzie siano effettivamente negate. Nel presente caso non si suggerisce che una di tali garanzie sia stata negata; i minori erano troppo piccoli per essere ascoltati e la madre ha avuto ampie opportunità per far valere le proprie ragioni, opportunità che ha sfruttato.

136. Un altro argomento che può essere avanzato per trattare i provvedimenti provvisori con maggior cautela è che la decisione provvisoria probabilmente non sarà soggetta ad impugnazione, per cui la parte che voglia contestare la competenza potrebbe trovarsi

53 — Art. 23, lett. b), c) e d) rispettivamente.

nell'impossibilità di farlo tanto nello Stato membro di origine quanto nello Stato membro di esecuzione.

137. Dal fascicolo della causa non si capisce se questa sia la situazione che si impone nella presente fattispecie [54]. Né a mio avviso il punto viene chiarito del tutto nelle risposte che il governo spagnolo ha dato ai quesiti della Corte sia per iscritto che verbalmente. Quanto meno, viene indicato che sarebbe stato possibile proporre qualche tipo di ricorso contro l'affermazione, da parte del giudice spagnolo, della propria competenza ad emanare il provvedimento contestato, e sembra che la madre fosse per lo meno in grado di contestare tale competenza nell'ambito della successiva causa principale. Tuttavia, qualunque sia la verità nella fattispecie, se in un caso particolare non vengono proposti reclami contro la dichiarazione di competenza da parte del giudice, nell'ipotesi di ricorso pendente dinanzi allo stesso, detto giudice rientra tra quelli tenuti, ai sensi dell'art. 267 TFUE (art. 234 CE), terzo comma, ad adire la Corte mediante un rinvio pregiudiziale, e auspicabilmente la sua domanda dovrebbe essere trattata secondo una procedura d'urgenza.

138. Nelle osservazioni presentate alla Corte la madre ha fatto valere un altro motivo per negare il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni provvisorie (pronunciate da un giudice che si dichiara competente nel merito) allo stesso modo delle decisioni conclusive. Avendo sostenuto in precedenza che i provvedimenti adottati in base all'art. 20 non dovrebbero essere riconosciuti o eseguiti in altri Stati membri (questione sulla quale tornerò tra poco [55]), essa sostiene che lo stesso approccio dovrebbe essere seguito quando il giudice non agisce nelle circostanze previste in tale articolo, ma considera di avere una competenza cognitiva di merito e nell'ambito della stessa adotta provvedimenti provvisori. Seguire un approccio diverso imporrebbe al giudice dello Stato membro di esecuzione di stabilire se il giudice di origine abbia basato la propria competenza sugli artt. 8-14 ovvero sull'art. 20 — mentre un riesame della competenza del giudice d'origine è espressamente vietato dall'art. 24 del regolamento.

139. A mio parere questa analisi è errata a prescindere dal fatto che si possa distinguere tra le due categorie di provvedimenti provvisori. Per stabilire se un provvedimento provvisorio è stato adottato sulla base di una competenza cognitiva di merito derivata dalle norme stabilite nel regolamento ovvero nelle circostanze previste nell'art. 20, non è necessario *riesaminare* la competenza del giudice

54 — V., supra, paragrafo 63. V. anche sentenza 25 giugno 2009, causa C-14/08, Roda Golf & Beach Resort (Racc. pag. I-5439, punti 24-30).

55 — V., infra, paragrafi 156 e segg.

d'origine, ma basta semplicemente *accertare* su quale base quest'ultimo si è considerato competente.

140. Vero è che può non essere sempre facile accertare tale fondamento. Nel presente caso, il provvedimento contestato non è motivato in modo così pieno e chiaro quanto sarebbe opportuno — anche se sembra che il giudice spagnolo abbia effettivamente esaminato la questione sotto diverse angolazioni e si sia persuaso della propria competenza, facendo riferimento a diverse possibili basi della potestà cognitiva di merito ma non all'art. 20. In altri casi può accadere che la motivazione sia molto più laconica o anche del tutto assente, in assoluta inosservanza dei doveri che incombono ai giudici nazionali quale corollario del principio della fiducia reciproca che pervade il regolamento.

141. La Commissione e il governo tedesco in particolare sostengono che, se la lettera o il contenuto della decisione di cui si domanda il riconoscimento o l'esecuzione non permettono di individuare con chiarezza il fondamento sulla base del quale viene affermata la competenza, quest'ultima, per analogia con la sentenza Mietz [56], si deve presumere fondata sull'art. 20. In udienza, il governo ceco è comparso per sostenere il principio esattamente contrario.

142. Nella sentenza Mietz la Corte ha sottolineato (nell'ambito della Convenzione di Bruxelles) che, nel disporre un pagamento in via provvisoria, il giudice d'origine non aveva espressamente affermato la sua competenza a conoscere del merito della causa ai sensi della Convenzione, né tale competenza scaturiva palesemente dai termini della sua sentenza (cosa che si sarebbe verificata, per esempio, se dalla sentenza fosse risultato che il convenuto era domiciliato nello Stato contraente in cui si trova il giudice originario e che nessuna delle competenze esclusive prevista dalla Convenzione poteva applicarsi). Conseguentemente, la Corte ha dichiarato che, in caso di silenzio del giudice dello Stato di origine in merito al fondamento giuridico della sua competenza, la preoccupazione di impedire che siano eluse le norme della Convenzione impone d'interpretare la sentenza di tale giudice nel senso che egli ha basato la propria competenza a disporre provvedimenti provvisori sul proprio diritto nazionale e non già su di una competenza cognitiva nel merito scaturente dalla Convenzione.

