

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

SOMMARIO: 1. Prima sessione (lunedì 15 settembre 2008 – mattina). Approccio metodologico alla trattazione di casi che presentino elementi di estraneità nel campo del diritto di famiglia. – 2. Seconda sessione (lunedì 15 settembre 2008 – pomeriggio). Regole di competenza giurisdizionale in materia matrimoniale. – 3. Terza sessione (martedì 16 settembre 2008 – mattina). Legge applicabile al divorzio e alle sue conseguenze. – 4. Quarta sessione (martedì 16 settembre 2008 – pomeriggio). Conflitti familiari trans-mediterranei. La circolazione delle decisioni sulla crisi coniugale. – 5. Quinta sessione (mercoledì 17 settembre 2008 – mattina). Competenza giurisdizionale e legge applicabile alla responsabilità parentale. – 6. Sesta sessione (mercoledì 17 settembre 2008 – pomeriggio). Circolazione delle decisioni rese in materia genitoriale. – 7. Settima sessione (giovedì 18 settembre 2008 – mattina). Sottrazione internazionale di minori. – 8. Ottava e ultima sessione (giovedì 18 settembre 2008 – pomeriggio). Tavola rotonda.

Dal 15 al 18 settembre 2008 si è svolto a Parigi un colloquio sul tema «Le conflit familial à dimension européenne ou internationale», organizzato dall'*Ecole Nationale de la Magistrature* francese. Lo scrivente vi ha preso parte su invito del Consiglio Superiore della Magistratura, che ha richiesto l'invio di «un'articolata relazione relativa allo svolgimento del corso e alle tematiche trattate, al fine di assicurare un successivo utilizzo in sede di formazione centrale e decentrata». Rispondendo a tale richiesta lo scrivente inoltra quindi al Consiglio Superiore la presente relazione, precisando, in via preliminare, che, a differenza di quanto segnalato nella scheda di presentazione, l'incontro aveva ad oggetto questioni attinenti al diritto internazionale privato e processuale (e non al diritto penale).

1. Prima sessione (lunedì 15 settembre 2008 – mattina). Approccio metodologico alla trattazione di casi che presentino elementi di estraneità nel campo del diritto di famiglia.

I lavori del seminario sono stati introdotti alle h. 9.30 di lunedì 15 settembre dal prof. Alain Devers, *Maître de conférences* dell'Università *Jean Moulin, Lyon III*, Centro di diritto di famiglia. Il prof. Devers ha innanzi tutto spiegato che, contrariamente a quanto risultante dal programma inviato, non si sarebbe potuta tenere la prevista relazione a carattere introduttivo, destinata a fornire un panorama comparatistico sulle legislazioni in tema di divorzio e potestà genitoriale esistenti in Europa. Questo in ragione di un improvviso impedimento della docente originariamente designata per tale sessione (la prof. Frédérique Granet-Lambrechts), che peraltro ha messo a disposizione la propria relazione scritta. Per tale ragione il prof. Devers ha dedicato le battute introduttive del suo intervento ad illustrare l'organizzazione del corso, suddiviso in due parti principali, corrispondenti, rispettivamente, al tema dei rapporti tra coniugi (primi due giorni) e a quello dei rapporti con la prole (ultimi due giorni). Ciò premesso, il docente ha poi aggiunto che, non essendo comparatista, bensì studioso di diritto internazionale privato, egli avrebbe trattato non già del raffronto tra i diversi diritti materiali e processuali vigenti in Europa sul contenzioso familiare, ma si sarebbe piuttosto concentrato sul profilo dell'approccio metodologico alla trattazione dei casi che presentino elementi di estraneità nel campo del diritto di famiglia. Egli ha poi presentato il contenuto del *dossier* documentale, contenente, oltre agli strumenti regolamentari e convenzionali più ricorrenti nella materia, una raccolta di guide pratiche e di casi giurisprudenziali tratti dalla giurisprudenza francese e da quella della Corte di Giustizia CEE.

Ciò chiarito, il relatore ha precisato che le questioni da sviscerarsi nel corso dei primi due giorni sarebbero state quelle relative al tema della crisi coniugale, che i giuristi francesi tendono ora a denominare con un'espressione onnicomprensiva quale *désunion*, in grado di abbracciare tanto la *séparation de corps*, che il *divorce*, che l'*annulation du mariage*. Tali questioni, egli ha aggiunto, sono fondamentalmente quelle convergenti attorno ai temi seguenti: (1) individuazione della competenza giurisdizionale; (2) ricerca e individuazione della legge applicabile; (3) circolazione delle decisioni rese da un tribunale di un paese comunitario o extracomunitario.

Il prof. Devers ha quindi proceduto ad una sommaria presentazione dei due principali strumenti regolamentari in vigore in relazione alle materie in esame: vale a dire, *in primis* il regolamento n. 2201 del

2003, detto regolamento Bruxelles II *bis*, concernente tanto la materia matrimoniale, che quella della responsabilità parentale, nonché quello n. 44 del 2001, usualmente denominato Bruxelles I, relativo alla materia civile e commerciale, ma applicabile anche al settore giusfamiliare delle obbligazioni alimentari.

