

**Relazione al Consiglio Superiore della Magistratura  
sul corso organizzato dall'*Ecole Nationale de la Magistrature* francese e  
tenutosi a Parigi dal 15 al 18 settembre 2008 denominato:  
«LE CONFLIT FAMILIAL A DIMENSION EUROPEENNE OU  
INTERNATIONALE»**

**1. lunedì 15 settembre 2008 – mattina  
metodologia ed approccio in casi che presentano un elemento di  
estraneità**

relatore prof. Alain Devers, *Maître de conférences* dell'Università *Jean Moulin, Lyon III*, Centro di diritto di famiglia.

Il prof. Devers ha riferito che, diversamente dal programma prestabilito, a causa di un impedimento della prof. Frédérique Granet-Lambrechts, che avrebbe dovuto svolgere una relazione introduttiva, di stampo comparatistico sulle legislazioni in tema di divorzio e potestà genitoriale esistenti in Europa, la prima sessione avrebbe avuto ad oggetto l'illustrazione del corso che è risultato suddiviso in due parti corrispondenti al tema dei rapporti tra coniugi e a quello dei rapporti con la prole.

Ciò detto va evidenziato che contrariamente a quanto indicato nella scheda di presentazione inviata dal CSM, è stato subito chiaro che l'intero incontro aveva ad oggetto questioni attinenti al diritto internazionale privato e processuale e non già al diritto penale.

Trattando nello specifico le problematiche relative alla cosiddetta crisi coniugale, il relatore ha spiegato che i giuristi francesi affrontano la tematica con il nome di *désunion*, che indica la *séparation de corps*, il *divorce* e l'*annulation du mariage*.

Qualora si sia in presenza di un "elemento di estraneità" le questioni che l'interprete deve affrontare riguardano innanzi tutto l'individuazione della competenza giurisdizionale ed in secondo luogo la ricerca e individuazione della legge applicabile. Ulteriore questione attiene alla possibilità che le decisioni assunte da un tribunale di un paese comunitario o extracomunitario possano circolare ed essere riconosciute.

Gli strumenti normativi di carattere regolamentare attualmente in vigore sono il regolamento n. 2201 del 2003, detto Bruxelles II bis, sulla materia matrimoniale e la responsabilità parentale ed il regolamento n. 44 del 2001, chiamato Bruxelles I, in materia civile e commerciale, e sulle obbligazioni alimentari.

Sono state inoltre stipulate convenzioni settoriali come le convenzioni dell'Aja sulla protezione dei minori (5 ottobre 1961), sostituita da quella del 19 ottobre 1996 (non ancora entrata in vigore in Francia), la convenzione sulle obbligazioni alimentari (2 ottobre 1973) ed infine quella circa la legge applicabile al regime matrimoniale (14 marzo 1978).

Con riferimento specifico all'elemento di estraneità, è stato spiegato che in questo settore particolare rilievo assume la residenza abituale, oltre alla nazionalità delle parti. La principale problematica è sollevata dal primo criterio, che senza la collaborazione delle parti può essere difficilmente individuabile.

Quanto alla questione del rilievo su eccezione di parte ovvero d'ufficio della "questione internazionale" è stata evidenziata una recente decisione della giurisprudenza di legittimità francese che ha ribadito la necessità che sia il giudice anche d'ufficio a sollevare la questione. Peraltro, è stato evidenziato che nel settore del diritto di famiglia si sia in presenza di diritti indisponibili, campo in cui le parti non hanno la facoltà di scegliere –come più in generale nel diritto civile- la legge applicabile. Ciò tuttavia non dovrebbe avvenire con riferimento alle questioni economiche, pur nell'ambito dei rapporti matrimoniali, campo in cui sarebbero ammissibili accordi tra le parti circa la legge applicabile. Dunque, il relatore ha proposto una distinzione tra il *divorce pour faute* ove si tratterebbe di diritti indisponibili ed il *divorce consensuel* dove la parti avrebbero la scelta in merito alla legge applicabile.