143. Come ho già sottolineato, non tutti i profili della giurisprudenza relativa alla Convenzione di Bruxelles e al regolamento n. 44/2001 sono idonei ad essere trasposti senza limitazioni al contesto del presente regolamento. Questo aspetto, a mio avviso, necessita di una qualificazione — anche se non

56 — Sentenza 27 aprile 1999, causa C-99/96 (Racc. pag. I-2277, in particolare punti 50 e 55).

vedo ragioni che giustifichino il totale capovolgimento proposto dal governo ceco.

144. Il presente regolamento — a differenza della Convenzione di Bruxelles e del regolamento n. 44/2001 — prevede specificamente una comunicazione tra giudici, agevolata quando occorre dalle autorità centrali degli Stati membri interessati. Questo è conforme allo spirito di reciproca cooperazione che sostiene il regolamento affinché tale comunicazione sia estesa a tutte le questioni che possano facilitare o accelerare i procedimenti relativi al riconoscimento o all'esecuzione delle decisioni. Dato che nel presente caso tutto quel che si richiede è di accertare il fondamento sul quale il giudice d'origine si è considerato competente, la comunicazione non dovrebbe essere troppo difficile.

145. Pertanto, attenuerei l'approccio seguito dalla Corte riguardo alla Convenzione di Bruxelles. L'accresciuta cooperazione e le disposizioni specifiche in tema di comunicazione tra autorità giurisdizionali contenute nel regolamento — il ricorso obbligatorio alle quali emerge con evidenza dalla giurisprudenza [57] — impongono al giudice dell'esecuzione, in caso di dubbio riguardo alla base della competenza ritenuta dal giudice d'origine, di cercare di accertare tale base presso il giudice interessato. Solo se tale tentativo non sfocia in un risultato ragionevolmente sollecito dovrebbe presumersi che tale competenza è stata dichiarata nelle circostanze previste dall'art. 20, n. 1.

146. Nel presente caso, sebbene il provvedimento contestato non sia così esplicito come sarebbe stato opportuno, a mio avviso una conclusione molto naturale che può essere tratta dallo stesso è che il giudice spagnolo si è considerato competente a conoscere del merito senza fare alcun richiamo all'art. 20 [58].

147. Si può aggiungere che nelle circostanze del caso di specie non sarebbe stato possibile richiamarsi correttamente all'art. 20, in quanto M. non è mai stato presente in Spagna durante nessuna fase del procedimento svoltosi dinanzi al giudice spagnolo. (Può sembrare, in base ai punti 50-52 della sentenza Detiček [59], che per l'adozione di un provvedimento provvisorio in materia di responsabilità genitoriale nelle circostanze previste dall'art. 20, sia necessaria la presenza nello Stato membro interessato non soltanto del minore ma anche delle persone precedentemente titolari di tali responsabilità e/o che la esercitano attualmente. Tuttavia, concordo con l'opinione espressa da molte delle parti presenti all'udienza, secondo cui tale impostazione sarebbe erronea, e che soltanto la presenza del minore è determinante per stabilire se nei confronti del minore stesso si possano adottare provvedimenti provvisori d'urgenza). Quanto ad S., il fatto che dalla nascita la minore non abbia mai lasciato il territorio spagnolo implica che la competenza cognitiva nel merito del giudice spagnolo

57 — V., supra, paragrafo 96 e nota 42.

58 — V., supra, paragrafi 54-61 e 104, nonché nota 43.

59 — Cit., supra, alla nota 39.

ai sensi dell'art. 8 è incontestabile, e che (al momento attuale) non vi è alcun problema di riconoscimento o di esecuzione in un altro Stato membro.

148. Infine, dinanzi all'Amstgericht Stuttgart la madre ha affermato che il provvedimento contestato è privo di carattere esecutivo in Spagna, malgrado il certificato emesso dal giudice spagnolo ai sensi dell'art. 39 del regolamento, in quanto i provvedimenti provvisori di questo tipo decadono a meno che una causa di merito non venga promosso entro 30 giorni lavorativi, e nel presente caso il padre non ha avviato un procedimento di questi tipo entro detto termine [60].

149. Il fatto che tale affermazione sia o meno fondata in fatto e in base al diritto processuale spagnolo non è questione che possa essere stabilita dalla Corte. Tuttavia, può insorgere un problema relativo al regolamento qualora una delle parti voglia ottenere in un altro Stato membro una dichiarazione di esecutività di un provvedimento che ha cessato di essere esecutivo nello Stato membro d'origine, ma per il quale è stato rilasciato un certificato.

150. Ai sensi dell'art. 28, n. 1, del regolamento, ai fini dell'esecuzione in un altro Stato membro le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale debbono essere esecutive nello Stato membro di origine. Ai sensi degli artt. 37, n. 1, lett. b) e 39, la domanda di una dichiarazione di esecutività dev'essere accompagnata da un certificato secondo il modello di cui all'allegato II, rilasciato dall'autorità giurisdizionale competente dello Stato membro di origine. In base al punto 9.1 di tale modello, l'autorità giurisdizionale di cui trattasi deve dichiarare se la decisione è esecutiva secondo la legge di detto Stato. Si pone pertanto il problema di stabilire se il giudice dello Stato membro dell'esecuzione abbia la possibilità di guardare al di là di tale certificato, una volta rilasciato, al fine di verificare se la decisione sia (ancora) esecutiva.

