

IL FORO DELLA RESIDENZA ABITUALE DEL CONIUGE NEL REGOLAMENTO (CE) N° 2201/2003: NOTE A MARGINE DELLE PRIME PRONUNCE ITALIANE

CRISTINA CAMPIGLIO

*Professore ordinario di Diritto internazionale
Università di Pavia*

Recibido: 17.08.2010 / Aceptado: 30.08.2010

Riassunto: L'art. 3 del Regolamento (CE) n° 2201/2003 prevede, in materia matrimoniale, una serie di titoli di giurisdizione alternativi, incentrati prevalentemente sulla residenza abituale di uno o di entrambi i coniugi. Quella di residenza abituale è tradizionalmente considerata nozione atecnica, di natura fattuale, il cui elemento obiettivo è costituito dalla stabilità: controverso è invece se debba sussistere anche un elemento soggettivo, se cioè la stabilità debba essere intenzionale. Due recenti ordinanze della Cassazione italiana relative al *forum actoris* prescindono dalla volontà del soggetto di conferire stabilità alla propria residenza. Opposta è invece la posizione assunta dalla Cour de Cassation francese. Il dilemma tra un'interpretazione restrittiva della nozione di residenza abituale del coniuge e un'interpretazione estensiva potrebbe utilmente essere risolto dalla Corte di Giustizia.

Parole chiave: Giurisdizione, Regolamento 2201/2003, residenza abituale, interpretazione.

Abstract: Concerning matrimonial matter, the Article 3 of Regulation (EC) n° 2201/2003 lists numerous alternative jurisdiction titles, prevalingly based on the habitual residence of either or both spouses. In international practice the notion of habitual residence is traditionally atechanical, of factual nature, and typically recalls the element of stability in residence, whereas that stability must be also intentional is uncertain. Two recent decisions by the Italian Corte di Cassazione about *forum actoris* leave intentionality of stable residence apart. By contrast, the French Cour de Cassation gives relevance to the voluntary element. The issue of the weight to be given to the intentionality element should be addressed by the Court of Justice.

Key words: Jurisdiction, Regulation 2201/2003, habitual residence, interpretation.

Sommario: I. La residenza abituale come titolo di giurisdizione in materia matrimoniale. II. La recente giurisprudenza italiana. III. La qualificazione della nozione di residenza abituale. 1. La residenza abituale, patrimonio comune del diritto internazionale privato. 2. La nozione di residenza abituale in materia matrimoniale: difformità di interpretazione nella giurisprudenza italiana e francese. 3. Opportunità di un intervento della Corte di Giustizia?

I. La residenza abituale come titolo di giurisdizione in materia matrimoniale

1. Partendo dall'assunto della non universalità della giurisdizione degli Stati membri, il Regolamento (CE) n° 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale¹ stabilisce una serie di titoli di giurisdizione, tutti quanti esclusivi – nel senso che rendono inoperanti, entro l'ambito di applicazione del Regolamento medesimo, le norme nazionali (in Italia,

¹ In *GUUE L 338* del 23 dicembre 2003, p. 1.

gli artt. 3, 4, 32 e 37 della legge 31 maggio 1995, n° 218) –. Per quanto riguarda specificamente le cause di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio, l'art. 3 del Regolamento attribuisce “Competenza generale” ai giudici dello Stato membro “a) nel cui territorio si trova: – la residenza abituale dei coniugi, o – l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, o – la residenza abituale del convenuto, o – in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, o – la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o – la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso ...; b) di cui i due coniugi sono cittadini”. Come ha recentemente osservato la Corte di Giustizia, dunque, “il sistema di ripartizione delle competenze introdotto dal Regolamento n° 2201/2003 in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale non mira ad escludere competenze giurisdizionali multiple. È invece prevista espressamente la coesistenza di più giudici competenti, senza che sia stabilita tra loro alcuna gerarchia”². In pratica, il coniuge potrà presentare istanza di divorzio/separazione/annullamento del matrimonio ad uno qualsiasi dei giudici competenti, influenzando così la soluzione di merito della controversia: in altre parole, proprio in un settore tradizionalmente sottratto all'autonomia privata, il Regolamento sembra istituzionalizzare il *forum shopping* e, indirettamente, la scelta della legge applicabile (c.d. *system shopping*)³. Rispetto a chi agisce in materia civile e commerciale, chi assume l'iniziativa in materia matrimoniale dispone pertanto di un più ampio ventaglio di fori, ma l'eventuale difetto di giurisdizione del giudice adito non può essere sanato dalla comparizione in giudizio del convenuto: a differenza del Regolamento (CE) n° 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale⁴ (art. 24), infatti, il Regolamento n° 2201/2003 non prevede la proroga tacita. D'altra parte, però, esso ammette – in deroga al principio *actor sequitur forum rei* – il *forum actoris*, sulla base della residenza abituale integrata da elementi che ne attestino la stabilità e la prevedibilità (durata di almeno un anno e rispettivamente sei mesi se l'attore è cittadino dello Stato).