Il prof. Devers ha successivamente presentato i più rilevanti strumenti convenzionali relativi alle questioni dibattute, vale a dire le convenzioni dell'Aja sulla protezione dei minori (5 ottobre 1961), sostituita da quella successiva sulla stessa materia (19 ottobre 1996, non ancora entrata in vigore in Francia), quella sulle obbligazioni alimentari (2 ottobre 1973) ed infine quella circa la legge applicabile al regime matrimoniale (14 marzo 1978).

Dopo aver illustrato le principali differenze tra la «filosofia» del sistema dei regolamenti Bruxelles I e Bruxelles II *bis*, rispetto all'impianto delle citate convenzioni, il relatore ha citato i principali strumenti d'aiuto pratico e teorico alla comprensione del complesso sistema oggi in vigore in questo campo, facendo altresì riferimento alla *bibliographie sélective* fornita nel *dossier* documentale distribuito.

Dopo un *tour de table* tra tutti partecipanti (una trentina in totale, la maggior parte dei quali costituita da giudici e pubblici ministeri francesi, oltre a magistrati provenienti da Belgio, Germania, Italia, Lussemburgo e Spagna), il relatore ha proceduto ad analizzare il concetto di «elemento di estraneità», quale momento qualificante l'applicazione di una delle discipline in esame. Sottolineato lo speciale rilievo in questo campo degli elementi della residenza abituale e della nazionalità delle parti, il prof. Devers ha esattamente posto in luce come nei conflitti familiari a dimensione transnazionale tali elementi appaiano sovente nascosti, se non addirittura occultati dai legali delle parti. Se è vero, infatti, che la nazionalità risulta usualmente dagli atti prodotti, è altrettanto vero che la residenza abituale delle parti (così come del minore, per i procedimenti che lo riguardano), appare assai più difficilmente individuabile senza la cooperazione degli interessati. Per questo il relatore ha ritenuto di dover porre un accento particolare sugli strumenti idonei a risolvere tali dubbi e sulla necessità di sensibilizzare i legali.

Il prof. Devers si è quindi soffermato sul tema del carattere officioso del rilievo della (in)competenza, a seguito di un intervento della giurisprudenza di legittimità d'Oltralpe che, ponendo la distinzione tra diritti disponibili e diritti indisponibili, ha invitato i giudici francesi a tenere conto *ex officio* della dimensione internazionale del conflitto endofamiliare. Particolarmente interessante il caso, riportato dal relatore, dei divorzi franco-marocchini, ove può verificarsi che il legale del marito, che intenda ritardare la procedura, non sollevi la questione dell'applicabilità del diritto marocchino sulla base della apposita convenzione tra i due paesi (mentre il legale della moglie ha comunque interesse a non sollevarla, perché il diritto francese è più «generoso» nei confronti di quest'ultima). Ora, il fatto che il giudice ignori la questione offre la possibilità di appellare per tale motivo e dunque ritardare la procedura. Il prof. Devers ha poi trattato degli *accords procéduraux*, pure ritenuti nulli dalla Corte di Cassazione francese, se relativi a diritti indisponibili. Ciò premesso, il relatore ha però prospettato l'opportunità che gli accordi procedurali attinenti a questioni puramente patrimoniali *inter coniuges* siano considerati validi, in quanto aventi tratto a diritti, a suo avviso, pienamente disponibili.

Il relatore ha poi animato una discussione, nel corso della quale molti dei partecipanti sono intervenuti, sul dovere del giudice di ricercare il contenuto del diritto straniero eventualmente applicabile, concludendo che un giudice francese (ma il discorso vale, ovviamente, anche per quello italiano) non può oggi giustificare l'applicazione della *lex fori* sulla semplice base del fatto che le parti non hanno cooperato nella prova del contenuto delle disposizioni straniere applicabili al caso di specie. Informazioni in proposito sono state quindi fornite sugli strumenti utilizzabili a tale fine e in particolare sulla rete giudiziaria europea (http://ec.europa.eu/civiljustice/index_it.htm) e sull'istituto, presente in molte realtà europee, dei magistrati di collegamento. Anche il problema dell'interpretazione della legge straniera e dell'acquisizione degli strumenti per il reperimento delle fonti di tale interpretazione è stato ampiamente dibattuto dai partecipanti.

Il prof. Devers è infine passato a trattare del tema dell'eventuale contrasto della norma straniera rispetto all'*ordre public* (internazionale) francese, riferendo sul punto di diversi casi pratici, relativi, tra l'altro, ad ipotesi di divorzio unilaterale (ripudio) emessi nell'ambito di sistemi ispirati alla legge islamica. I partecipanti hanno poi a lungo discusso il tema del contrasto con l'ordine pubblico delle disposizioni delle leggi straniere che prevedano per il coniuge divorziato una *préstation compensatoire* ridotta (talora anche di molto) rispetto a quella che sarebbe normalmente dovuta secondo la normativa francese.

2. Seconda sessione (lunedì 15 settembre 2008 – pomeriggio). Regole di competenza giurisdizionale in materia matrimoniale.

Nel pomeriggio del 15 settembre il prof. Cyril Nourissat, dell'Università di Lione, con l'assistenza del prof. Devers, ha trattato delle regole di competenza giurisdizionale in materia matrimoniale. L'esposizione è iniziata con la precisazione dei termini fondamentali di riferimento della materia, attinenti al

tema della *désunion* nei rapporti di coppia caratterizzati dalla presenza di un elemento di estraneità. Al riguardo il relatore ha precisato, innanzi tutto, che la scelta di politica legislativa manifestata dal regolamento Bruxelles II *bis* è nel senso che le relative disposizioni trovano applicazione con riguardo a criteri che vedono la nazionalità delle parti relegata in una posizione ormai del tutto marginale. Ciò determina come conseguenza che, sussistendo i criteri di competenza di cui al regolamento (essenzialmente legati al profilo della residenza), le regole in esame vanno considerate come applicabili anche in presenza di elementi di estraneità che portino verso un sistema giuridico di un paese che non sia membro dell'U.E.