151. A mio avviso, tale possibilità esiste per il giudice cui viene richiesta una dichiarazione di esecutività. Sebbene ai sensi dell'art. 31, n. 2, l'istanza possa essere respinta solo per uno dei motivi di cui all'art. 23, appare logico che tale rifiuto debba essere possibile anche nel caso in cui la decisione non sia esecutiva nello Stato membro di origine, essendo tale esecutività una delle condizioni esplicitamente dettate dall'art. 28, n. 1. L'esibizione del certificato di cui all'allegato II, tuttavia, non costituisce un requisito fondamentale perché sia soddisfatta tale condizione, dal momento che ai sensi dell'art. 38, n. 1, il giudice dello Stato membro dell'esecuzione può accettare documenti equivalenti o altre informazioni. Inoltre, nulla indica, nelle sezioni 2 e 3 del Capo III, che disciplina il procedimento per la dichiarazione di esecutività delle decisioni in tema di responsabilità genitoriale, che il

60 — V., supra, paragrafo 65.

certificato di cui all'allegato II sia vincolante o non impugnabile.

152. Ciò è in evidente contrasto con le disposizioni di cui alla sezione 4, che disciplina l'esecutività di talune decisioni in materia di diritto di visita o che prescrivono il ritorno del minore. Tale sezione disciplina i certificati che utilizzano i modelli di cui agli allegati III e IV rispettivamente, e prevede il riconoscimento e l'esecutività «senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento, se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine» [61]. Tale sezione inoltre stabilisce che il rilascio di un certificato non è soggetto ad alcun mezzo di impugnazione [62] ma, non permettendo di accettare documenti equivalenti o altre informazioni, di fatto rende la produzione di un certificato un requisito preliminare indispensabile per l'esecuzione.

153. Mi sembra pertanto che l'intento del legislatore fosse quello di distinguere, da un lato, le decisioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale e, dall'altro lato, quelle riguardanti i diritti di visita o che impongono il ritorno del minore [63]. Riguardo a queste ultime, il certificato relativo, tra l'altro, all'esecutività nello Stato membro di origine è fondamentale: è tanto necessario quanto vincolante. Quanto alle prime, il certificato è importante, ma non è necessario né esente da impugnazione.

154. Quando un provvedimento non è esecutivo a tempo indefinito nello Stato membro di origine, ma è previsto che decada o che possa decadere dopo un certo periodo di tempo, o nell'ipotesi in cui si verifichi o non si verifichi un determinato evento, è evidente che non solo è auspicabile, ma anche inerente al sistema di reciproca fiducia che pervade il regolamento il fatto che la limitazione debba essere indicata dall'autorità giurisdizionale nel certificato da essa rilasciato. Se non vi è alcuna indicazione in questo senso, qualunque parte interessata può addurre la prova che il provvedimento non è più esecutivo. In tal caso, si possono utilizzare gli stessi mezzi di comunicazione tra le autorità giurisdizionali e quelle centrali disponibili quando occorre accertare il fondamento della competenza. Quando tali mezzi danno una risposta soddisfacente, il giudice dell'esecuzione ovviamente non

61 — V. artt. 41, n. 1, e 42, n. 1.

62 — Art. 43, n. 2.

63 — Questa valutazione appare avvalorata dai «considerando» 23 e 24, che, a proposito del riconoscimento automatico senza che sussistano motivi per rifiutare l'esecuzione e dell'impossibilità di impugnare un certificato, sembrano riferirsi solo alle «decisioni in materia di diritto di visita o di ritorno».

dovrà spingere oltre il suo esame ma, in mancanza di una risposta di tal genere, non potrà impedire alle parti di dedurre prove in tempo utile con altri mezzi.

comunicazione per verificare se la decisione sia (ancora) esecutiva nello Stato membro di origine, qualora si contesti l'esattezza del certificato rilasciato ex art. 39.

La seconda ipotesi: i provvedimenti consentiti dall'art. 20

155. Giungo quindi alla conclusione che provvedimenti provvisori adottati da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro sulla base della competenza che tale autorità ha derivato dalle norme sulla competenza cognitiva di merito contenute nel regolamento, vanno riconosciuti ed eseguiti negli altri Stati membri allo stesso modo di qualunque altra decisione adottata sullo stesso fondamento, conformemente agli artt. 21 e segg. di tale regolamento. Un'autorità giurisdizionale alla quale sia presentata una domanda di riconoscimento o di non riconoscimento di un provvedimento di questo tipo, ovvero una domanda di dichiarazione di esecutività, ha il diritto di verificare il fondamento della competenza su cui si è basato il giudice di origine o facendo leva sulla lettera o sul contenuto della sua decisione oppure, se necessario, comunicando con detto giudice direttamente o tramite le autorità centrali competenti. Se, ma soltanto se, tale comunicazione non dà luogo ad un risultato ragionevolmente sollecito, si deve presumere che tale competenza sia stata allegata in base alle circostanze previste dall'art. 20, n. 1. In caso di decisioni (provvisorie) relative alla responsabilità genitoriale, si possono utilizzare gli stessi mezzi di

156. Si può giungere alle stesse conclusioni, per quel che riguarda il riconoscimento e l'esecuzione, nel caso in cui i provvedimenti provvisori di cui trattasi non vengano adottati sulla base di una competenza cognitiva di merito ai sensi del regolamento, bensì in base al diritto nazionale, nelle limitate circostanze consentite dall'art. 20?