Quanto alla ricerca da parte del giudice, una volta stabilita la legge applicabile, del contenuto della legge straniera il relatore ha evidenziato che la possibilità di ritornare alla *lex fori* può essere giustificata solo sull'impossibilità materiale di reperirla, circostanza questa assai rara attesi i moderni strumenti di ricerca (in particolare sulla rete giudiziaria europea è stato segnalato il sito [http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_it.htm) ed è stato ricordato l'istituto dei magistrati di collegamento).

Nell'ambito del dibattito i partecipanti hanno evidenziato la difficoltà, vista soprattutto la mole di lavoro, legata all'applicazione di leggi straniere ed alla loro interpretazione.

Il relatore ha in proposito spiegato che la Corte di cassazione francese ha individuato quale limite al proprio controllo dell'interpretazione svolta dal giudice dello Stato il caso in cui la legge straniera venga denaturata (*denaturer le sense de la loi*), con ciò garantendo un ampio margine di interpretazione al giudice chiamato ad applicare una legge diversa dalla propria.

Tema che ha suscitato particolare interesse è stato il contrasto della legge straniera applicabile con l'ordine pubblico. In Francia la questione è molto sentita per la corposa presenza di stranieri di origine marocchina ovvero islamica che conoscono la possibilità di divorzio unilaterale (ripudio). La corte di legittimità francese ha espresso il principio secondo cui in caso di contrasto con l'ordine pubblico il giudice debba applicare la legge francese solo con riferimento alla disposizione ritenuta contraria, sempre che vi sia un collegamento con il territorio francese e la conciliazione tra le due normative sia possibile.

## **2. lunedì 15 settembre 2008 – pomeriggio**

### **la competenza giurisdizionale in materia matrimoniale.**

relatore prof. Alain Devers, *Maître de conférences* dell'Università *Jean Moulin, Lyon III*, Centro di diritto di famiglia e prof. Cyril Nourissat, dell'Università di Lione.

La sessione ha avuto ad oggetto innanzi tutto l'esposizione delle scelte di politica legislativa sottese al regolamento Bruxelles II *bis* ed al fatto che il criterio principale di competenza è quello della residenza mentre le disposizioni che privilegiano la nazionalità sono marginali.

Il prof. Nourissat ha quindi esposto nel dettaglio le linee di fondo che caratterizzano una proposta di regolamento in materia di obbligazioni alimentari, che dovrebbe risolvere a livello di legislazione comunitaria il problema della determinazione della competenza ed introdurre regole di diritto internazionale privato sulla legge applicabile. Lo strumento inoltre dovrebbe trattare l'esecuzione delle relative decisioni, e predisporre un sistema di strumenti di tipo cautelare a garanzia delle pretese alimentari.

Un altro strumento convenzionale internazionale in fase di preparazione è il Regolamento Roma III, sulla competenza giurisdizionale in materia di crisi coniugale.

Il relatore ha spiegato che il progetto procede lentamente per la difficoltà di alcuni stati nel riconoscere il diritto dei coniugi di scegliere il diritto applicabile. Ad esempio la Svezia ha evidenziato la propria opposizione di fronte alla possibilità che i giudici nazionali applichino leggi ritenute contrarie all'ordine pubblico (come quelle che riconoscono la *charia*).

Il relatore ha comunque evidenziato che l'eventuale possibilità per i coniugi di scegliere il diritto applicabile, così come il giudice competente, non sarebbe illimitata, perché ogni accordo dovrebbe essere assunto sulla base di criteri ed ipotesi predefiniti. Anche il tema relativo alla forma di un tale accordo suscita un ampio dibattito.

Il prof. Nourissat ha quindi evidenziato le regole di competenza giurisdizionale di cui al regolamento Bruxelles II *bis* (differenziandolo da quello detto I, quanto alle obbligazioni alimentari), regole che si applicano a tutti i soggetti che abbiano una residenza abituale all'interno di uno dei Paesi dell'U.E., a prescindere dalla nazionalità.

Il relatore ha quindi delineato il campo di applicazione spaziale delle normative (che vede esclusa ad esempio la Danimarca), quello temporale (1.3.2005) e quello materiale. A questo proposito si è soffermato sulla definizione di "materia matrimoniale" ed alle problematiche relative alla possibilità di far rientrare in tale nozione anche i matrimoni celebrati tra persone del medesimo sesso, che attualmente sono ammessi da alcuni paesi comunitari (Belgio, Paesi Bassi e Spagna). Il relatore ha, quindi, evidenziato la necessità di adottare una nozione comunitaria di matrimonio, così come era stato fatto per l'adozione (cfr. decisione *Wagner c/ Lussemburgo*, in cui

la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha accolto una nozione europea di adozione che ne contempla la possibilità anche per un *single*).