² CORTE DI GIUSTIZIA, 16 luglio 2009, C-168/08, *Hadadi*, punto 49, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 176 (<http://curia.europa.eu>). I titoli di giurisdizione sono alternativi: la distinzione in due lettere, a) e b), e vari trattini è dovuta a meri motivi sistematici. In tal senso v. già la Relazione Borrás alla mancata Convenzione di Bruxelles del 1998 in materia matrimoniale e di responsabilità parentale, punto 33: *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, p. 943.

³ In materia matrimoniale, l'Unione europea sta effettivamente abbandonando la secolare impostazione di “in-disponibilità” (tipica degli istituti rientranti nello statuto personale, ovvero nel manciniano diritto privato necessario) a favore di una sempre maggiore autonomia dei coniugi, in ordine alla determinazione tanto della giurisdizione quanto della legge applicabile. La proposta di modifica del Regolamento n° 2201/2003, presentata dalla Commissione nel 2006 (COM (2006) 399 def. del 17 luglio 2006), prevedeva infatti da un lato la proroga della giurisdizione, e dall'altro l'*optio legis* (salvo in caso di annullamento del matrimonio, in ragione dello stretto nesso con le condizioni di validità del matrimonio). Come è noto, questa proposta è caduta a causa dell'opposizione di alcuni Stati membri. Di qui la nuova proposta c.d. di cooperazione rafforzata, presentata il 24 marzo 2010 (COM (2010) 105 def. del 24 marzo 2010) su iniziativa di dieci Stati (Austria, Bulgaria, Francia, Grecia, Italia, Lussemburgo, Romania, Slovenia, Spagna, Ungheria), con l'immediata adesione di altri quattro (Germania, Lettonia, Malta e Portogallo). La proposta del 2010 non mira a modificare il Regolamento n° 2201/2003, ma si limita a prevedere norme di conflitto uniformi (*erga omnes*). Il principio base resta l'autonomia dei coniugi, con due limitazioni: la legge scelta deve essere conforme sia ai diritti fondamentali sanciti dai Trattati dell'Unione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, sia ai “principi di ordine pubblico”, ossia ai “valori comuni” dell'Unione. Considerato il carattere innovativo della soluzione prospettata, la proposta ammette la libertà di scelta entro un limitato ventaglio di leggi: legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi al momento della scelta; legge dello Stato di ultima residenza abituale dei coniugi purché uno dei due vi risieda ancora al momento della scelta; legge dello Stato di cittadinanza di uno dei coniugi al momento della scelta; *lex fori* (art. 3 par. 1). La scelta può essere effettuata e modificata in qualunque momento, ma non oltre il momento in cui il giudice è adito (art. 3 par. 2), salvo diversa previsione della *lex fori* (art. 3.4). La scelta deve essere redatta per iscritto, datata e firmata da entrambi i coniugi: si considera forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta “una registrazione durevole dell'accordo”. Qualora tuttavia, al momento della scelta, i coniugi risiedano abitualmente in uno Stato membro “partecipante” (lo stesso o due diversi) e la legge di questo Stato preveda ulteriori requisiti formali, tali requisiti dovranno essere rispettati (art. 3 par. 3).

⁴ In *GUCE L* 12 del 16 gennaio 2001, p. 1.

In relazione al *forum actoris* ed a tutti gli altri fori elencati nella lett. a) dell'art. 3, è essenziale stabilire la sussistenza in un certo Stato membro della residenza abituale del coniuge; e, più in generale, qualificare il titolo stesso di giurisdizione. Posto che la norma di riferimento è di origine europea, la qualificazione deve essere operata non già *lege fori* bensì in maniera autonoma, alla luce dell'ordinamento dell'Unione.