157. Un primo ovvio rilievo è che la lettera stessa dell'art. 20 delimita la natura dei provvedimenti interessati («relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati») in modo tale che non siano frequenti i possibili problemi di riconoscimento o di esecuzione in un altro Stato membro. Per di più, il fatto che tali provvedimenti decadono nel momento in cui il giudice che ha competenza cognitiva di merito adotta dei provvedimenti significa che qualunque riconoscimento od esecuzione avrà semplicemente carattere provvisorio nei confronti

della parte che li richiede [64]. Tuttavia, il fatto che situazioni di questo tipo possono forse verificarsi con minori probabilità nelle circostanze previste dall'art. 20 che non nell'ipotesi di provvedimenti provvisori emanati da un giudice dotato di competenza cognitiva nel merito non significa che non possano mai verificarsi, specie nell'ipotesi di un incidente durante la lecita presenza temporanea del minore in un terzo Stato membro.

158. Tra le parti che hanno presentato osservazioni scritte, soltanto i governi spagnolo e italiano sostengono che i provvedimenti adottati nelle circostanze previste dall'art. 20 dovrebbero essere riconosciuti ed eseguiti negli altri Stati membri. Entrambi mettono in rilievo la definizione estremamente ampia del termine «decisione» di cui all'art. 2, n. 4, del regolamento [65], che è il termine utilizzato in tutte le disposizioni in materia di riconoscimento ed esecuzione e che, a loro avviso, deve comprendere qualsiasi decisione esecutiva di qualsiasi autorità giurisdizionale, a prescindere dal fondamento scelto per la sua adozione. Il governo italiano sottolinea l'importanza del diritto di essere ascoltati, che a suo parere è l'unico criterio fondamentale perché una decisione sia esecutiva in altri Stati membri. Secondo il governo spagnolo, l'effetto utile del regolamento sarebbe pregiudicato se i provvedimenti adottati nelle circostanze previste dall'art. 20 fossero esclusi dalle disposizioni relative al riconoscimento e all'esecuzione [66].

159. La Commissione, pur sostenendo in sede di osservazioni scritte l'idea che l'art. 20 non era rilevante nell'ambito della causa principale, ha proposto in udienza un approccio alquanto originale. Ha affermato che le disposizioni dell'art. 21 e segg. del regolamento erano effettivamente applicabili ai provvedimenti adottati nelle circostanze previste dall'art. 20, n. 1, ma solo se tali circostanze — presenza della persona o del bene di cui trattasi, urgenza e natura provvisoria del provvedimento — potessero essere rigorosamente verificate e fosse stato garantito il diritto di essere ascoltati. In particolare, essa ha dichiarato che la natura provvisoria del provvedimento dovrebbe essere esplicita nella decisione adottata e che dovrebbe esserne indicato il periodo di validità.

160. A mio avviso si tratta di un approccio che potrebbe essere auspicabile, ma che non trova alcun fondamento nel regolamento stesso. In particolare, esso sembrerebbe

64 — Alcuni provvedimenti, naturalmente, come l'autorizzazione giudiziale alla vendita di beni deperibili appartenenti al minore (o ai genitori, dato che l'art. 20 copre anche il divorzio, la separazione legale o l'annullamento del matrimonio), o ad un intervento chirurgico sul minore [esempi menzionati entrambi nella Relazione Lagarde sulla Convenzione dell'Aia del 1996, cit., supra, alla nota 16, relativi all'art. 11, n. 1), di tale Convenzione], avranno un'efficacia di fatto che non potrà che essere riconosciuta in altri Stati membri.

65 — «(…) una decisione relativa alla responsabilità genitoriale, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza».

66 — Citando la sentenza 11 luglio 2008, causa C-195/08 PPU, Rinau (Racc. pag. I-5271, punti 80 e segg.).

implicare il ricorso agli artt. 21 e segg., adattando al contempo l'applicazione dell'art. 24, che vieta qualsiasi riesame della competenza. Pertanto, non ritengo che tale approccio sia giustificato dalla normativa come attualmente vigente.

161. Le altre parti che hanno presentato osservazioni scritte deducono una serie di argomenti che a volte si sovrappongono, tutti nel senso che le regole sul riconoscimento e l'esecuzione contenute negli artt. 21 e segg. non si applicano ai provvedimenti provvisori adottati sull'unico fondamento dell'art. 20.

162. In primo luogo, secondo i governi del Portogallo e del Regno Unito, poiché l'art. 20 si riferisce a «provvedimenti» provvisori e non a «decisioni», esso sarebbe specificamente finalizzato ad escludere tali provvedimenti dalle «decisioni» menzionate nel resto del regolamento, in particolare nelle disposizioni in materia di riconoscimento ed esecuzione. A mio avviso non si tratta di un argomento convincente, specie alla luce dell'indicazione «a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza» contenuta nell'art. 2, n. 4, in combinato disposto con la definizione estremamente ampia di «autorità giurisdizionale» di cui all'art. 2, n. 1. In tale contesto, se il legislatore avesse voluto distinguere nell'art. 20 tra un «provvedimento» e una «decisione», mi sarei aspettata che fosse più esplicito. Mi sembra invece che la scelta dei termini derivi probabilmente dalla storia della disposizione, i cui precursori [67] fanno riferimento in maniera quasi esclusiva a «provvedimenti».