Il relatore ha poi distinto i criteri attributivi di competenza di cui al regolamento Bruxelles II *bis* in esaustiva, alternativa e internazionale.

Inoltre, ha spiegato che il criterio di collegamento della residenza comune dei coniugi ha sollevato numerosi problemi di interpretazione in assenza di una definizione regolamentare. La corte di Cassazione francese con una recente sentenza contenuta nel dossier fornito ai partecipanti ha dato una nozione autonoma di diritto comunitario della "residenza abituale dei coniugi", definita come il luogo dove l'interessato ha fissato con volontà il centro permanente o abituale dei propri interessi. Questa decisione, che valorizza il dato soggettivo (parlando di volontà), è stata utilizzata anche dai giudici di altri stati membri come la Gran Bretagna.

Si è trattato, infine, delle obbligazioni alimentari e dell'art. 5, par. 2, del regolamento Bruxelles I.

### **3. martedì 16 settembre 2008 – mattina** **Legge applicabile al divorzio**

È stato affrontato nuovamente il tema delle obbligazioni alimentari e dell'art. 5, par. 2, del regolamento Bruxelles I che può essere applicato solo per il creditore di alimenti in caso di qualsiasi tipo di prestazione legata alla vita matrimoniale.

Con riferimento alla legge applicabile al divorzio è stata innanzi tutto evidenziata la necessità di distinguere le domande relative al divorzio stesso da quelle concernenti le sue conseguenze con la possibile applicazione di leggi diverse a seconda delle domande.

Si è evidenziato inoltre come la Francia abbia stipulato tre convenzioni bilaterali con il Marocco, la Polonia e la Slovenia e che se convive l'applicazione del Regolamento di Bruxelles e tali convenzione sono tali ultime a dover prevalere.

Il relatore ha poi descritto la normativa francese di diritto internazionale privato di cui all'art. 309 del *Code Civil* secondo cui si applica la legge francese al divorzio se vi è una nazionalità comune francese, se vi è un domicilio di entrambi coniugi sul territorio della Francia, o, infine, se se nessuna legge straniera risulta applicabile.

Si è discussa inoltre della necessità di qualificare le altre domande al fine della suddetta differenziazione.

Infine, è stata citata una convenzione multilaterale del 2.10.1973 applicabile nei confronti di tutti gli stati anche qualora non abbiano aderito.

#### **4. martedì 16 settembre 2008 – pomeriggio**

##### **Conflitti familiari trans-mediterranei. La circolazione delle decisioni sulla crisi coniugale.**

Relatore Yves Rabineau, magistrato di collegamento francese in Marocco e prof. Fabienne Jault, *Maître de conférences* presso l'Università di Rouen.

Si è discusso delle problematiche attinenti al diritto della famiglia marocchino e della riforma che nel febbraio del 2004 è stata varata per la volontà del sovrano.

Quindi, è stato analizzato l'istituto del matrimonio secondo tale normativa, dei requisiti di validità (valido se contratto da due musulmani o da un musulmano con altra persona di religione confessionale) e della concezione contrattualistica dell'atto matrimoniale (la dote oramai ha solo valore simbolico e la poligamia è ammessa ma solo se ritenuta necessaria, se la prima sposa è d'accordo e se sia possibile garantire il sostentamento di tutte le mogli).

Quanto al divorzio il relatore ne ha disegnato l'evoluzione storica e sociologica, dalla forma di ripudio del solo marito (*talaq*) alle attuali forme di divorzio consensuale introdotte con la riforma del 2004 che potranno ridurre l'arcaico strumento unilaterale.

La sessione si è conclusa con la trattazione della *Kafala*, spesso utilizzata impropriamente per importare in Francia bambini marocchini per poi trattare, da parte del secondo relatore, il tema della circolazione delle decisioni di divorzio, separazione ed annullamento del matrimonio (artt. 21 ss. del regolamento Bruxelles II *bis*).