Ciò premesso il prof. Nourissat ha lungamente esposto le linee evolutive che sembrano disegnarsi per il futuro. In particolare si è soffermato sulla proposta di regolamento in materia di obbligazioni alimentari, la quale dovrebbe, come noto, risolvere a livello di legislazione comunitaria il problema della determinazione della competenza (sul punto riprendendo e sviluppando i principi già enunciati dal regolamento Bruxelles I, con particolare riguardo all'art. 5, par. 2), sia introducendo regole di diritto internazionale privato sulla legge applicabile, sia, infine, trattando dell'esecuzione delle relative decisioni, non senza predisporre un ricco armamentario di strumenti di tipo cautelare a tutela dell'effettiva realizzazione delle pretese alimentari. Sul punto ha concluso osservando come il nuovo strumento dovrebbe essere varato entro la fine del 2008 o, al massimo, entro il 2009.

Assai più controversa appare invece la sorte del secondo strumento attualmente in preparazione, vale a dire il c.d. regolamento Roma III, destinato a modificare le regole di competenza giurisdizionale in materia di crisi coniugale e ad introdurre principi comunitari sulla legge applicabile ai relativi conflitti transfrontalieri. Al riguardo la proposta di regolamento è stata, paradossalmente, da alcuni paesi ritenuta troppo avanzata, poiché introduce una forma di rilievo della volontà delle parti nella scelta tanto del giudice che della legge applicabile alle predette controversie, laddove altri governi – quelli, cioè, dei paesi la cui legislazione è considerata tra le più avanzate (si pensi, in particolare, alla Svezia) – temono di dover fare troppo da vicino i conti con sistemi ormai troppo «arretrati» (si pensi a quelli di paesi che, come Malta, ancora non ammettono il divorzio o che, come l'Italia, s'ostinano a non prevedere disposizioni in tema di libere unioni extramatrimoniali o ad imporre un'ormai del tutto anacronistica attesa triennale, una volta intervenuta la separazione, per legittimare la richiesta di divorzio, ciò che, tra l'altro, alcuni ordinamenti nordici oggi ritengono addirittura contrario al proprio ordine pubblico!).

Con riguardo a questa specifica proposta, il relatore ha sottolineato come essa non appaia comunque tale da attribuire alla signoria della volontà una possibilità di scelta illimitata, tanto del giudice competente, che del diritto applicabile: si dovrebbe trattare, invece, di un *choix encadré*, per cui l'accordo delle parti potrebbe muoversi solo all'interno di una cornice ben predefinita di ipotesi, in presenza, comunque, di regole inderogabili ed eventualmente destinate ad operare in difetto di un'intesa sul punto. Un vasto dibattito è attualmente in corso sulle forme che un siffatto accordo dovrebbe assumere, anche a garanzia della presenza di una piena consapevolezza dei coniugi sulle conseguenze dell'intesa (e sul punto il prof. Nourissat ha parlato, significativamente, di un *choix éclairé*). In ogni caso il relatore ha difeso l'idea che si pone alla base della predetta proposta, che consiste nell'intento di evitare il c.d. *forum shopping*, ed ha citato in proposito il caso dei coniugi «deboli» britannici, i quali manifestano una tendenza ad instaurare il contenzioso coniugale in Francia, in considerazione del sospetto con il quale i giudici di questo paese (alla pari, del resto, come noto, della Cassazione italiana), vedono gli accordi preventivi di divorzio, generalmente ritenuti validi al di là della Manica, ma il cui contenuto è sovente proprio quello di «ledere» l'interesse del coniuge non percettore di reddito (o percettore di un reddito notevolmente inferiore a quello dell'altro). La soluzione che dovrebbe rinvenirsi al fine di uscire dall'*impasse* che si è determinata sarebbe quella di ricorrere alla c.d. *coopération renforcée*, secondo quanto deciso dal consiglio dei ministri della giustizia dell'U.E. il 23 e 24 luglio 2008. Nel caso, quindi, di accordo di almeno otto paesi membri, il regolamento potrebbe essere adottato da questi ultimi paesi soltanto.

Il prof. Nourissat è quindi passato a trattare del tema delle forme e dei tempi di effettuazione della scelta del diritto applicabile, illustrando le conseguenze dell'adozione della soluzione che potrebbe profilarsi come più probabile, vale a dire quella dell'ammissibilità di una scelta compiuta anche, eventualmente, al momento della celebrazione delle nozze, secondo il sistema statunitense dei *pre-nuptial agreements in contemplation of divorce*.