163. In secondo luogo, i governi ceco, portoghese e del Regno Unito sottolineano tutti il fatto che l'art. 20 costituisce una deroga allo schema generale del regolamento e che, come tale, dovrebbe essere interpretato in modo restrittivo. Riconosco che l'art. 20 è una deroga — ma si tratta di una deroga alle regole generali sulla competenza (compresa la litispendenza [68]) contenute nel Capo II, tra le quali va ricercata, e non a quelle in materia di riconoscimento ed esecuzione contenute nel Capo III. Concordo quindi sul fatto che l'art. 20 vada interpretato in modo restrittivo al momento di decidere se una determinata situazione rientra nel suo ambito, in particolare per quel che riguarda i requisiti dell'urgenza e della presenza all'interno del territorio. Non sono però convinta che da ciò dovrebbe automaticamente scaturire un'applicazione restrittiva delle disposizioni in tema di riconoscimento ed esecuzione, specie alla luce dell'elenco apparentemente tassativo dei motivi di non riconoscimento indicati nell'art. 23 del regolamento [69].

67 — V., supra, paragrafi 30-47.

68 — V., infra, paragrafo 169.

69 — V., supra, paragrafo 18; un elenco corrispondente di motivi di non riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio compare all'art. 22. Faccio inoltre notare che, al paragrafo 56 delle conclusioni relative alla sentenza A. (cit., supra, alla nota 37), che vengono richiamate dal governo del Regno Unito, l'avvocato generale Kokott si occupava solo di questioni di competenza, alle quali il caso era riferito, e non di questioni di riconoscimento ed esecuzione.

164. Un altro argomento, fatto valere dalla madre e dai governi ungherese e del Regno Unito, si basa sui punti 50-52 della sentenza A. [70], in cui la Corte ha sancito in sostanza che, essendo i provvedimenti cui l'art. 20 si riferisce quelli «previsti dalla legge interna», la loro indicazione compete al legislatore nazionale e che, dato che siffatti provvedimenti vengono adottati sulla base del diritto nazionale, il loro carattere imperativo deve risultare dalla normativa nazionale in questione. Pertanto, sostengono le parti sopra indicate, i provvedimenti provvisori adottati unicamente sulla base dell'art. 20 non traggono dal regolamento alcuna forza imperativa e, poiché ogni forza di carattere imperativo deriva dalla normativa nazionale, la stessa dev'essere limitata al territorio all'interno del quale tale normativa è applicabile.

165. Mi sembra tuttavia che qualsiasi decisione cui il regolamento si riferisce, che sia provvisoria o meno, che sia adottata sulla base della competenza cognitiva di merito ai sensi del regolamento ovvero solo sulla base dell'art. 20, trae forza imperativa in primo luogo dal diritto nazionale del giudice che l'adotta, e solo successivamente dal regolamento [71]. Infatti, ai sensi dell'art. 28, n. 1, il fatto che le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale siano esecutive nello Stato membro di origine è condizione esplicita per una dichiarazione di esecutività. Sembra dunque che non vi sia motivo di trattare le questioni in materia di esecutività dei provvedimenti provvisori adottati nelle circostanze previste dall'art. 20 in maniera diversa rispetto a qualsiasi altro provvedimento solo a causa della fonte della loro forza imperativa [72].

166. Un altro argomento dedotto dal Regno Unito nelle sue osservazioni scritte è quello secondo cui il riconoscimento e l'esecuzione dei «provvedimenti ex art. 20» al di fuori del territorio dello Stato membro di origine potrebbe pregiudicare l'impianto sistematico del regolamento e il principio generale secondo cui la competenza dovrebbe spettare allo Stato membro in cui il minore risiede abitualmente. L'art. 20 garantisce che non vi siano vuoti di competenza, ma comporta un rischio di ritardi prima che l'autorità giurisdizionale dotata di competenza cognitiva nel merito possa agire. Tale rischio potrebbe aumentare se i provvedimenti di cui all'art. 20 dovessero essere eseguiti in altri Stato membri. Per esempio, uno dei genitori potrebbe chiedere un provvedimento di affidamento provvisorio ad un giudice privo di competenza cognitiva nel merito ai sensi del regolamento, nelle circostanze previste dall'art. 20. Nel caso in cui l'altro genitore abbia tentato di adire l'autorità giurisdizionale dotata di competenza

70 — Cit., supra, alla nota 37.

71 — Inoltre, poiché il regolamento non contiene alcuna disposizione di diritto sostanziale in nessuno dei settori cui si riferisce, anche quando la competenza sia evidentemente basata su una delle disposizioni degli artt. 8-15, accadrà sempre che qualunque provvedimento disposto debba essere in pratica «previst[o] dalla legge interna».

72 — Ricordo ancora (v., supra, nota 69, con riferimento alle conclusioni dell'avvocato generale Kokott) che, nella sentenza A., la Corte non si occupava di questioni di riconoscimento o di esecuzione in un altro Stato membro, ma le era stato chiesto semplicemente se disposizioni di diritto nazionale in tema di provvedimenti provvisori adottati nelle circostanze previste dall'art. 20 fossero vincolanti — ed ha risposto che si trattava di una questione di diritto interno.

cognitiva nel merito nello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, tale autorità giurisdizionale non potrebbe esercitare la propria competenza finché il giudice preventivamente adito non abbia declinato la propria. In pratica, ciò potrebbe richiedere del tempo — tempo durante il quale il primo genitore potrebbe ottenere un provvedimento riconosciuto ed esecutivo in tutta Europa.

