

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

8/2018

SEPARARSI E DIVORZIARE SENZA GIUDICE?

A CURA DI
CHIARA BESSO E MATTEO LUPANO

Ledizioni

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto ad una revisione da parte di una Commissione di Lettura interna nominata dal Consiglio del Dipartimento di Giurisprudenza. Detta Commissione ha formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare l'opera.

© 2018 Ledizioni LediPublishing

Via Alamanni, 11 – 20141 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

Chiara Besso e Matteo Lupano (a cura di), *Separarsi e divorziare senza giudice?*

Prima edizione: luglio 2018
ISBN 9788867058099

Progetto grafico: ufficio grafico Ledizioni

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe dell'editore: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

INDICE

CHIARA BESSO, MATTEO LUPANO	
Introduzione	7

PARTE I: L'ORDINAMENTO ITALIANO

ANDREA GRAZIOSI	
Dall'indissolubilità del matrimonio al recesso unilaterale dall'unione civile	15

CESARE CASTELLANI	
La negoziazione assistita dagli avvocati: il punto di vista del giudice	31
Appendice di giurisprudenza	38

MARIA CRISTINA BRUNO VOENA	
Il ruolo dell'avvocato a seguito dell'introduzione legislativa della "alternative dispute resolution"	51

PARTE II: GLI ALTRI ORDINAMENTI

VINCENT EGÉA	
Le divorce par consentement mutuel sans juge en droit français	61
Il divorzio consensuale senza giudice nel diritto francese (traduzione italiana)	79

MARIA FEDERICA MOSCATI	
Risoluzione dei conflitti alternativa al giudizio e diritto di famiglia in Inghilterra	97

ELENA D'ALESSANDRO	
La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale civile europeo	109

MATERIALI

collazionati da **DAVIDE CASTAGNO**

I – UNIONE EUROPEA

1. Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003 121
2. Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008 137
3. Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010 153
4. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 20 dicembre 2017 159

II – ITALIA

1. Decreto Legge n. 132 del 12 settembre 2014 163
2. Circolare n. 13 del 22 maggio 2014 del Ministero dell'Interno 165
3. Circolare n. 6 del 24 aprile 2015 del Ministero dell'Interno 166
4. Circolare del 23 maggio 2018 del Ministero della Giustizia 167

III – FRANCIA

1. Code civil 171
2. Code de procédure civile 181

IV - INGHILTERRA E GALLES

1. Matrimonial Causes Act (1973) 185
2. Family Procedure Rules (2010) 191
3. Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act (2012) 200
4. Children and Families Act (2014) 211

V - PORTOGALLO

1. Decreto-Lei n.º 131/1995 213
2. Decreto-Lei n.º 272/2001 217
3. Código Civil 218

VI - ROMANIA

1. Codul Civil 227

VII - SPAGNA

1. Código civil 231
2. Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado 234

Introduzione

1. Il volume raccoglie le relazioni che sono state presentate al convegno che si è tenuto a Torino il 3 marzo 2017, nell'ambito dell'attività del dottorato in Diritto, persona e mercato del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Obiettivo del convegno è stato quello di offrire una riflessione sulle riforme che hanno interessato negli ultimi anni il diritto di famiglia. Il pensiero va anzitutto all'introduzione degli istituti della negoziazione assistita da avvocati in materia di separazione e divorzio e della possibilità di separarsi e divorziare, anche senza l'assistenza di un avvocato, mediante un accordo raggiunto davanti al sindaco quale ufficiale di stato civile, allo sviluppo dell'istituto della mediazione familiare, nonché all'approvazione del c.d. "divorzio breve" ed alla disciplina delle unioni civili e delle convivenze.

Il convegno – intitolato "Separarsi e divorziare senza giudice?" – ha voluto osservare le conseguenze che tali riforme stanno determinando sulla risoluzione della crisi del rapporto coniugale e sui ruoli e le funzioni svolti dagli operatori del settore, anzitutto i giudici e gli avvocati, in particolare esaminando il significato della separazione e del divorzio raggiunti non attraverso un processo, ma mediante una negoziazione tra le parti.

L'evoluzione italiana del diritto di famiglia non è certamente isolata, ma si inserisce in un quadro presente in numerosi altri ordinamenti. Il convegno ha pertanto allargato l'angolo d'indagine alle esperienze di altri paesi europei, con attenzione alla prospettiva sovranazionale dell'Unione europea.