Il relatore si è quindi addentrato nell'esame delle regole di competenza giurisdizionale dettate dal regolamento Bruxelles II *bis*, evidenziandone le differenze rispetto a quelle di cui al regolamento Bruxelles I, per ciò che attiene alle prestazioni alimentari, ribadendo ancora una volta che i predetti strumenti non interessano solo i *ressortissants communautaires*, bensì tutti i soggetti che abbiano una residenza abituale all'interno di uno dei Paesi dell'U.E., per cui il regolamento Bruxelles II *bis* è oggi la regola comune di diritto internazionale privato. Si tratta, cioè, del primo testo cui fare riferimento non solo nei rapporti «intra-europei», ma in ogni caso in cui, in un procedimento dinanzi ad un giudice di un paese membro dell'U.E., vi sia un elemento di estraneità, verso qualunque ordinamento straniero.

Esaminato il campo d'azione spaziale, il relatore è passato a considerare il campo d'azione temporale del regolamento da ultimo citato, per terminare sul concetto di campo d'azione materiale, avuto riguardo alla definizione della nozione di «materia matrimoniale». Inevitabile, a questo punto, il dibattito sulla possibilità di far rientrare in tale definizione anche i matrimoni celebrati tra persone del medesimo sesso secondo gli ordinamenti dei tre Paesi europei che attualmente ammettono siffatto genere di unione (Belgio, Paesi Bassi e Spagna). Nel corso dell'ampia discussione che ne è seguita i partecipanti (francesi e non) hanno nella stragrande prevalenza manifestato l'opinione favorevole a ritenere *valablement mariés* (ovviamente, sotto il rispetto delle condizioni fissate dagli ordinamenti d'origine) anche tali coppie, con conseguente applicazione della disciplina del regolamento Bruxelles II *bis* da parte dei giudici di tutti i sistemi dei paesi membri dell'U.E. In proposito il relatore ha sottolineato la necessità dell'adozione di una nozione comunitaria di matrimonio, analogamente a quanto ritenuto, in materia di adozione, dalla decisione Wagner *c/ Lussemburgo*, in relazione ad un caso di adozione, in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha stabilito che lo statuto personale che vieti l'adozione da parte del *single* viola la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in tal modo accedendo ad una nozione europea di adozione.

Il complesso ed interessante *exposé* del prof. Nourissat è quindi terminato con un'analitica disamina dei sette distinti criteri attributivi di competenza (*chefs de compétence*) di cui al regolamento Bruxelles II *bis*, con l'esame di diversi casi pratici e di sentenze francesi attinenti alla definizione di «residenza abituale dei coniugi». Infine, per ciò che attiene alle obbligazioni alimentari, il docente ha proceduto alla presentazione del testo, e alla relativa discussione, dell'art. 5, par. 2, del regolamento Bruxelles I.

3. Terza sessione (martedì 16 settembre 2008 – mattina). Legge applicabile al divorzio e alle sue conseguenze.

La mattina del 16 settembre il prof. Devers ha affrontato il tema del diritto applicabile al divorzio che presenti uno o più elementi di estraneità, alla luce dei principi attualmente vigenti in Francia, in attesa dell'approvazione del nuovo regolamento Roma III. In apertura, peraltro, il docente è ritornato, su richiesta dei partecipanti, sul tema delle domande di prestazioni di tipo alimentare, chiarendo come l'interpretazione unanime di tale concetto lo porti ad estendersi ad ogni prestazione legata alla vita matrimoniale: dal *devoir de secours et de contribution* tra coniugi (il nostro dovere di contribuzione *ex art. 143 c.c. it.*), alla *prestation compensatoire* ed alla *pension alimentaire* tra *ex* coniugi e nei confronti dei figli. Ancora una volta sono state rilevate le differenze tra le regole di competenza ai sensi dell'art. 5, par. 2, del regolamento Bruxelles I e quelle di cui al regolamento Bruxelles II *bis*, ponendosi in luce come, in ogni caso, l'elemento determinante al fine dell'individuazione della competenza sia la data di presentazione della domanda, non rivestendo in proposito le successive variazioni nello stato di fatto (cioè nei presupposti fattuali della competenza) alcun effetto.

Attenzione è stata prestata anche al caso di una eventuale domanda risarcitoria, che non sembra rientrare in alcuna delle disposizioni comunitarie. Così pure, su sollecitazione dei partecipanti, si è discusso il tema del rilievo dell'eccezione prevista per le «cause» per le quali vengono domandati il divorzio o la separazione (di cui all'ottavo considerando del regolamento Bruxelles II *bis*), sicuramente riferibile all'ipotesi italiana dell'addebito della separazione. Si sono poi anche prese in esame le questioni del regime patrimoniale applicabile e delle controversie relative al nome del coniuge: situazioni, queste, entrambe escluse dalla sfera di operatività dei regolamenti oggi in vigore. Sul punto il docente ha anche illustrato le ricadute del fatto che una materia entri o meno nei suddetti strumenti in relazione al possibile rilievo officioso o meno dell'incompetenza. Così, mentre ai sensi del regolamento Bruxelles II *bis* il giudice deve d'ufficio rilevare il difetto di competenza e la costituzione del convenuto non opera alcun effetto sanante, diversa può essere la soluzione per la questione del diritto al nome o per le controversie sul regime patrimoniale, per le quali si applicano le regole di diritto internazionale privato e processuale vigenti in ogni sistema; queste ultime, a loro volta, possono prevedere il carattere non officioso del rilievo e l'efficacia sanante di una eventuale costituzione del convenuto.