167. Secondo questo approccio, dunque, sembrerebbe che, in caso di domanda proposta ad un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro unicamente in base al fatto che sussistono le circostanze previste dall'art. 20 del regolamento, questa sarebbe l'«autorità giurisdizionale preventivamente adita» in base alle norme sulla litispendenza contenute nell'art. 19, e di conseguenza «l'autorità giurisdizionale successivamente adita» non potrebbe agire fino a che la prima non abbia declinato la propria competenza [73].

168. In udienza, però, il Regno Unito ha sostenuto un approccio del tutto diverso, considerando l'art. 20 come «isolato» dalle disposizioni in tema di competenza contenute nel resto del regolamento, un'area specifica in cui tali disposizioni non si applicano, ma vengono mantenute le norme nazionali sulla competenza. Il governo tedesco ha aggiunto che, su un piano puramente formale, l'art. 20 seguiva l'art. 19, che si applicava solo alle norme in tema di competenza che lo precedono, e che l'art. 20 perderebbe molto del suo effetto utile se allo stesso fossero applicabili le norme in tema di litispendenza. La Commissione ha affermato che le norme sulla litispendenza in realtà si applicano, ma che la verifica del «medesimo oggetto» e del «medesimo titolo» della domanda, di cui all'art. 19, dovrebbe essere eseguita in modo rigoroso, con la conseguenza, a suo avviso, che l'oggetto e il titolo della domanda non sarebbero mai gli stessi nelle cause di merito e nei procedimenti promossi nelle circostanze previste dall'art. 20, n. 1.

169. A mio avviso, un'autorità giurisdizionale che agisce unicamente in forza dell'art. 20 non è dotata di alcuna competenza in virtù del regolamento. Semplicemente, «nulla osta» a che essa adotti i provvedimenti urgenti e necessari, e previsti dalla legge interna, relativamente alle persone o ai beni presenti all'interno della sua competenza territoriale, che saranno applicabili sino a quando l'autorità giurisdizionale competente nel merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati. Il fatto stesso che tale autorità giurisdizionale agisca unicamente in forza dell'art. 20 implica che la sua competenza *non può* essere stabilita ai sensi dell'art. 19, e di conseguenza che le cause dinanzi ad essa promosse non rendono applicabili le regole sulla litispendenza. Appare evidente in base alla struttura dell'art. 20, e in particolare dal n. 2 dello stesso articolo, che la disposizione non pone alcun ostacolo ad adire l'autorità giurisdizionale competente nel merito ai sensi del regolamento, le cui decisioni sostituiranno con effetto immediato

73 — Teoria che potrebbe essere condivisa dall'Amtsgericht e dall'Oberlandesgericht Stuttgart (v., supra, paragrafi 69 e 70).

quelle adottate sulla base dell'art. 20. Il parere della Commissione, d'altro canto, pur giungendo in pratica ad un risultato molto simile, appare inutilmente contorto e dubbio.

170. A mio avviso, pertanto, non vi è alcun rischio di pregiudizio per l'impianto sistematico del regolamento, o per la regola generale che conferisce la competenza alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, nel caso in cui i provvedimenti provvisori adottati nelle circostanze previste dall'art. 20 vengano riconosciuti o eseguiti in Stati membri diversi da quello in cui sono stati emanati. Per come io intendo il suddetto impianto sistematico, una volta adita, l'autorità giurisdizionale dotata di competenza cognitiva nel merito resta competente in ogni momento ad adottare qualsiasi provvedimento ritenuto appropriato. Qualsiasi competenza di un'altra autorità giurisdizionale ad adottare provvedimenti provvisori nelle circostanze previste dall'art. 20 resta subordinata a tale competenza cognitiva nel merito. Se un rischio di ritardo esiste, esso deriva non dalle norme sulla litispendenza o dall'esecutività dei provvedimenti adottati nelle circostanze previste dall'art. 20, ma soltanto dalla eventuale mancanza di diligenza nell'adire l'autorità giurisdizionale competente nel merito. D'altro canto, l'efficacia dei provvedimenti adottati nelle suddette circostanze — che sono, per definizione, urgentemente necessari — sarebbe potenzialmente facile da eludere, finché non si procede a tale ricorso, se la loro esecutività dovesse svanire non appena il minore fosse portato oltre i confini nazionali.

171. Pertanto, nessuno tra gli argomenti sin qui da me esaminati mi ha persuaso del fatto che i provvedimenti provvisori adottati nelle circostanze previste dall'art. 20 del regolamento debbano essere trattati in modo diverso, quanto al riconoscimento e all'esecuzione in altri Stati membri, rispetto ai provvedimenti, provvisori o meno, adottati da un'autorità giurisdizionale dotata di competenza cognitiva nel merito ai sensi del regolamento. Tuttavia, un altro argomento, dedotto dalla madre e dai governi tedesco e ungherese, appare più convincente.