2. La prima parte del volume guarda all'ordinamento italiano.

Apri la sezione il contributo di Andrea Graziosi, processualcivilista che ai temi della risoluzione della crisi coniugale ha dato apporti rilevanti (da ultimo, è il curatore del volume, presentato al convegno, *Diritto processuale di famiglia*). Graziosi inquadra le novità normative da un punto di vista storico-sistematico, tracciando il cammino compiuto dal nostro ordinamento che, ancorato sino al 1970 al principio dell'indissolubilità del vincolo ma-

trimoniale, è giunto in poco più di quarant'anni a “degiurisdizionalizzare” i procedimenti di separazione e divorzio, offrendo ai coniugi la possibilità di ottenere il divorzio senza “passare” dal giudice, rendendo il consenso dei coniugi l'elemento primario da cui discende l'estinzione del rapporto matrimoniale (consenso che neppure è necessario per le unioni civili, ove è previsto il recesso unilaterale).

Segue l'intervento di Cesare Castellani, presidente della sezione famiglia del Tribunale di Torino, incentrato sulla procedura di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio e sul ruolo che in essa viene esercitato prima dal pubblico ministero e poi dal presidente del tribunale. Castellani legge le nuove norme alla luce della sua esperienza di giudice e si sofferma in particolare sul nodo ermeneutico del coordinamento tra la fase di (mancata) autorizzazione del pubblico ministero e quella che si svolge davanti al presidente del tribunale (o della sezione). Accompagna l'intervento un'appendice, con alcuni provvedimenti della sezione famiglia del Tribunale di Torino.

Protagonista della procedura di negoziazione assistita è l'avvocato ed a una riflessione sui cambiamenti che il nuovo ruolo comporta è dedicato l'intervento di Maria Cristina Bruno Voena, avvocato matrimonialista, specializzata nella mediazione familiare e nel diritto collaborativo. L'avvocato, nell'impostazione proposta da Bruno Voena, con l'introduzione nel 2014 della negoziazione assistita, assume un ruolo diverso da quello tradizionale del “processualista”, che comporta l'assunzione di nuove competenze, quali l'ascolto attivo, il rispecchiamento, la riformulazione, che sono state elaborate per la mediazione ed il *collaborative law*.

3. La seconda parte, incentrata sugli ordinamenti altri da quello italiano, inizia con il contributo di Vincent Ègèa – processualcivilista francese che ha approfondito il tema del ruolo del giudice nel diritto contemporaneo della famiglia – dedicato all'istituto del divorzio consensuale senza giudice, introdotto in Francia nel novembre del 2016. L'istituto francese presenta indubbe analogie con l'italiana negoziazione assistita dagli avvocati. Presenta però anche delle differenze. Se in Italia la negoziazione assistita e l'accordo concluso davanti all'ufficiale di stato civile non escludono la possibilità di optare per la separazione consensuale e il divorzio su domanda congiunta davanti al giudice, il divorzio consensuale negoziato è l'unica opzione per i coniugi francesi che abbiano raggiunto un accordo (l'alternativa essendo costituita dal divorzio giudiziale), tranne il caso in cui il figlio minore d'età – che deve essere informato dai genitori del suo diritto di essere ascoltato dal giudice – chiedi appunto l'intervento del magistrato. La circostanza che la coppia abbia figli minori non è quindi preclusiva dell'estinzione negoziata del rapporto e l'accordo non è soggetto ad alcun controllo da parte del giudice, salvo appunto che sia il

minore stesso a chiederlo. Vi è poi, rispetto agli istituti italiani (incentrati da un lato sull'ufficiale di stato civile e dall'altro lato sugli avvocati, il pubblico ministero e il presidente del tribunale), una figura ulteriore, il notaio. La convenzione di divorzio, una volta che sia stata firmata dai coniugi e controfirmata dagli avvocati, è trasmessa a un notaio che, compiuto un controllo formale dell'atto, provvede alla sua registrazione.

È dedicato all'ordinamento inglese il contributo di Maria Federica Moscati, *lecturer* in diritto di famiglia dell'Università del Sussex ed esperta di strumenti alternativi delle liti e tutela delle coppie LGBTI. L'Inghilterra, che ha introdotto nel 2004 la *civil partnership* tra persone dello stesso sesso e nel 2013 il *same-sex marriage*, non conosce il divorzio consensuale negoziato esclusivamente tra le parti, ma prevede comunque la necessità da un lato di dimostrare che il matrimonio o l'unione civile sono irrimediabilmente compromessi e dall'altro lato di ottenere un *decree, nisi* e poi *absolute*, dal tribunale. Questo però non significa che gli strumenti alternativi di risoluzione del conflitto familiare non rivestano un ruolo importante. Come dimostra, con approccio critico, Moscati, il ricorso a strumenti alternativi, e in particolare alla mediazione familiare, è comune in Inghilterra ed è stato fortemente incentivato dal legislatore. Le ultime riforme del diritto di famiglia hanno infatti visto l'eliminazione del patrocinio a spese dello stato per quanto concerne i processi familiari, con invece il mantenimento del patrocinio per la procedura di mediazione, e l'introduzione di un incontro informativo obbligatorio circa gli strumenti alternativi di risoluzione e la mediazione (il *Meeting Information and Assessment Mediation*, MIAM) per tutte le coppie che intendono divorziare o sciogliere l'unione civile.