Concluse le premesse di cui sopra, il docente è passato all'esame delle disposizioni di diritto internazionale privato francese in tema di legge applicabile al divorzio, avvertendo l'uditorio della necessità di tenere ben distinte, da un lato, la legge applicabile al divorzio in sé considerato e, dall'altro, la legge applicabile alle conseguenze del divorzio stesso. Ne deriva quello che il prof. Devers ha definito il *morcellement du contentieux matrimonial*: vale a dire l'applicazione «domanda per domanda» delle regole determinative del diritto applicabile; ciò che potrebbe condurre all'applicazione, ad esempio, di una legge al divorzio in quanto tale e di un'altra legge alle relative conseguenze (o, addirittura, di leggi diverse per ciascuna delle diverse conseguenze del divorzio).

Il docente ha poi ricordato le tre convenzioni bilaterali che legano sul punto la Francia al Marocco, alla Polonia e alla Slovenia, per poi passare alla dettagliata illustrazione dei criteri su cui si fonda la regola generale d'Oltralpe, scolpita nell'art. 309 del *Code Civil*, in merito al tema dell'applicazione della legge francese al divorzio (nazionalità comune francese, o, in difetto, domicilio di entrambi coniugi sul territorio della Francia, o, infine, applicazione della legge francese, se nessuna legge straniera risulta applicabile). Per i profili procedurali, poi, il docente ha chiarito che, secondo la tesi prevalente, il giudice deve seguire la propria *lex fori*, sebbene nel campo dei processi relativi alla *désunion* la distinzione tra norme sostanziali e norme procedurali non appaia sempre agevole.

Ciò premesso, il docente ha chiarito le conseguenze dell'applicazione di una legge straniera più restrittiva o, al contrario, più permissiva in materia di cause di divorzio, esaminando varie ipotesi di possibili violazioni di principi d'ordine pubblico. Gli stessi problemi sono anche stati esaminati con riguardo al versante degli effetti, con speciale attenzione ai conflitti con discipline di paesi che ammettono ancora certe discriminazioni uomo-donna.

4. Quarta sessione (martedì 16 settembre 2008 – pomeriggio). Conflitti familiari trans-mediterranei. La circolazione delle decisioni sulla crisi coniugale.

Nel pomeriggio di martedì 16 il collega Yves Rabineau, magistrato di collegamento francese in Marocco, ha trattato dei conflitti familiari trans-mediterranei, con particolare riferimento ai rapporti con il sistema del regno del Marocco. Il relatore, dopo aver chiarito che, in alcuni (peraltro non numerosi) casi, i sistemi di paesi musulmani presentano pochi problemi sotto il profilo dell'ordine pubblico (si pensi alla Tunisia o alla Turchia, le cui legislazioni nel campo giusfamiliare sono ormai completamente dominate dal principio di laicità), ha proceduto ad illustrare la riforma portata a termine nel 2004 nel regno del Marocco, per volontà dell'attuale sovrano, che ha comportato un deciso superamento degli istituti di riferimento del diritto matrimoniale di quell'ordinamento (ulteriori informazioni al riguardo sono reperibili ai siti: www.justice.gov.ma; <http://adala.justice.gov.ma>).

Nella prima parte della sua relazione, il collega ha dunque trattato del matrimonio nel diritto marocchino: dalla natura contrattuale dello stesso, secondo il diritto coranico, alle forme di celebrazione e ai suoi principali effetti personali e patrimoniali. La seconda parte è stata invece dedicata al divorzio. Il relatore ha così dettagliatamente mostrato l'evoluzione storica e sociologica, dalla forma di ripudio stragiudiziale concessa al solo marito (*talaq*: ma sul punto il relatore ha sostenuto che oggi il termine «ripudio» non è più in grado di rendere la realtà dell'istituto), e dalla forma di divorzio per colpa concessa alla sola moglie (*tatliq*), al nuovo istituto del divorzio giudiziale per intollerabilità della convivenza (*chiqaq*), introdotto nel 2004. I vari tipi di divorzio di cui sopra sono stati attentamente esaminati alla luce della convenzione franco-marocchina del 1981 e delle norme francesi di diritto internazionale privato, con particolare attenzione ai principi d'ordine pubblico. Sotto questo profilo il relatore ha consigliato ai magistrati francesi – con riguardo ai casi di applicazione della legge marocchina per effetto della comune cittadinanza dei coniugi magrebini residenti in Francia – di astenersi dall'omologazione di divorzi consensuali realizzati dinanzi ad autorità non giurisdizionali, quali gli *adoul*, invitandoli invece a seguire una procedura che determini l'applicazione della citata riforma del 2004 (divorzio c.d. *chiqaq*). Tale ultima forma di divorzio, ha aggiunto il collega, assorbe ormai il 90% dei divorzi giudiziali. Il grande successo dell'istituto è che esso esime i contendenti dalla prova di una colpa in capo alla controparte. Del resto, anche il numero dei divorzi unilaterali stragiudiziali si è sensibilmente ridotto, al punto che l'istituto sta cadendo in desuetudine.

La relazione di Yves Rabineau si è conclusa con una rapida analisi dell'istituto della *Kafala*, sovente utilizzata a impropri fini di «importazione» di bambini marocchini sul territorio francese. Egli ha però avvertito che occorre distinguere nettamente la *Kafala* giudiziale, che è una vera e propria adozione, la quale presuppone uno stato d'abbandono effettivo ed irreversibile e una relativa declaratoria del giudice, preceduta da una adeguata istruttoria, dalla *Kafala adoulaire*, la quale null'altro è se non un negozio giuridico privato di cessione dei diritti dai genitori ad un terzo, al di fuori di alcun tipo di controllo da parte del giudice, in manifesto contrasto con i principi dell'ordine pubblico internazionale francese.