2. Finora la Corte di Giustizia non ha avuto occasione di pronunciarsi espressamente sul concetto di residenza abituale con riferimento al coniuge, mentre è già intervenuta con riferimento al minore: la residenza abituale del minore, infatti, è impiegata dallo stesso Regolamento n° 2201/2003 come titolo di giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale (art. 8). Con sentenza del 2 aprile 2009⁵, la Corte ha precisato che “si deve in particolare tenere conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato”: e che “[c]ompete al giudice nazionale stabilire la residenza abituale del minore, tenendo conto delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie”.

Negli stessi termini si era del resto già espressa (a proposito peraltro della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale di minori) la Corte di Cassazione italiana⁶, che ancora recentemente – sempre riguardo alla Convenzione dell'Aja del 1980 – ha ribadito che “la nozione di residenza abituale ... corrisponde ad una situazione di fatto, dovendo per essa intendersi il luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgersi in detta località la sua quotidiana vita di relazione, il cui accertamento è riservato all'apprezzamento del giudice del merito, incensurabile in sede di legittimità, se congruamente e logicamente motivato”⁷.

II. La recente giurisprudenza italiana

3. Nel 2010, in due diverse occasioni nell'arco di pochi mesi, la Corte di Cassazione italiana si è per la prima volta pronunciata, a sezioni unite, sulla giurisdizione in materia matrimoniale⁸, con-

⁵ CORTE DI GIUSTIZIA, 2 aprile 2009, C-523/07, *A.*, punti 39 e 44, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 750 (<http://curia.europa.eu>).

⁶ Cfr., tra altre, CASS., 7 luglio 2008, n° 18614, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 143.

⁷ CASS., 15 marzo 2010, n° 6197 (inedita). Da segnalare anche CASS., 21 ottobre 2009, n° 22238, *Foro italiano*, 2010, I, 903, secondo cui il concetto di residenza abituale dei minori, come centro di vita e di relazioni degli stessi, corrisponde a fatti accertabili dal solo giudice del merito la cui decisione non è censurabile per cassazione se motivatamente accertata; CASS., 16 giugno 2009, n. 13936, *Foro italiano*, 2009, I, 3346, e *Famiglia e diritto*, 2009, p. 876; CASS., 15 febbraio 2008, n. 3798, *Guida al diritto - Diritto comunitario e internazionale*, 2008, p. 80.

⁸ Tra le poche decisioni di merito pronunciate in base all'art. 3 del Regolamento vale la pena di essere ricordata, per i molteplici spunti, TRIB. BELLUNO, 6 marzo 2009 (*Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 663, e *Famiglia e diritto*, 2010, p. 179). La causa verteva sullo scioglimento del matrimonio celebrato in India da due cittadini indiani, residenti in Italia. La giurisdizione viene affermata in base, appunto, all'art. 3 del Regolamento “che trova applicazione a prescindere dalla cittadinanza europea delle parti (ed indipendentemente dalle norme sulla giurisdizione previste dal diritto nazionale, come l'art. 32 della legge 31 maggio 1995 n° 218, le quali restano applicabili soltanto in via residuale, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento)”. Il Tribunale richiama in proposito la sentenza della CORTE DI GIUSTIZIA del 29 novembre 2007 (C-68/07, *Sundelind Lopez v. Lopez Lizazo*), ove è precisato che il Regolamento “si applica anche ai cittadini di Stati terzi che hanno vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati membri”, in conformità ai criteri di competenza previsti dallo stesso Regolamento. La giurisdizione italiana opera, a titolo esclusivo, in ragione del criterio generale della residenza, ed in particolare, trattandosi di domanda congiunta, della “residenza abituale di uno dei coniugi”. Il Tribunale osserva poi che la mancata trascrizione del matrimonio estero nei registri italiani dello stato civile non è di ostacolo alla pronuncia di scioglimento: infatti, “non vale ad escludere la giurisdizione del giudice italiano, in caso di domanda di divorzio tra cittadini stranieri, la circostanza che l'eventuale sentenza sarebbe improduttiva di effetti nel territorio della Repubblica, poiché insuscettibile di annotazione nei registri dello stato civile nei quali il matrimonio non è mai stato trascritto” (v. CASS., sez. un., 28 ottobre 1985 n° 5292). Per quanto

frontandosi con la nozione di residenza abituale del coniuge, ai sensi dell'art. 3 del Regolamento n° 2201/2003.