Termina la seconda parte del volume il contributo di Elena D'Alessandro, processualcivile che coniuga la profonda conoscenza del diritto comunitario con l'interesse per gli strumenti alternativi di soluzione delle liti. D'Alessandro sottolinea come la disciplina della negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio non esaurisca la sua rilevanza sul piano nazionale, ma ponga numerose questioni sul versante della cooperazione giudiziaria civile, soffermandosi quindi sull'ambito spaziale di operatività dell'art. 6 della legge 162/2014, sulla possibilità di utilizzare la negoziazione assistita per siglare un accordo di divorzio disciplinato da una legge sostanziale straniera e sulla circolazione dell'accordo nello spazio giuridico europeo.

4. Completa il volume una sezione – collazionata da Davide Castagno, dottorando dell'Università di Torino – in cui sono stati raccolti i materiali, anzitutto normativi, che stanno alla base delle singole relazioni.

Per interesse del lettore, sono state inserite anche disposizioni relative a tre ordinamenti europei che non sono stati oggetto di specifiche relazioni del

convegno. Si tratta del Portogallo, della Romania e della Spagna, che hanno anch'essi, negli ultimi anni, introdotto forme di divorzio consensuale senza l'intervento del giudice.

Con la legge n. 15 del 2015 la Spagna ha previsto che i coniugi possono accordarsi circa la separazione e il divorzio attraverso la stipulazione di una convenzione davanti al cancelliere ovvero mediante atto pubblico del notaio¹. Come in Italia, e a differenza che in Francia, la via negoziale è opzionale – opzione che peraltro sembra sia stata sinora assai poco utilizzata – per i coniugi, che possono comunque scegliere di separarsi e divorziare consensualmente davanti al giudice, ma è preclusa ove vi siano figli minori d'età². I coniugi devono presentarsi personalmente innanzi al cancelliere o al notaio, prestando il proprio consenso, così come il consenso deve essere espresso, in relazione alle misure che li concernono, dai figli maggiorenni o dai minori emancipati³. La legge prevede poi un'attività di controllo da parte del cancelliere e del notaio: essi devono infatti, ove ritengano che l'accordo sia gravemente pregiudizievole per uno dei coniugi o dei figli maggiorenni o minori emancipati, porre fine al procedimento. In tal caso i coniugi sottoporranno l'accordo al giudice⁴.

La Romania – che aveva introdotto nel 1993 il divorzio consensuale – nel 2010, con la legge n. 202, ha disciplinato il divorzio negoziato davanti al notaio e all'ufficiale di stato civile, possibilità quest'ultima limitata ai coniugi che non abbiano figli minori d'età⁵. Nel divorzio di fronte al notaio, del luogo in cui è stato celebrato il matrimonio ovvero dell'ultima residenza comune dei coniugi, l'accordo concernente i figli deve avere ad oggetto l'esercizio della responsabilità genitoriale, la scelta della casa familiare ed il mantenimento dei figli⁶. Come nel procedimento italiano di fronte all'ufficiale di stato civile, è previsto un intervallo di trenta giorni, dopo il quale i coniugi devono ripresentarsi innanzi al notaio, o all'ufficiale di stato civile, e riaffermare la scelta di scioglimento del vincolo matrimoniale⁷.

Il Portogallo è stato pioniere in materia. Già nel 1995, con il decreto legge n. 131, è stata prevista la possibilità per i coniugi, d'accordo nel divorziare, di rivolgersi all'ufficiale di stato civile ove privi di figli minori d'età, limite