172. La lettera dell'art. 20, n. 1, del presente regolamento è identica a quella dell'art. 12 del regolamento n. 1347/2000 e a quella dell'art. 12 della Convenzione di Bruxelles II (a parte il riferimento alla «Convenzione» anziché al «regolamento»). Sia la relazione alla proposta del 1999 della Commissione che ha portato all'adozione del regolamento n. 1347/2000 [74] sia la relazione Borrás alla Convenzione di Bruxelles II [75] sanciscono (in termini identici), con riferimento alle dette disposizioni, quanto segue: «[l]a norma contenuta in questo articolo limita gli effetti dei provvedimenti al territorio dello Stato in cui sono adottati». La relazione alla proposta del 2002 della Commissione per il presente

74 — COM(1999) 220 def.
75 — Cit., supra, alla nota 8.

regolamento [76] dispone, riguardo all'art. 20: «[l]'articolo ricalca l'articolo 12 del regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio (…)», pur non facendo alcun riferimento esplicito al suo effetto territoriale.

173. Pertanto, il contesto è indicativo di una deliberata intenzione, da parte dei redattori di tutti e tre i suddetti strumenti, di escludere dall'ambito delle disposizioni in tema di riconoscimento ed esecuzione in altri Stati membri i provvedimenti provvisori adottati semplicemente in base all'urgenza e alla presenza da un'autorità giurisdizionale priva di competenza cognitiva nel merito. Si deve presumere che il Consiglio fosse consapevole di tale intenzione nel momento in cui ha adottato il regolamento n. 1347/2000 e che l'abbia approvata non apportando alcuna modifica all'art. 12 di tale regolamento. Ritengo si possa inoltre presumere che una qualche modifica esplicita sarebbe stata necessaria per modificare tale approccio nel contesto del presente regolamento.

174. Si deve riconoscere che altri elementi contenuti nei più remoti antenati del regolamento potrebbero militare a favore del riconoscimento e dell'esecuzione. Nella relazione Schlosser sulle adesioni del 1978 alla Convenzione di Bruxelles [77], per esempio, con riferimento all'equivalente disposizione della Convenzione, si affermava che l'ampia varietà di provvedimenti provvisori prevista nel diritto dell'Irlanda e del Regno Unito avrebbe comportato difficoltà «nel caso in cui decisioni provvisorie pronunciate in questi Stati dovessero essere attuate in forza di procedure esecutive degli Stati membri originari della Comunità» — chiarendo in tal modo che era prevista l'esecutività in altri Stati membri. E la relazione Lagarde alla Convenzione dell'Aia del 1996 [78] indica che i provvedimenti cautelari adottati sulla base dell'urgenza ex art. 11 di tale Convenzione vanno riconosciuti in tutti gli Stati contraenti, mentre provvedimenti provvisori non urgenti ai sensi dell'art. 12 hanno solo effetto territoriale.

175. Tuttavia, nonostante tali indicazioni, per quanto persuasive possano essere, e nonostante i vantaggi che posso individuare [79] nella possibilità di riconoscimento ed esecuzione ai sensi del regolamento, in altri Stati membri, i provvedimenti disposti nelle circostanze previste dall'art. 20, n. 1, fino a che l'autorità giurisdizionale dotata di competenza cognitiva nel merito non abbia agito, mi sembra evidente dalla storia legislativa diretta della disposizione che tali provvedimenti mirano a produrre i loro effetti primari soltanto all'interno dello Stato membro nel quale sono stati disposti. Pertanto, a tali provvedimenti non si applicano le disposizioni degli artt. 21 e segg. del regolamento, che prevedono un

76 — COM(2002) 222 def.
77 — Cit., supra, alla nota 10, punto 183.
78 — Cit., supra, alla nota 16, punti 72 e 75.
79 — V., supra, paragrafo 170, *in fine*.

riconoscimento ed un'esecuzione quasi automatici negli altri Stati membri.

176. Vorrei comunque sottolineare che la conclusione cui sono ora pervenuta non significa che il regolamento *osti* a qualunque riconoscimento od esecuzione, negli altri Stati membri, di provvedimenti disposti nelle circostanze previste dall'art. 20, n. 1. Esso significa anzi che il riconoscimento e l'esecuzione di tali provvedimenti non sono disciplinati dal regolamento. E, per le materie non coperte dal regolamento, rimangono applicabili convenzioni preesistenti nelle relazioni tra Stati membri [80]. Una convenzione rilevante potrebbe essere la Convenzione europea del 1980 [81], la quale non distingue tra provvedimenti provvisori e di altro genere, ma l'art. 14 della stessa impone agli Stati contraenti di «applicare una procedura semplice e spedita per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in tema di affidamento di un minore». Nel presente caso, potrebbe risultare rilevante anche la convenzione bilaterale del 1983 [82].

177. Di conseguenza, un provvedimento provvisorio adottato nelle circostanze previste dall'art. 20, n. 1 — e dunque sulla base della competenza e dei rimedi previsti dal diritto nazionale — pur non potendo usufruire delle procedure di riconoscimento ed esecuzione quasi automatici previste nel regolamento, potrebbe comunque avvalersi di altre, anche se forse più complicate, procedure previste dal diritto nazionale e in particolare di quelle imposte da convenzioni bilaterali o multilaterali di cui gli Stati membri interessati sono parti.