La prima vicenda vede coinvolta una cittadina italiana, che adisce il Tribunale di Pisa per ottenere la separazione personale dal marito, cittadino tedesco. Dopo aver risieduto per molti anni in Belgio con il marito, la donna (funzionaria della Commissione europea, spesso in viaggio nei vari Stati membri) si stabiliva a Pisa, dove il figlio intraprendeva gli studi universitari e dove, appunto, viene in seguito avviata la causa di separazione. La giurisdizione italiana, secondo l'attrice, sussisterebbe in base all'art. 3 del Regolamento (CE) n° 2201/2003, ai sensi del quale sono competenti – tra gli altri – i giudici dello Stato membro in cui l'attore abbia risieduto abitualmente almeno per un anno prima della domanda, o almeno per sei mesi ove sia cittadino di quello Stato. La giurisdizione italiana sussisterebbe inoltre in base all'art. 32 della legge italiana di diritto internazionale privato del 1995, che ritiene competenti in materia matrimoniale i giudici italiani “quando uno dei coniugi è cittadino italiano”. Il marito eccepisce il difetto di giurisdizione, sostenendo che la competenza del giudice del luogo di residenza abituale dell'attore sussisterebbe solo nel caso di domanda congiunta, e dunque non in un caso come quello in esame. Inoltre, sempre ad avviso del marito, il centro principale delle relazioni di vita e di lavoro della moglie sarebbe sempre rimasto in Belgio: la residenza in Italia sarebbe infatti meramente formale. In virtù della residenza abituale comune in Belgio, la causa di separazione avrebbe pertanto dovuto essere intentata davanti al giudice belga.

La Cassazione, con ordinanza del 17 febbraio 2010, n° 3680⁹, si premura anzitutto di chiarire che “i parametri di cui all'art. 3 del Regolamento (CE) ... sono ritenuti in dottrina esclusivi e alternativi”, sicché la normativa statale è applicabile solo in via residuale, ossia solo se non esiste nessun giudice di uno Stato membro competente in base al Regolamento stesso (cfr. art. 7 del Regolamento). Di qui l'inapplicabilità dell'art. 32 della legge del 1995, posto che nella fattispecie è possibile rinvenire la competenza del giudice di uno Stato membro in base appunto all'art. 3 del Regolamento.

La Corte rileva poi che “in caso di domanda congiunta” il Regolamento impiega genericamente “la residenza abituale di uno dei coniugi”; tutte le altre ipotesi sono tenute distinte “con i diversi sette alinea inseriti nell'art. 3 lett. a, che chiarisce pure il carattere ‘alternativo’ di ciascuno di tali criteri”.

Richiamandosi alla relazione al previgente Regolamento (CE) n° 1347/2000 (*rectius* alla Relazione Borrás alla mancata Convenzione di Bruxelles del 1998 in materia matrimoniale e di responsabilità parentale), la Corte qualifica il concetto di residenza abituale come “luogo in cui l'interessato ha fissato

riguarda la legge applicabile, l'art. 31 della legge 31 maggio 1995 n° 218 richiama l'ordinamento indiano nel suo complesso – quale “legge nazionale comune” dei coniugi al momento della domanda – “mentre la specifica legge da applicare nel caso in esame va individuata secondo i criteri concretamente utilizzati dall'ordinamento richiamato: in particolare, nella fattispecie viene in considerazione uno dei sottosistemi normativi che disciplinano i rapporti matrimoniali in ragione dell'appartenenza ad una determinata confessione religiosa (Hindu Marriage Act, Muslim Marriage Act, Christian Marriage Act, Parsee Marriage and Divorce Act, Special Marriage Act)”. I ricorrenti hanno invocato l'Hindu Marriage Act del 1955 che trova applicazione, su base personale, nei confronti delle persone appartenenti alla religione induista (o ad una delle altre confessioni equiparate), e che individua con precisione i criteri in forza dei quali una persona deve essere considerata (per nascita o per conversione) appartenente alla confessione religiosa cui la stessa disciplina si riferisce. Poiché le parti hanno contratto matrimonio induista, deve ritenersi che entrambi appartengano alla confessione religiosa Hindu, con la conseguenza che il rapporto dedotto in giudizio è regolato appunto dall'Hindu Marriage Act. Quest'ultimo consente ai coniugi di chiedere congiuntamente il divorzio “on the ground that they have been living separately for a period of one year or more, that they have not been able to live together and that they have mutually agreed that the marriage should be dissolved”. E' dunque ammissibile lo scioglimento del vincolo matrimoniale senza la necessità di una preventiva pronuncia giudiziale di separazione, essendo sufficiente la comprovata separazione di fatto per un tempo superiore ad un anno, in ragione dell'impossibilità di ricostituire la comunione di vita. Il Tribunale tiene a precisare che “l'assenza di una precedente sentenza di separazione, in quanto non richiesta dalla legge straniera che regola il rapporto, non preclude la pronuncia di divorzio in applicazione di tale legge – i cui effetti, anche sotto questo specifico profilo, non possono quindi ritenersi contrari all'ordine pubblico, in riferimento all'art. 16 della legge 31 maggio 1995 n° 218 – risultando sufficiente il riconoscimento dell'impossibilità della ricostituzione della comunione spirituale e materiale (cfr. Cass., 25 luglio 2006 n° 16978)”. Di qui la pronuncia di divorzio.

