

Les divorces transfrontaliers

Me. Franco Salerno Cardillo
Rapporteur général

Thème : Les divorces transfrontaliers

Cas pratique : Un couple allemand se marie à Munich avec un contrat de mariage. Le couple, dont le mari vient d'obtenir un poste à la Banque centrale européenne, déménage à Francfort. Suite à une promotion, le mari est muté à Stockholm à la Banque nationale suédoise. Malheureusement, les relations du couple ne sont pas au beau fixe, et celui-ci divorce. Dès lors, dans quel pays le divorce sera prononcé ? Quel serait la loi applicable au divorce ? Qu'en serait-il de la liquidation du régime matrimonial ?

Ogni anno nell'Unione Europea vi sono circa 170.000 divorzi internazionali (che costituiscono il 16% dei divorzi totali), ed il numero, evidentemente, è destinato a crescere.

Il caso pratico esaminato dai relatori tedesco e svedese mette in luce con tutta evidenza le principali problematiche che possono sorgere in ipotesi di divorzi transfrontalieri e che possiamo così sintetizzare:

- a) la individuazione della competenza giurisdizionale e della legge applicabile al divorzio;
- b) la individuazione della competenza giurisdizionale e della legge regolatrice della liquidazione del regime patrimoniale;
- c) il riconoscimento e/o i limiti del riconoscimento di una convenzione matrimoniale stipulata all'estero.

Quanto a quest'ultima problematica, tengo a precisare che nella maggior parte dei Paesi europei le convenzioni matrimoniali vengono redatte in forma di atto notarile.

Posto che il riconoscimento e l'esecuzione degli atti autentici in Europa formerà oggetto di apposita relazione domani mattina, non tratterò questo argomento.

Mi limiterò pertanto ad affrontare brevemente le prime due problematiche evidenziate, cercando di mettere in luce gli aspetti di maggiore criticità in rapporto all'attuale legislazione comunitaria.

Diciamo subito che l'attuale Regolamento (CE) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (c.d. Bruxelles II bis) non è di alcun aiuto per quanto riguarda il problema della individuazione della legge regolatrice della fase di liquidazione del regime patrimoniale e della relativa competenza giurisdizionale, in quanto tali materie esulano dal suo campo di applicazione.

Colloque
“La coopération juridique au service des familles européennes”
Bruxelles – 19 et 20 mars 2009

Inoltre, il predetto regolamento non si occupa della individuazione della legge applicabile al divorzio, ma soltanto della individuazione della competenza giurisdizionale, lasciando al giudice adito il compito di individuare la legge applicabile in base alle regole del proprio ordinamento.

Tuttavia, nel disciplinare la competenza giurisdizionale in materia di divorzio presenta dei grandi limiti.

Infatti, indica ben sette criteri di collegamento, tutti alternativi tra loro, dando così la possibilità al coniuge più “forte” (nel senso di più “informato” e più “rapido”), di scegliere quel giudice che applicherà al divorzio la legge a lui più conveniente (dando luogo al cosiddetto fenomeno del Forum Shopping o “turismo giudiziario”);

Inoltre, non tiene in alcuna considerazione l'autonomia della volontà dei coniugi, dal momento che non attribuisce loro la facoltà di scegliere convenzionalmente la giurisdizione e/o la legge applicabile al divorzio.

La opportunità di armonizzare a livello comunitario le regole di diritto internazionale privato per la determinazione della legge applicabile al divorzio è, quindi, di tutta evidenza.

In tal modo, infatti, non vi sarebbe più motivo di ricorrere al “forum shopping” o “turismo giudiziario” in quanto, qualunque sia il giudice investito della causa, questi applicherebbe la stessa legge.

Rimarrebbe il rischio che un coniuge possa scegliere il giudice di uno Stato membro piuttosto che di un altro, per la sola ragione di rendere più disagiata la difesa al coniuge convenuto, ma anche questo problema verrebbe risolto attraverso la facoltà dei coniugi di scegliere convenzionalmente la giurisdizione.

Giungiamo così ad una prima conclusione:

L'attuale Regolamento Bruxelles II bis non facilita la soluzione dei problemi che sorgono dai divorzi transfrontalieri ed una sua modifica si rende quanto mai opportuna ed urgente.

Ritengo che la principale modifica debba riguardare la introduzione dei criteri di collegamento per la individuazione della legge applicabile al divorzio, ma soprattutto, la previsione, anche se a determinate condizioni, della facoltà per i coniugi di scegliere convenzionalmente sia la giurisdizione che la legge applicabile al divorzio.

Tale facoltà di scelta costituirebbe una significativa espressione del principio, unanimemente riconosciuto a livello nazionale e comunitario, del rispetto della “autonomia della volontà” dei coniugi, ed i suoi vantaggi sarebbero innegabili.