178. Giunta a tale conclusione, non ritengo necessario affrontare il problema [questione iv), citata supra al paragrafo 113] se l'autorità giurisdizionale dello Stato membro dell'esecuzione possa mettere in dubbio la competenza allegata sulla base dell'art. 20. Il fatto che M. non si trovasse in Spagna al momento in cui è stato emanato il provvedimento contestato, e che una delle condizioni di cui all'art. 20, n. 1, non fosse soddisfatta, non ha alcun rilievo per i giudici tedeschi se le disposizioni in tema di riconoscimento ed esecuzione contenute nel regolamento non sono, comunque, applicabili quando la competenza viene allegata su tale fondamento. Lo stesso tipo di considerazioni si applica, in questo caso, all'affermazione secondo cui la validità del provvedimento contestato era decaduta nel momento in cui ne è stata domandata l'esecutività.

179. In ogni caso, se il riconoscimento e l'esecuzione di un provvedimento adottato nelle circostanze previste dall'art. 20, n. 1, non sono problemi disciplinati dal regolamento, allora il divieto di riesame della competenza contenuto nell'art. 24 non sarà applicabile nel

80 — V. artt. 59-62 del regolamento.
81 — V., supra, paragrafi 40 e 46.
82 — V., supra, paragrafo 48.

momento in cui tali riconoscimento ed esecuzione vengono domandati.

Osservazioni conclusive

180. Nell'analizzare i problemi sollevati nella presente domanda di pronuncia pregiudiziale ho ritenuto necessario seguire un approccio ampio, e considerare questioni che in definitiva potrebbero ben dimostrarsi non rilevanti ai fini della soluzione dei problemi da decidere.

181. Questo è in gran parte dovuto all'apparente contraddizione tra il fondamento (qualunque esso fosse) in base al quale il giudice spagnolo ha di fatto considerato di essere competente e la considerazione relativa a quale fosse tale fondamento effettuata nella causa promossa dinanzi al giudice del rinvio.

182. Tale contraddizione — assieme, va detto, alla mancanza di qualsiasi osservazione da parte del padre — avrebbe ostacolato non solo la Corte nel suo tentativo di dare una risposta utile alla questione fondamentale proposta, ma anche gli Stati membri e la Commissione nei loro sforzi di assistere la Corte al riguardo. Nell'insieme, ha probabilmente contribuito a prolungare una procedura che, al contrario, avrebbe dovuto essere quanto più celere possibile, tenuto conto del superiore interesse dei minori coinvolti.

183. Sembra che tale contraddizione sia sorta in parte quale risultato della mancanza di chiarezza del provvedimento contestato nel dichiarare il fondamento della competenza sulla cui base esso era stato adottato e, in parte, probabilmente, dai vincoli procedurali imposti da o a riguardo della forma del ricorso per cassazione promosso dalla madre dinanzi al Bundesgerichtshof.

184. Qualunque ne sia la causa, comunque, l'esistenza e gli effetti di tale contraddizione mi portano a sottolineare ancora una volta i doveri che incombono ai giudici nazionali quale corollario del sistema di reciproca fiducia creato dal regolamento, che ha tra i suoi obiettivi fondamentali quello di garantire una celere soluzione delle controversie in materia di responsabilità genitoriale da parte dell'autorità giurisdizionale che sia più adatta ad assumere una decisione nel superiore interesse del minore — e nel presente caso nel superiore interesse di due gemelli molto piccoli.

185. Questo obiettivo non è stato raggiunto nel caso che ci occupa.

Conclusione

186. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, suggerisco alla Corte di risolvere la questione proposta dal Bundesgerichtshof nel modo seguente:

— «i provvedimenti provvisori adottati da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro sulla base della competenza che tale autorità ha derivato dalle norme sulla competenza cognitiva di merito contenute nel regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, vanno riconosciuti ed eseguiti negli altri Stati membri allo stesso modo di qualunque altra decisione adottata sullo stesso fondamento, conformemente agli artt. 21 e segg. di tale regolamento.

— I provvedimenti provvisori adottati dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro sulla base del diritto nazionale nelle circostanze previste dall'art. 20 del regolamento n. 2201/2003 non debbono essere riconosciuti o eseguiti in altri Stati membri, conformemente agli artt. 21 e segg. del regolamento. Tale regolamento, tuttavia, non osta al loro riconoscimento e alla loro esecuzione conformemente alle procedure previste nel diritto nazionale, in particolare quelle imposte da convenzioni bilaterali o multilaterali di cui gli Stati membri interessati siano parti.

— Un'autorità giurisdizionale investita di una domanda di riconoscimento o di non riconoscimento di un provvedimento provvisorio, ovvero di una dichiarazione di esecutività, ha diritto di accertare il fondamento della competenza su cui si è basata l'autorità giurisdizionale di origine facendo leva sulla lettera o sul contenuto della sua decisione o, se necessario, comunicando con tale autorità giurisdizionale direttamente ovvero tramite le autorità centrali appropriate. Se, ma soltanto se, nessuno di questi mezzi dà luogo ad un risultato chiaro e soddisfacente, si deve presumere che tale competenza sia stata assunta nelle circostanze previste

dall'art. 20, n. 1. Nel caso di decisioni provvisorie in tema di responsabilità genitoriale, si possono utilizzare gli stessi mezzi di comunicazione per verificare se la decisione sia (ancora) esecutiva nello Stato membro di origine, qualora venga contestata l'esattezza di un certificato rilasciato ai sensi dell'art. 39 del regolamento n. 2201/2003; e, nell'ipotesi in cui tale comunicazione non abbia successo, si possono utilizzare altri mezzi di prova, purché dedotti in modo tempestivo.»