⁹ Cass., sez. un., ordinanza 17 febbraio 2010, n° 3680, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 750, e *Diritto e Giustizia*, 2010, p. 102.

con carattere di stabilità il centro permanente o abituale dei propri interessi, con chiara natura sostanziale e non meramente formale o anagrafica del concetto di cui sopra in base al diritto comunitario, essendo rilevante a individuare tale residenza ‘effettiva’, ai sensi del Regolamento stesso, il luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale e eventualmente lavorativa, alla data di proposizione della domanda”.

Nel caso in esame, “la sicura frequenza universitaria in (Italia) del figlio ..., principale riferimento dei rapporti affettivi ed umani della (moglie), ammesso anche dal (marito), evidenzia con certezza che il centro abituale delle relazioni della donna è in (Italia), in cui ella convive ancora con tale figlio”. Di conseguenza “può presumersi che da molto più di un anno la (moglie) abiti stabilmente (in Italia) per assistere, nella casa della sua famiglia di origine, il figlio”. Il giudice italiano è pertanto dotato di giurisdizione.

4. La seconda vicenda processuale riguarda invece due italiani, e trae origine dal ricorso con cui la moglie chiede al Tribunale di Verbania la separazione personale dal marito, che eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice italiano ai sensi dell’art. 3 del Regolamento (CE) n° 2201/2003. Dal momento che detta norma attribuisce la competenza ai giudici dello Stato membro dell’Unione “nel cui territorio si trova la residenza abituale dei coniugi”, e che i coniugi hanno abitualmente risieduto in Francia fino al 27 marzo 2009, la giurisdizione spetterebbe al giudice francese. In particolare non potrebbe operare il *forum actoris* in quanto la moglie avrebbe stabilito in Italia la propria residenza abituale, appunto, dopo il 27 marzo 2009, ossia meno di sei mesi prima della presentazione del ricorso (risalente al 25 settembre 2009), contrariamente a quanto previsto dal Regolamento stesso nel caso di attore cittadino dello Stato di residenza. La moglie, con controricorso, contesta l’esistenza di una residenza abituale comune in Francia, poiché anche dopo le nozze i coniugi hanno continuato a vivere l’uno in Francia e l’altra in Italia: a riprova della perdurante residenza italiana vengono adottati, tra altri, le risultanze anagrafiche, l’atto di nascita della figlia e attestati relativi all’impiego della ricorrente presso una scuola secondaria. La Cassazione, con ordinanza del 15 giugno 2010, n° 15328¹⁰, ribadisce che la nozione di residenza abituale impiegata dall’art. 3 del Regolamento “fa riferimento non alla residenza formale o anagrafica ma al luogo del concreto e continuativo svolgimento dalla vita personale ed eventualmente lavorativa”¹¹. La Suprema Corte ritiene che l’attività lavorativa svolta in Italia dal 2004, la nascita della figlia in Italia nel 2008, nonché l’indicazione (tanto nella partecipazione di nozze quanto nell’atto di nascita della figlia) di residenze separate in Italia e Francia, comprovino la residenza abituale della moglie in Italia da un periodo superiore ai sei mesi prima della proposizione della domanda di separazione: a nulla rilevando i saltuari – talvolta anche protratti – soggiorni in Francia presso la residenza del marito. Di qui la sussistenza della giurisdizione in capo al giudice italiano.