Il pomeriggio si è concluso con la relazione della prof. Fabienne Jault, *Maître de conférences* presso l'Università di Rouen, la quale ha brevemente trattato della circolazione delle decisioni di divorzio, separazione ed annullamento del matrimonio. Sul punto sono state illustrate le norme di cui agli artt. 21 ss. del regolamento Bruxelles II *bis*, distinguendo nettamente tra i concetti di riconoscimento (come tale automatico) e di esecuzione, avuto anche riguardo agli effetti attinenti all'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro a seguito di una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio pronunciata in un altro Stato membro, contro la quale non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto Stato membro. La relazione ha altresì trattato

delle opposizioni al riconoscimento e delle relative ragioni, nonché del procedimento per far valere tale forma di opposizione.

5. Quinta sessione (mercoledì 17 settembre 2008 – mattina). Competenza giurisdizionale e legge applicabile alla responsabilità parentale.

La mattina di mercoledì 17 settembre il prof. Michel Farge, *Maître de conférences* presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Grenoble, ha svolto il tema della competenza giurisdizionale e della legge applicabile alla responsabilità parentale, in tal modo dando inizio alla seconda parte dell'incontro parigino, dedicata alle questioni transnazionali attinenti ai rapporti relativi alla prole. Sul punto il relatore ha iniziato con la presentazione dei vari strumenti legislativi che possono venire in considerazione: dal regolamento Bruxelles II *bis*, alla convenzione dell'Aja del 1961, a quella del 1996 (non ancora entrata in vigore in Francia), e alla convenzione dell'Aja sulla sottrazione dei minori del 1980.

Ciò premesso, il relatore ha chiarito cosa si intenda per «egemonia» del regolamento Bruxelles II *bis*, vale a dire la sua prevalenza sugli strumenti convenzionali sopra citati, mentre alle disposizioni di diritto internazionale privato francese compete una sfera d'azione del tutto residuale. Il docente è quindi passato a discutere dell'ipotesi fondamentale del minore residente abitualmente sul territorio di uno degli stati membri dell'U.E., con conseguente applicazione del regolamento Bruxelles II *bis*. In tale caso, ha proseguito, il giudice francese deve in primo luogo porsi il problema dell'età del minore, atteso che il soggetto cui il regolamento si riferisce, vale dire l'*enfant*, non viene ulteriormente definito con riguardo a tale parametro. Sul punto esistono diverse teorie. La prima appare riconducibile alla tesi della fissazione del termine all'età di 18 anni, conformemente alla maggiore età in Francia, così come nella maggior parte dei paesi europei; dall'altra vi è chi reputa che l'età massima cui il regolamento si riferisca sia quella di 16 di anni, in conformità a quanto previsto dalla convenzione dell'Aja nel caso di sottrazione di minori. Secondo un'ultima tesi, infine, dovrebbe essere la legge dello *statut personnel* del minore a determinare il suo assoggettamento (o meno) al regolamento.

Il relatore ha quindi affermato che il concetto di *responsabilité parentale*, di cui al regolamento comunitario, sarebbe più esteso di quello di *autorité parentale*, di cui alla legislazione interna francese; ciò perché in Francia si ritiene (diversamente da quanto accade in Italia) che la gestione dei beni dei minori non faccia parte della *autorité parentale*.

Il relatore si è quindi soffermato sul concetto di *application spatiale* del regolamento: una applicazione spaziale assolutamente illimitata, purché almeno uno dei *chefs de compétence* del regolamento stesso attribuisca competenza a un giudice di uno stato membro. Chiarito quanto sopra il prof. Farge è passato ad analizzare analiticamente le disposizioni attributive di competenza nei vari casi presi in esame dal regolamento. Particolare attenzione è stata dedicata al problema della determinazione della *résidence habituelle* nel caso di esercizio della potestà congiunto o alternato e ai casi di spostamento lecito e illecito della residenza del minore. Il relatore ha quindi prospettato le varie eccezioni al criterio-base della competenza fondata sulla residenza abituale del minore, trattando altresì delle misure urgenti o provvisorie. All'esposizione teorica hanno fatto seguito diverse esemplificazioni attinenti a casi pratici, discussi con i partecipanti francesi e stranieri.

6. Sesta sessione (mercoledì 17 settembre 2008 – pomeriggio). Circolazione delle decisioni rese in materia genitoriale.

Nel pomeriggio di mercoledì 17 settembre l'avv. Alexandre Boiché, del foro di Parigi, ha trattato della circolazione delle decisioni rese in materia genitoriale. Si è così proceduto ad un'attenta analisi delle norme sul riconoscimento e di quelle sull'esecuzione delle sentenze concernenti uno o più aspetti della responsabilità genitoriale (o, secondo la terminologia italiana, potestà dei genitori). Chiarita la fondamentale distinzione tra riconoscimento (automatico) ed esecuzione, tendenzialmente bisognosa di *exequatur*, il relatore ha subito posto in luce come la novità portata dal regolamento Bruxelles II *bis* rispetto al precedente regolamento Bruxelles II sia costituita dalla eliminazione della necessità dell'*exequatur* per le decisioni che ordinano il ritorno del minore, così come per quelle relative al diritto di visita, insistendo peraltro sul fatto che, al di fuori di siffatte ipotesi, la procedura d'*exequatur* va ancora esperita.