1 Cfr. gli artt. 81 ss. del *código civil* (c.c.), *infra* Materiali, VII.1.

2 Art. 82, comma 2, c.c.

3 Art. 82, comma 1, c.c.

4 Art. 90, comma 2, c.c.

5 Cfr. gli artt. 373 ss. del *codul civil* (c.c.), *infra* Materiali, VI.1.

6 Art. 375 c.c.

7 Art. 376 c.c.

questo poi eliminato nel 2001, dal decreto-legge n. 272.⁸ Ricevuta la domanda, l'ufficiale di stato civile convoca i coniugi ad un incontro, nel quale non è obbligatorio che le parti siano assistite da un avvocato, in cui verifica la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge e valuta l'accordo raggiunto⁹. L'accordo tra i coniugi, al quale va allegato l'elenco dei beni in proprietà comune, deve regolare l'eventuale mantenimento di un coniuge, l'affidamento dei figli minori e la determinazione del luogo di residenza della famiglia. Troviamo un parallelo con la disciplina italiana: il controllo dell'accordo relativo ai figli minori è infatti affidato al pubblico ministero. Quando il pubblico ministero ritiene che l'accordo non tuteli sufficientemente gli interessi dei minori, formula un giudizio negativo e le parti si trovano di fronte a una scelta: o modificano l'accordo secondo i suggerimenti del pubblico ministero o la domanda è rimessa al tribunale competente¹⁰.

5. I brevissimi cenni che abbiamo svolto, insieme alle due relazioni presentate al convegno, dimostrano come la scelta operata dal legislatore italiano di introdurre forme negoziate di scioglimento del rapporto matrimoniale sia stata scelta non di tutti (pensiamo appunto all'Inghilterra, ove peraltro da anni si discute circa l'introduzione del divorzio consensuale e senza giudice), ma condivisa da numerosi altri ordinamenti. Quanto poi alle modalità concrete, anch'esse sono, come abbiamo visto, presenti, con diverse combinazioni, in altri Paesi.

Certamente il modello italiano si caratterizza da un lato per l'accentuazione del ruolo rivestito dall'avvocato – protagonista del procedimento di negoziazione assistita – e dall'altro per il controllo che, in molti casi, viene tuttora esercitato da un magistrato, il pubblico ministero. A tale proposito le norme in tema di negoziazione assistita non chiariscono quale attività possa essere svolta, dunque le procure della repubblica sono libere di elaborare proprie linee guida e di richiedere ai coniugi di depositare, unitamente all'accordo, i documenti considerati rilevanti. In questo modo il controllo può divenire penetrante ed estendersi a profili ulteriori rispetto alla tutela dell'interesse dei minori, quale la congruità degli accordi che dispongono "trasferimenti patrimoniali" tra i coniugi.

CHIARA BESSO E MATTEO LUPANO

8 Cfr. l'art. 1775 del *código civil* (c.c.), *infra* Materiali, V.3.

9 Art. 1776 c.c.

10 Art. 14 del decreto-legge n. 272/2002, *infra* Materiali, V.2.

Parte I: l'ordinamento italiano

ANDREA GRAZIOSI

Professore ordinario di diritto processuale civile, Università di Ferrara

Dall'indissolubilità del matrimonio al recesso unilaterale dall'unione civile

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'introduzione del divorzio in Italia. – 3. La riforma del 1987. – 4. La “degiurisdizionalizzazione” delle liti in materia di separazione e divorzio. – 5. Lo scioglimento dell'unione civile.

1. Premessa

Anzitutto il mio più sentito e sincero ringraziamento va alla professoressa Chiara Besso e agli organizzatori tutti di questa tavola rotonda, che ha tra le sue finalità anche quella di presentare, qui a Torino, il volume a mia cura *Diritto processuale di famiglia* (Giappichelli, 2016). Quest'opera, proseguendo ed ampliando l'esperienza maturata insieme a *I processi di separazione e di divorzio* (Giappichelli, 2008 e 2011), avrebbe l'ambizione di proporre all'operatore pratico e allo studioso del processo un'indagine sistematica, tecnicamente scrupolosa, che abbracci, in una visione unitaria, l'intero diritto processuale di famiglia. Naturalmente, non sta a me dire se, ed eventualmente in che misura, siamo riusciti nel nostro intento, sono però certo che questo incontro, nella sua dimensione anche comparatistica, saprà offrirci nuovi e preziosi spunti di riflessione per migliorare ancora il nostro lavoro e la conoscenza di questa delicata materia.

Venendo ora al contributo che vorrei dare al dibattito, e muovendo dalla domanda – un po' provocatoria – che ci viene posta nella sua intitolazione

(«è possibile separarsi e divorziare senza giudice?»), è mia intenzione proporre un breve *excursus* storico, sia per mettere a fuoco gli snodi fondamentali che, nell'evoluzione del nostro ordinamento giuridico, hanno influito su un dilemma di questo genere, sia per comprenderne la reale portata, non solo giuridica, ma anche culturale e sociale.