III. La qualificazione della nozione di residenza abituale

1. La residenza abituale, patrimonio comune del diritto internazionale privato

5. Come si è anticipato, la residenza abituale pone delicati problemi di qualificazione, stante l’assenza di indicazioni nello stesso Regolamento n° 2201/2003, che pure – ai fini della propria appli-

¹⁰ Al momento l’ordinanza risulta inedita.

¹¹ La Cassazione sembra dare per scontata l’applicabilità nella fattispecie del Regolamento europeo (e più precisamente del suo art. 3). Occorre in proposito richiamare l’art. 6 del Regolamento secondo il quale “il coniuge che: a) risiede abitualmente nel territorio di uno Stato membro o b) ha la cittadinanza di uno Stato membro ... può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro soltanto in forza degli articoli 3, 4 e 5”. Il Regolamento assume come titolo di giurisdizione la residenza abituale variamente dosata e combinata con la cittadinanza, e mette sullo stesso piano residenza abituale e cittadinanza ai fini della delimitazione *ratione personae* del proprio ambito di applicazione, stabilendo coerentemente che le sue norme si applicano quando il convenuto risiede abitualmente nel territorio dell’Unione o è cittadino di uno Stato membro. Nel caso di specie, dunque, la circostanza che il marito risieda abitualmente in Francia è sufficiente a porre in discussione la giurisdizione del giudice italiano e a richiederne una verifica alla luce delle norme europee (cfr. l’art. 17 del Regolamento stesso): la specifica norma di riferimento è – effettivamente – l’art. 3.

cazione – prevede una serie di “Definizioni” (art. 2). Questo silenzio si colloca, a ben vedere, nel solco della tradizione internazionale.

Il concetto di residenza abituale ha fatto la sua apparizione più di un secolo fa, nell’ambito della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato, in occasione dell’adozione della Convenzione del 1902 sulla tutela dei minori. Del concetto si è privilegiata la dimensione fattuale, apparentemente idonea a favorire l’attività dell’interprete. Coerentemente, anche nelle successive Convenzioni in cui è stata utilizzata (tra le altre ricordo le Convenzioni del 1961 in materia di protezione dei minori e del 1973 in materia di obbligazioni alimentari nella famiglia, incorporate dagli artt. 42 e 45 della l. n° 218/1995) la residenza abituale non viene definita. Si tratta di una scelta deliberata, in principio volta a far considerare decisiva la semplice presenza fisica del soggetto in un dato luogo.

Cionondimeno, col tempo sono andate emergendo talune difficoltà, in ordine soprattutto alla durata della residenza in un certo Stato. D’altronde, il concetto non è correlato a una valutazione puramente quantitativa della stabilità e continuità del soggiorno e, in maniera assai più elastica e sfumata, riassume invece tutti gli elementi idonei a caratterizzare il centro effettivo della vita del soggetto: elementi di natura personale o professionale.

6. In linea generale, si può dire che, a differenza di quanto avviene per le persone giuridiche e per le persone fisiche nell’esercizio della propria attività professionale – in relazione alle quali, a seguito delle definizioni fornite dai regolamenti nn° 593/2008 e 864/2007 relativi alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) e rispettivamente extracontrattuali (“Roma II”), esso ha assunto natura tecnico-giuridica –, con riferimento alle persone fisiche “comuni” il concetto di residenza abituale si configura tuttora come un concetto atecnico, da applicare direttamente ai fatti di causa e da ricostruire sulla base del significato proprio delle due parole che lo descrivono. Il periodo di permanenza in un dato luogo deve essere “apprezzabile”, “non occasionale” ma non necessariamente continuativo. Nella maggior parte dei casi, riflettendo sul senso proprio delle parole, non è difficile pervenire ad una localizzazione univoca¹².

2. La nozione di residenza abituale in materia matrimoniale: difformità di interpretazione nella giurisprudenza italiana e francese

7. In assenza di esplicite indicazioni contrarie, non sembrerebbero esservi ragioni per discostarsi, nell’applicazione del Regolamento n° 2201/2003, da questa nozione fattuale di residenza abituale. Va tuttavia rilevato che la già ricordata Relazione Borrás (punto 32) suggerisce di attenersi, in relazione alla competenza in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, alla elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia che, a proposito della distinzione fra residenti e non residenti a fini fiscali¹³, ha riferito la residenza abituale al luogo in cui l’interessato ha fissato, con *voluto* carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, ferma restando la necessità di tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione.