La conclusione – è da notare – appare perfettamente conforme a quanto di recente stabilito dalla nostra Corte Suprema (cfr. Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2006, n. 27188), la quale ha deciso che «In tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale, nella disciplina del regolamento CE del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201/2003, le decisioni sull'esercizio della

responsabilità genitoriale, se non si sottraggono al principio generale dell'automatico riconoscimento (restando l'eventuale disconoscimento subordinato ad iniziativa di parte), non possono, solo perché riconosciute, essere poste in esecuzione, vale a dire non possono costituire titolo per un'attività modificativa della situazione in atto, all'uopo occorrendo, oltre alla previa notificazione, la apposita declaratoria di esecutività, su istanza dell'interessato, di cui all'art. 28 del citato regolamento. Ne deriva che la decisione del giudice italiano, la quale modifichi una precedente scelta e sostituisca l'uno all'altro genitore nella qualità di affidatario del figlio minore, non autorizza il nuovo affidatario a prelevare e trasferire il minore stesso dallo Stato membro in cui risieda assieme al precedente affidatario, rendendosi a tal fine necessaria, la dichiarazione di esecutività».

L'avv. Boiché ha quindi trattato delle opposizioni tanto al riconoscimento che all'esecuzione, illustrandone i possibili motivi. Il relatore ha dedicato altresì una particolare attenzione al tema della redazione dei certificati che il giudice o la cancelleria debbono rilasciare perché il titolo esecutivo possa circolare e sia eseguibile ai sensi del regolamento. I partecipanti hanno rivolto diverse domande su svariati profili di carattere tecnico circa l'individuazione del soggetto tenuto al rilascio dei certificati collocati nei vari *annexes* del regolamento Bruxelles II *bis* e disponibili nel sito delle Rete Giudiziaria Europea.

7. Settima sessione (giovedì 18 settembre 2008 – mattina). Sottrazione internazionale di minori.

La settima sessione dell'incontro è stata animata, la mattina di giovedì 18 settembre 2008, dalla prof. Estelle Gallant, *Maître de conférences* all'Università *Paris I*, la quale ha trattato dello scottante tema della sottrazione internazionale di minori. La relatrice si è così soffermata a lungo sulla convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, avvertendo che, nell'applicazione pratica, è dovere del giudice accertare in primo luogo che il paese rispetto al quale si pone la presenza di un elemento di estraneità sia parte della convenzione. Peraltro, se il paese ove si colloca la residenza abituale del minore è membro dell'U.E. occorre procedere ad un'integrazione delle disposizioni convenzionali con quelle comunitarie, posto che alcune disposizioni del regolamento Bruxelles II *bis* rinviano a quelle della convenzione dell'Aja.

L'idea base della convenzione dell'Aja, rafforzata sul punto dal regolamento, è quella secondo cui la decisione di merito sulla potestà non va toccata, sin tanto che non sia stata ripristinata la legalità della situazione con il ritorno del minore illecitamente sottratto. Dunque: prima si deve «restituire» il minore e poi si potrà discutere (o ridiscutere) del merito dell'affidamento e dei diritti di visita. D'altro canto esistono misure di salvaguardia per evitare che l'assoluta automaticità del ritorno possa determinare conseguenze pericolose. Va anche tenuto conto del fatto che obiettivo del regolamento Bruxelles II *bis* è proprio quello di diminuire le possibilità di ricorso alla clausola di pericolo prevista dall'art. 13 della convenzione dell'Aja, per tornare al genuino spirito di questa convenzione, la quale impone che il ritorno del minore sia in ogni modo assicurato e che la prevaricazione compiuta dal genitore che ha operato la sottrazione sia posta nel nulla.

Di estremo interesse le considerazioni svolte dalla docente sull'interpretazione dell'art. 5 della convenzione dell'Aja. Questa norma, invero, non chiarisce con sufficiente precisione quale sia il corretto atteggiamento da tenere nel caso il minore sia affidato congiuntamente, con la conseguenza che molti ritengono, erroneamente, che il coniuge coaffidatario possa, contro la volontà dell'altro, condurre all'estero il figlio, così invece realizzando una sottrazione internazionale. La prof. Gallant ha però chiarito che la questione è ora definitivamente risolta dall'art. 2, par. 11, lett. b), a mente del quale «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».

La docente ha poi insistito sulla necessità di interpretare in modo restrittivo le eccezioni al principio del necessario ritorno del minore, ponendo in luce che, ai sensi dell'art. 12 della convenzione dell'Aja, l'ipotesi dell'integrazione del minore nel nuovo ambiente non è causa autonoma di rifiuto dell'ordine che impone il ritorno, essendo invece necessario che concorra l'elemento della tardività della presentazione della domanda da parte del genitore interessato.

Particolare peso è stato attribuito alla trattazione del profilo dell'audizione del minore, sia in forza delle disposizioni del regolamento comunitario, sia per effetto delle previsioni di determinate legislazioni europee (con particolare riguardo a quella tedesca, che impone, anche per il riconoscimento delle decisioni straniere, che il minore di almeno tre anni d'età sia udito), che prevedono di procedere a tale incumbente, o per lo meno di motivare le ragioni per le quali esso non è stato ritenuto possibile o necessario.