Colloque
“La coopération juridique au service des familles européennes”
Bruxelles – 19 et 20 mars 2009

I coniugi, infatti, non avrebbero mai sorprese in ordine alla determinazione del giudice competente o della legge applicabile, dal momento che tale determinazione dipenderebbe unicamente da una loro scelta condivisa, scelta che rimarrebbe imm modificata fino a che, sempre di comune accordo, non ne addivengano ad una diversa.

E soprattutto non si correrebbe il rischio che la determinazione del giudice competente o della legge applicabile dipenda da circostanze di fatto (quali ad esempio il cambio della residenza o la permanenza in un determinato luogo), talvolta riguardanti soltanto di uno di essi e sulle cui conseguenze giuridiche i coniugi potrebbero non essere informati o non esserlo adeguatamente.

Come sopra accennato, la scelta dei coniugi andrebbe tuttavia soggetta a determinate condizioni, delle quali ne segnalo tre che ritengo le più significative.

La prima condizione consiste nel fatto che la scelta andrebbe effettuata o modificata in qualunque momento, prima o dopo il matrimonio, ma dovrebbe essere comunque limitata.

Ciò significa che i coniugi non potrebbero scegliere qualunque giurisdizione o qualunque legge, ma soltanto quella con la quale vi sia una connessione reale, data, ad esempio, dalla residenza abituale e/o dalla cittadinanza di almeno uno di essi al momento in cui la scelta si perfeziona.

Infatti, risulterebbe poco giustificabile la scelta di una giurisdizione o di una legge del tutto svincolata dalla vita reale dei coniugi.

La seconda condizione attiene alla necessità che la scelta sia frutto di un consenso consapevole ed informato, in breve sia *un choix éclairé*.

Quando parlo di consenso consapevole ed informato intendo:

. che ciascuno dei coniugi sia perfettamente consapevole delle conseguenze giuridiche della scelta e, quindi, che la scelta sia preceduta da una adeguata consulenza da parte di un giurista esperto della materia;

. che il consenso corrisponda ad una effettiva volontà del coniuge, quindi che il consenso provenga da persona capace di intendere e di volere, che non sia frutto di errore, di inganno o di gravi pressioni psicologiche (non dimentichiamo che all'origine di un divorzio vi possono talvolta essere situazioni di fortissima litigiosità ed intolleranza tra i coniugi).

La terza condizione attiene alla forma.

Ritengo necessario che la scelta venga espressa in una forma:

. che garantisca la esistenza e la provenienza delle dichiarazioni, nonché la identità dei soggetti che la pongono in essere, e, quindi, che sia una forma dotata di un regime probatorio privilegiato;

. che garantisca la certezza della data in cui viene effettuata (infatti, se la scelta, come è auspicabile, verrà limitata in relazione alla residenza o

Colloque
"La coopération juridique au service des familles européennes"
Bruxelles – 19 et 20 mars 2009

cittadinanza di almeno uno dei coniugi al momento in cui viene effettuata, allora la certezza della data diventerebbe un elemento essenziale per verificare la validità stessa della scelta);

. che garantisca un preventivo controllo di legalità da parte dell'autorità all'uopo delegata da ciascun Paese (si pensi alla gravità delle conseguenze che si avrebbero per i coniugi, o almeno uno di essi, nello scoprire soltanto al momento del divorzio che la scelta sia invalida perchè, ad esempio, non effettuata nei limiti consentiti dalla legge);

. infine, che faciliti il riconoscimento negli Stati stranieri in cui la convenzione di scelta verrà utilizzata (e sul punto rinvio ancora una volta alla relazione di domani mattina dedicata al riconoscimento ed alla esecuzione degli atti autentici in Europa).

Come è noto l'iter per la modifica del Regolamento Bruxelles II bis, comportante la introduzione dei criteri di collegamento per la determinazione della legge applicabile e l'attribuzione ai coniugi della facoltà di scegliere la giurisdizione e la legge applicabile al divorzio, si è arrestata.

Tuttavia ritengo utile ricordare che quanto sopra esposto è perfettamente in linea con gli emendamenti, e relative motivazioni, deliberati dalla Commissione delle libertà civili, della giustizia e degli affari interni del Parlamento Europeo in data 19/09/2008, dei quali riporto qui di seguito, a titolo di esempio, alcuni dei passaggi più significativi:

. per quanto riguarda la necessità del consenso consapevole ed informato (cioè d'un choix éclairé):

. le giustificazioni dell'emendamento 3 riguardante l'introduzione del nuovo considerando 6 *ter*:

"Il s'agit de veiller à ce que le choix opéré par les parties soit un choix éclairé, c'est-à-dire que les deux époux soient dûment informés des répercussions concrètes de leur choix. Toutes les autorités doivent s'assurer que les deux conjoints sont conscients des conséquences de leur accord."

. l'emendamento 5 riguardante l'introduzione del considerando 9 *bis*:

"L'accord éclairé des époux est un principe essentiel du présent règlement, Chaque partenaire du couple devrait savoir exactement quelles sont les conséquences juridiques et sociales du choix de la juridiction et de la loi applicable."