In materia matrimoniale, quindi, quello di residenza abituale sembrerebbe risolversi in un criterio che combina un elemento oggettivo – la stabilità (cioè la durata) – e, stante il riferimento al “voluto carattere di stabilità”, un elemento soggettivo – la intenzionalità –.

Ora, in ordine all’elemento oggettivo-temporale un’indicazione si potrebbe dedurre dallo stesso art. 3 del Regolamento. Infatti, se per il *forum actoris* un anno (riducibile a sei mesi ove accompagnato dalla cittadinanza) è ritenuto sufficiente a dimostrare la stabilità, e dunque ad esprimere un nesso significativo con lo Stato, si può ragionevolmente ritenere che per gli altri fori – il foro del convenuto e il foro comune dei coniugi – possa bastare anche un periodo più breve. Si tratta a ben vedere di fori rispetto ai quali assai meno forte è l’esigenza di prevedibilità per la controparte (esigenza che addirittura non esiste nel caso di residenza comune dei coniugi).

¹² Sulla nozione v. più ampiamente F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, 5a ed., Torino, Utet, 2010, p. 176 ss. e 210 ss.

¹³ V., tra le altre, CORTE GIUSTIZIA, 14 febbraio 1995, C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Schumacker*, *Raccolta*, 1995, p. I-4225.

Quanto alla intenzionalità, ossia alla volontà dell'interessato di conferire carattere abituale alla propria residenza, essa non vale certamente a sostituire la durata: è evidente che il fatto di stabilirsi in uno Stato con l'intenzione di restarvi per un certo tempo non rende per ciò stesso "abituale" una residenza che sia appena all'esordio¹⁴. Dalla Relazione Borrás si evince, come si è detto, che la intenzionalità dovrebbe piuttosto cumularsi alla durata. La Cassazione italiana non si è pronunciata sul punto, lasciando intendere l'irrelevanza dell'elemento volontario della stabilità¹⁵. Questo silenzio è particolarmente significativo, dal momento che entrambe le ordinanze del 2010 si riferiscono ad ipotesi di *forum actoris*, che in ragione della loro eccezionalità potrebbero giustificare un'interpretazione restrittiva della nozione in questione.

8. L'approccio della Cassazione italiana si discosta da quello seguito qualche anno fa dalla Cour de Cassation francese.

La causa riguardava lo scioglimento del matrimonio di due inglesi. Il marito, residente a Londra, aveva adito il giudice di Aix-en-Provence, che si era dichiarato privo di giurisdizione; di qui il ricorso alla Cour de Cassation. Con sentenza del 14 dicembre 2005¹⁶, la Cour respinge il ricorso, soffermandosi lungamente sulla valutazione della residenza "secondaria" della moglie in Francia. Il punto di partenza del ragionamento è che, "si la notion de résidence habituelle visée par un texte européen doit s'entendre de façon uniforme dans les différents Etats membres et non selon la conception interne de chacun de ces Etats, cela ne signifie pas qu'elle doit recevoir une définition identique dans toutes les matières concernées"; al contrario, la nozione deve "être interprétée dans chaque matière selon la fonction que lui attribue le texte qui s'y réfère". Nel contesto matrimoniale (all'epoca disciplinato dal Regolamento n° 1347/2000), il titolo di giurisdizione della residenza abituale (del convenuto) "doit donc être définie selon la finalité que lui attribue (le) texte, à savoir permettre au demandeur de saisir le tribunal du lieu où (le) défendeur réside en permanence à l'époque de cette saisine". Pertanto non ci si deve limitare "à transposer, pour l'application de (le) texte, la jurisprudence par laquelle la Cour de justice des Communautés européennes 'a défini cette notion dans d'autres domaines et notamment en droit social', sans rechercher la définition que cette notion devait recevoir au sens de (le) texte en fonction du rôle propre que celui-ci lui attribue". La nozione impiegata nel Regolamento in materia matrimoniale "implique seulement la volonté de conférer à l'installation un caractère stable pendant la durée prévue mais non l'intention d'y demeurer définitivement et sans esprit de retour, de sorte que l'installation temporaire prévue pour une certaine durée (nella fattispecie 18 mesi) et non de façon purement précaire caractérise la résidence habituelle au sens de (le) texte": i perduranti contatti con la precedente residenza sono da questo punto di vista irrilevanti, dal momento che "la notion de résidence habituelle ... n'exige pas un caractère exclusif mais seulement un rattachement objectif réel et sérieux". Nel caso di specie, tuttavia, la Cassation ritiene che, proprio perché "la résidence habituelle, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts", il fatto che la moglie avesse fissato in Francia la residenza secondaria principalmente allo scopo di consentire al figlio di frequentare per un certo periodo una scuola francese e non avesse manifestato "la volonté de transférer en France le centre habituel et permanent de ses intérêts", non consente di considerare quella francese come residenza abituale e dunque di fondare la giurisdizione. Correttamente quindi il giudice di merito ha dichiarato la propria incompetenza.