L'accento è poi anche stato posto sull'art. 11, par. 5, del regolamento Bruxelles II *bis*, a mente del quale l'audizione va accordata anche alla stessa parte ricorrente, pena l'impossibilità di emettere una decisione di rifiuto. La prof. Gallant si è poi intrattenuta su quella che viene definita come la *Procédure du*

dernier mot, descritta dall'art. 11, par. 8, a mente del quale «Nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore». Ciò significa, in altre parole, che il giudice dello stato di origine ha comunque l'ultima parola e può emettere una decisione di ritorno, malgrado l'emanazione di una decisione di rifiuto di emanazione di ordine di ritorno da parte del giudice dello stato in cui il minore è stato condotto.

Nel corso della stessa mattinata Mme Volant, rappresentante del *Bureau de l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale, direction des affaires civiles et du sceau*, vale a dire dell'ufficio che svolge la funzione in Francia di autorità centrale, ha parlato, dal punto di vista pratico, delle attività del proprio ufficio, della relativa composizione e della concreta gestione dei rapporti con i vari paesi nel quadro delle disposizioni della convenzione dell'Aja sulla sottrazione dei minori, precisando che informazioni al riguardo e materiale documentale di notevole interesse sono presenti nel sito ufficiale del *Bureau* (<http://www.entraide-civile-internationale.justice.gouv.fr>), così come in quello francese sul tema della sottrazione dei minori (www.enlevement-parental.justice.gouv.fr) ed in quello della Conferenza Internazionale dell'Aja (<http://www.incadat.com/index.cfm>). Mme Volant ha poi fornito notizie sul modo in cui l'autorità centrale viene in soccorso alle persone che subiscono una sottrazione di minore, illustrando come i relativi procedimenti giurisdizionali siano posti in moto tramite il pubblico ministero, salva sempre restando la possibilità di azione diretta, ai sensi dell'art. 29 della convenzione dell'Aja. A titolo d'esempio, 66 azioni di questo genere sono state iniziate dal p.m. in Francia nel 2007, utilizzando l'art. 421 del *Code de procédure civile* (corrispondente al nostro art. 70 c.p.c. it.).

Di estremo interesse la riforma ordinamentale determinata dal *Décret* n°2004-1158 del 29 ottobre 2004, che ha previsto la specializzazione delle *juridictions*: ai sensi del testo attualmente in vigore dell'art. 1210-4 del codice francese di rito, «Les actions engagées sur le fondement des dispositions des instruments internationaux et communautaires relatives au déplacement illicite international d'enfants sont portées devant le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance territorialement compétent en application de l'article L. 312-1-1 du code de l'organisation judiciaire». La regola è dunque che in questa materia vi sia un solo tribunale competente per ogni distretto di corte d'appello (tendenzialmente quello del capoluogo).

8. Ottava e ultima sessione (giovedì 18 settembre 2008 – pomeriggio). Tavola rotonda.

L'ultimo pomeriggio, la prof. Gallant ha coordinato una tavola rotonda, nel corso della quale sono intervenuti l'avv. Charlotte Butruille-Cardew, dei fori di Parigi e di Londra, oltre al magistrato di collegamento canadese in Francia. L'avv. Butruille-Cardew ha prevalentemente trattato dei profili civilistici dell'*enlèvement d'enfants* e della regolamentazione della potestà genitoriale in diritto internazionale privato e processuale, rilevando in primo luogo la difficoltà per l'avvocato (e, conseguentemente, per il giudice) di individuare con esattezza elementi quali quello della residenza abituale, specie alla luce della giurisprudenza della Cassazione francese, che vede quale momento costitutivo di tale aspetto anche un preciso elemento soggettivo, intenzionale, costituito dal desiderio del soggetto di permanere in un determinato luogo. Ulteriore difficoltà, ha proseguito, è data dalla necessità di scindere le competenze territoriali in relazione alle varie domande, atteso che i criteri che presiedono alle determinazioni delle varie competenze non sono necessariamente coincidenti: così il giudice competente per il divorzio può non essere competente per i profili della potestà e, talora, neppure per le questioni attinenti agli assegni. Lo stesso è a dirsi per i diritti applicabili ai vari profili della vicenda processuale della crisi coniugale o dell'unione di fatto.

Un altro elemento importante è quello della determinazione del momento in cui la presenza dei dati di fatto giustificanti la competenza va verificata. Se è vero, infatti, che, nei procedimenti su ricorso il momento determinante è quello del deposito di quest'ultimo, è altrettanto vero che il regolamento chiede che al deposito abbia fatto seguito la notifica in un *délai raisonnable*, laddove, ad es., in Gran Bretagna, il termine che eventualmente superi un mese viene considerato come non più ragionevole. Un'animata discussione ha fatto seguito alla relazione, nel corso della quale la relatrice ha presentato diversi casi pratici tratti dalla sua esperienza.

Il *magistrat de liaison* canadese ha infine tracciato una panoramica delle questioni penalistiche più ricorrenti nei rapporti tra Canada e Francia in materia di diritto penale della famiglia, sia avuto riguardo al reato di sottrazione di minori, sia con riferimento ai profili processuali. In questo quadro, particolare attenzione è stata dedicata al tema dell'estradizione.