#### **5. mercoledì 17 settembre 2008 – mattina**

##### **Competenza giurisdizionale e legge applicabile alla responsabilità parentale.**

Relatore Michel Farge, *Maître de conférences* presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Grenoble.

Nell'ambito di tale tematica sono stati analizzati non solo il regolamento Bruxelles II *bis* (solo per la determinazione della competenza, tramite il criterio della residenza del minore, con priorità sulle altre norme), ma anche la convenzione dell'Aja del 1961 (sull'individuazione della legge applicabile), quella del 1996 (in vigore per l'Italia, ma non ancora entrata in vigore in Francia), e la convenzione dell'Aja sulla sottrazione dei minori del 1980.

Il relatore ha evidenziato che qualora il minore risieda abitualmente sul territorio di uno degli stati membri dell'U.E. è obbligatorio applicare il regolamento Bruxelles II *bis*.

Il problema è tuttavia legato all'assenza di una definizione comunitaria di minore. Due sono le principali nozioni dominanti in dottrina: una tesi che ricerca una soglia internazionale del limite della maggiore età (16 anni, in conformità a quanto previsto dalla convenzione dell'Aja), ed una tesi che si

rifà al diritto interno (fissazione del termine all'età di 18 anni, come avviene in Francia e nella maggior parte dei paesi europei).

Il relatore ha quindi spiegato che il regolamento si applica qualsiasi sia la condizione quale figlio naturale ovvero legittimo del minore.

Quanto al criterio che radica la competenza ai sensi dell'art. 8 del regolamento è stato spiegato che la residenza abituale deve essere quella al momento del ricorso e che non deve essere utilizzata la definizione volontaristica sopra citata utilizzata dalla Corte di cassazione francese per la residenza dei coniugi. Ci sono inoltre alcune eccezioni a questo criterio: quello indicato dall'art. 9, in caso di minore sottratto illecitamente, in caso di proroga di competenza per la volontà dei parenti (ex art. 12 a favore del giudice del divorzio ovvero ex art. 12 par. 3 in caso di legame con il territorio del minore), nel caso indicato dall'art. 13 e per la volontà del giudice ex art. 15..

Sono stati infine esposti alcuni casi pratici, esemplificativi della trattazione teorica.

## **5. mercoledì 17 settembre 2008 – pomeriggio.**

### **Circolazione delle decisioni in materia genitoriale.**

Relatore avv. Alexandre Boiché, del foro di Parigi.

Sono state analizzate le norme relative alla tematica sopra indicata tra cui spicca l'art. 21 del regolamento Bruxelles II *bis* sul riconoscimento automatico delle decisioni.

È stata, quindi, trattata criticamente (perché contraria a detto principio) la decisione concernente una condanna in Francia di una madre che non aveva rispettato il diritto di visita del padre ciò tuttavia in conformità di una sentenza di un giudice tedesco che era andato a modificare una decisione assunta dal giudice francese. Il comportamento della donna, in linea con la decisione presa da un giudice di uno stato membro, ha rilevato il relatore appare immune da censure.

Sono stati, poi, analizzati gli artt. 40 e 41 del regolamento e l'art. 42 che prevede i "titoli di esecuzione obbligatori". Si è parlato quindi della problematica alla redazione dei certificati che il giudice o la cancelleria debbono obbligatoriamente rilasciare perché la decisione resa sia eseguibile ai sensi del regolamento.

## **6. giovedì 18 settembre 2008 – mattina.**

### **Sottrazione internazionale di minori.**

Relatore prof. Estelle Gallant, *Maître de conférences* all'Università *Paris I*.

È stata analizzata innanzi tutto la convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, applicabile in materia a meno che la sottrazione sia intracomunitaria poiché in

tal caso si applica il regolamento Bruxelles II bis, il quale peraltro spesso contiene norme di rinvio alla suddetta convenzione.

Il principio sottostante a detta normativa si può sintetizzare nell'idea secondo cui se si accerta uno spostamento illecito del minore lo stesso deve tornare immediatamente nello stato d'origine (dove si radica la residenza abituale). Solo a seguito di tale "restituzione" si potrà discutere del merito dell'affidamento e dei diritti di visita. Ciò al fine di limitare i poteri dello Stato "di rifugio" di rinforzare lo spostamento illecito.