3. Opportunità di un intervento della Corte di Giustizia?

9. La Cour de Cassation, quindi, impiega una nozione restrittiva di residenza abituale, richiedendo non solo stabilità ma anche intenzionalità: la manifestazione della volontà di stabilire in un luogo il

¹⁴ Cfr. F. SALERNO, "I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 63 ss. (nonché in S. BARIATTI, C. RICCI, coord., *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, Cedam, 2007, p. 3 ss.), a p.73-74.

¹⁵ CASS., sez. un., ordinanza 3 febbraio 2004, n° 1994 (*Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 1390) valorizza invece l'intenzione della persona di farne in prospettiva il centro stabile dei propri interessi.

¹⁶ COUR DE CASSATION, 14 dicembre 2005, *La Gazette du Palais*, 2006, n. 55, p. 14 ss.

“centro abituale e permanente dei propri interessi” risponde evidentemente all’esigenza di prevedibilità da parte dell’altro coniuge. Se si considera che la pronuncia francese si riferisce al foro del convenuto, è chiaro che la stessa nozione dovrebbe *a fortiori* valere in relazione al *forum actoris*, la cui prevedibilità per il convenuto è assai più importante di quanto possa esserlo per l’attore il *forum rei*.

Ora, in presenza di fori concorrenti, la nozione restrittiva potrebbe effettivamente rispondere alla *ratio* di fondare la causa nello Stato con sicuro nesso con la vita matrimoniale¹⁷, arginando il *forum shopping*. Non bisogna però dimenticare che tutti e sei i titoli alternativi di giurisdizione dell’art. 3 lett. a) si basano sulla residenza abituale – quantunque riferita a soggetti diversi – sicché un’interpretazione restrittiva della nozione potrebbe di fatto portare al risultato di non trovare un giudice competente tra gli Stati membri: risultato, questo, sicuramente contrario allo spirito del Regolamento.

Onde evitare conflitti negativi, e salvo riservare l’interpretazione restrittiva (in ragione della loro eccezionalità) alle sole ipotesi di *forum actoris*, l’alternativa sarebbe una interpretazione estensiva¹⁸, in linea con il *favor divortii* che pure ispira il Regolamento.

10. Viste queste ambiguità, resta il rammarico che la Cassazione italiana non abbia colto l’occasione per richiedere alla Corte di Giustizia una pronuncia in via pregiudiziale (in base all’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione) sulla nozione di residenza abituale del coniuge ai sensi dell’art. 3 del Regolamento n° 2201/2003. L’atecnicità della nozione ha infatti già dato origine a differenti interpretazioni nazionali, certo non auspicabili nello spazio giudiziario europeo.

¹⁷ Così anche R. BARATTA, “Lo scioglimento del vincolo coniugale nel diritto comunitario”, in S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 169 ss, a p. 182, che si domanda come mai il Regolamento non abbia escluso la rilevanza del mutamento di residenza effettuato dall’attore in epoca successiva all’insorgere della crisi matrimoniale: il trasferimento della residenza potrebbe infatti mascherare la precostituzione di un foro più favorevole. Si tratta certo di un rischio reale, ma bisogna d’altro canto rilevare che per lo più il coniuge decide di cambiare residenza proprio nella fase patologica del matrimonio.

¹⁸ Cfr. F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione”..., p.73: in caso di residenza “frammentata” occorrerebbe dunque procedere alla individuazione di quella prevalente, attraverso la valutazione ponderata di legami qualitativi e quantitativi con un certo Stato. Si veda da ultimo anche M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 685 ss., a p. 706 ss.