. alla fine dell'"Exposé des motifs"

"En outre, il est essentiel que la juridiction qui est saisie fasse attention à l'importance immense du choix éclairé des deux conjoints".

. le giustificazioni dell'emendamento 31 riguardante l'introduzione del nuovo articolo 20 *sexies bis*:

"Il s'agit de veiller à ce que le choix opéré par les parties soit un choix éclairé, c'est-à-dire que les deux époux soient dûment informés des répercussions concrètes de leur choix. A cet égard, il importe de s'interroger sur la meilleure manière de

Colloque
“La coopération juridique au service des familles européennes”
Bruxelles – 19 et 20 mars 2009

garantir que des informations complètes et fiables soient communiquées aux signataires de la convention attributive de compétence avant la signature de l'acte.”;

- . per quanto riguarda la data certa:
 - . nelle giustificazioni degli emendamenti 8-9-10 riguardanti l'art. 1 (ambito di applicazione del regolamento) ed agli emendamenti 27-28-29 riguardanti il nuovo articolo 20 *ter* (riguardante la scelta della legge applicabile) si precisa che:
“Il est nécessaire de définir le moment précis où les critères s'appliquent.”;

Per concludere auspico:

- . che il Regolamento 2201/2003 (Bruxelles II bis) venga modificato al più presto con procedura ordinaria e quindi con il consenso comunitario di tutti gli Stati membri e non con la procedura di “cooperazione rinforzata”, cioè quella procedura che si basa sull'accordo di almeno nove Stati membri e produce atti legislativi vincolanti soltanto per gli Stati membri che vi abbiano partecipato;
- . che il nuovo regolamento:
 - . attribuisca ai coniugi la facoltà di scegliere, pur se entro certi limiti, sia la giurisdizione che la legge applicabile al divorzio;
 - . preveda le opportune cautele affinché la scelta dei coniugi sia *éclairé*;
 - . preveda che la forma della scelta:
 - . offra ai coniugi adeguate garanzie sul piano probatorio, in ordine alla sussistenza della volontà, alla provenienza delle dichiarazioni ed alla identità dei soggetti che la pongono in essere, nonché in ordine alla data in cui la scelta viene effettuata;
 - . garantisca un preventivo controllo di legalità;
 - . ne faciliti il riconoscimento negli Stati stranieri in cui verrà utilizzata.

Per rispondere a tutte le esigenze formali e sostanziali sopra indicate ritengo necessario che la scelta della giurisdizione o della legge applicabile vada effettuata dai coniugi nell'atto introduttivo del divorzio, quindi con le garanzie offerte dal procedimento giudiziario che si svolgerà davanti l'autorità giurisdizionale adita, ovvero in forma di atto autentico stipulato prima o dopo la celebrazione del matrimonio.

La forma dell'atto autentico offrirebbe ai coniugi tutte quelle garanzie sopra evocate in ordine alla forza probatoria, alla controllo di legalità, alla facilità del suo riconoscimento negli Stati stranieri in cui verrà utilizzato.

La presenza del notaio, inoltre, nella sua qualità di pubblico ufficiale ed al tempo stesso di consulente esperto nella materia, garantirebbe ai

coniugi quel grado di conoscenza tanto auspicato dal Parlamento Europeo quando parla di "*choix éclairé*".

Il caso pratico sopra esaminato costituisce una conferma di quanto ho detto.

Nell'ordinamento tedesco, infatti, si ha già la possibilità di colmare buona parte delle lacune del regolamento Bruxelles II bis, attraverso una convenzione matrimoniale per atto notarile con la quale i coniugi possono regolare gran parte degli aspetti giuridici del loro matrimonio.

Più in generale, in ossequio al principio dell'autonomia della volontà, la convenzione matrimoniale per atto autentico notarile potrebbe diventare un utilissimo strumento per consentire ai coniugi di regolare in unico contesto e con unico atto tutti i diversi aspetti giuridici della loro futura vita matrimoniale, e precisamente:

- . la legge applicabile al loro regime matrimoniale;
- . il regime matrimoniale convenzionale;
- . la scelta di giurisdizione in caso di separazione o divorzio;
- . la legge applicabile alla separazione o al divorzio;
- . gli accordi patrimoniali da valere in caso di separazione o divorzio.

Tali scelte metterebbero i coniugi al riparo da sgradite sorprese nascenti dal funzionamento dei diversi criteri di collegamento e consentirebbe loro di conoscere le regole giuridiche alle quali l'intera vita matrimoniale sarà soggetta.

Auspico, pertanto, e concludo, che vengano introdotte a livello comunitario misure legislative idonee a consentire e facilitare le scelte fatte dai coniugi nell'esercizio dell'autonomia della volontà, individuando nell'atto autentico la forma che meglio soddisfa tutte le esigenze ad esse sottese, favorendone altresì il riconoscimento negli Stati membri dove tali scelte avranno applicazione, anche per mezzo di un idoneo sistema di pubblicità.