Sono state quindi elencate le eccezioni a questo principio, come in caso si accerti un pericolo ai sensi dell'art. 13 della convenzione dell'Aja. Il regolamento, peraltro, ha cercato di definire i limiti di tale situazione di pericolo che se largamente interpretata rischia di svuotare di significato il principio di fondo sopra menzionato.

La relatrice ha quindi analizzato il concetto di sottrazione illecita indicata dall'art. 5 della convenzione dell'Aja.

È stato spiegato che il concetto di "violazione del diritto di affidamento", come diritto di decidere la residenza del minore, ha creato problemi in caso vi sia un affido congiunto del minore. Infatti, nonostante un'interpretazione ritenesse sufficiente la decisione di uno solo dei genitori, in realtà anche in tale ipotesi per lo spostamento serve l'accordo di entrambi. Ciò è stato chiarito dall'art. 2, par. 11, lett. b), secondo cui per "affidamento" congiunto si considera ogni ipotesi in cui entrambi i genitori non possono, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale.

Con riferimento ai casi in cui si può opporre il rifiuto al ritorno nello stato di origine, la relatrice ha spiegato la necessità di interpretare restrittivamente le eccezioni con particolare riferimento all'art. 12 della convenzione dell'Aja (ipotesi dell'integrazione del minore nel nuovo ambiente, che può essere causa di rifiuto dell'ordine di ritorno solo se la domanda di ritorno è posteriore di più di un anno dallo spostamento del minore).

Ha spiegato la docente che l'integrazione del minore nel nuovo stato non può essere causa autonoma del rifiuto al ritorno, sebbene spesso la giurisprudenza utilizzi tale concetto come uno degli aspetti di quella situazione di pericolo per il minore connessa al ritorno per cui è possibile appunto non eseguire l'ordine di ritorno.

Nel caso la sottrazione avvenga nell'ambito intracomunitario il regolamento Bruxelles II bis aggiunge regole e meccanismi per accelerare il ritorno del minore (cfr. art. 11, e la norma di cui al comma 4 di tale disposizione che stabilisce che anche in caso di accertato pericolo per il minore non si può rifiutare il ritorno se sono state adottate le misure di protezione, pur con la difficoltà di interpretare l'essenza di tali misure).

Il paragrafo 8 del citato art. 11 prevede poi la cosiddetta Procédure du dernier mot, che in sostanza conferisce al giudice dello stato di origine l'ultima parola sul ritorno del minore e la possibilità di emettere una decisione di ritorno, nonostante vi sia un rifiuto del giudice dello stato di "rifugio" in cui il minore è

stato condotto. Tale possibilità peraltro è prevista solo in caso in cui il rifiuto al ritorno fosse stato opposto sulla base di un pericolo per il minore.

Ha preso infine la parola Mme Volant, rappresentante del *Bureau de l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale, direction des affaires civiles et du sceau*, spiegando la funzione (quale autorità centrale in Francia) e l'organizzazione del proprio ufficio, che ha il compito di aiutare le persone vittime di una sottrazione di minore, svolgendo una sorta di attività parallela ed autonoma rispetto a quella giurisdizionale.

Ha spiegato la relatrice che l'autorità centrale ha carattere amministrativo ed ha lo scopo di favorire la cooperazione amministrativa e giudiziaria al fine di impedire che il genitore « rapitore » legalizzi la situazione nel nuovo paese.

In Francia se l'autorità centrale è investita della richiesta di ritorno nel territorio prepara un dossier sulla situazione del minore prima dello spostamento e si appresta a garantire la tutela anche tramite il coordinamento tra le azioni penali e civile per arrivare innanzi tutto alla localizzazione del minore.

## **7. giovedì 18 settembre 2008 – pomeriggio**

### **Tavola rotonda.**

Il dibattito sulle tematiche affrontate è stato coordinato dalla prof. Gallant e sono intervenuti l'avv. Charlotte Butruille-Cardew, dei fori di Parigi e di Londra, oltre al magistrato di collegamento canadese in Francia.

ILARIA FREDDI