2. L'introduzione del divorzio in Italia

È sulla scorta di questi presupposti ideologici che il nostro ordinamento giuridico è stato rigidamente indissolubilista fino al 1970. La famiglia era (solo) quella fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.) e l'ordinamento statutale non consentiva alcuna possibilità di sciogliere il vincolo coniugale.

Nella storia dell'ordinamento giuridico italiano era sempre stato così e lo stesso era accaduto anche negli Stati preunitari, salvo una breve pausa nel 1809 a seguito dell'annessione di parte dei territori italiani all'impero napoleonico e, conseguentemente, alla soggezione di essi al *Code Napoléon* che, per la prima volta in età moderna, contemplava la possibilità di chiedere lo scioglimento, anche consensuale, del matrimonio¹. Quello fu l'unico periodo in cui il divorzio ebbe cittadinanza nel nostro ordinamento. Tale esperienza, infatti, si chiuse rapidamente con la Restaurazione e con la progressiva riaffermazione dei singoli codici preunitari, nessuno dei quali prevedeva il divorzio.

Solo nel 1970, dopo aspri e lunghi contrasti tra il mondo cattolico e la parte più progressista e laica del Paese (sfociati, come si sa, nel *referendum* del 1974, nel quale il popolo italiano si esprime a favore del divorzio), venne introdotto il divorzio nell'ordinamento giuridico italiano con la fondamentale l. n. 898/1970 (l. div.).

Il nostro ordinamento giuridico, storicamente e saldamente indissolubilista, si trasformò così, allineandosi alla gran parte degli altri ordinamenti occidentali, in un ordinamento che ammetteva lo scioglimento del matrimonio civile (art. 2 l. div.) o la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario (art. 1 l. div.), ma solo al verificarsi di determinate condizioni rigidamente fissate dalla legge (art. 3 l. div.).

Purtuttavia, nella legge sul divorzio, l'interesse pubblicistico a garantire la stabilità del vincolo coniugale trovava ancora un riconoscimento molto significativo nel ruolo di controllo che veniva assegnato al giudice per il

1 L'art. 233 *Code Napoléon*, nella sua formulazione originaria, tra le cause di divorzio includeva «*le consentement mutuel et persévérant des époux*», da accertarsi mediante apposito procedimento.

tramite del combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3 l. div.

In particolare, va ricordato che gli artt. 1 e 2 l. div., con formulazione pressoché identica, prevedevano, e prevedono ancora oggi, che «il giudice pronuncia lo scioglimento del matrimonio contratto a norma del codice civile» (art. 1) o «la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio» concordatario (art. 2) «quando esperito inutilmente il tentativo di conciliazione di cui al successivo art. 4, accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3»².

Il successivo art. 3 contiene, poi, l'elenco tassativo delle cause di divorzio, tra le quali la più importante e frequente a livello pratico è senz'altro quella dell'ininterrotto periodo di separazione legale tra i coniugi che, nella formulazione originaria della norma, era di sette anni in caso di separazione giudiziale e di cinque anni in caso di separazione consensuale. Detto periodo, com'è noto, è stato abbreviato a tre anni dalla l. n. 74/87 ed ulteriormente ridotto a dodici mesi per la separazione giudiziale e a sei mesi per quella consensuale, per effetto della l. n. 55/2015 sul c.d. divorzio breve³.

Posto che l'esistenza di una di queste cause deve sempre essere accertata dal giudice per poter pronunciare il divorzio, il combinato disposto di queste norme pose immediatamente alla dottrina civilistica e processualistica un delicato interrogativo all'apparenza solo tecnico, ma che in realtà celava una profonda divergenza di visioni dell'istituto matrimoniale nella sua essenza.

Si trattava cioè di comprendere se il giudice, nel pronunciare il divorzio, dovesse soltanto accertare una delle cause di cui all'art. 3 (c.d. teoria dell'automaticità nella pronuncia del divorzio) oppure se il giudice, riconosciuta la sussistenza di una di quelle cause, dovesse anche verificare, come recita l'art. 1, che «la comunione materiale e spirituale dei coniugi non può essere mantenuta o ricostituita» (c.d. teoria della discrezionalità). Nell'un caso, la presenza di una delle cause di divorzio si configurava perciò come una sorta di presunzione dell'impossibilità di proseguire il consorzio coniugale, nell'altro caso, invece, lo scioglimento del vincolo coniugale era rimesso ad un ulteriore ed autonomo accertamento del giudice, dai contenuti, per forza

2 L'art. 2, l. div. è stato più volte sottoposto al vaglio della Corte costituzionale e da questa è sempre stata respinta ogni istanza; v. l'ordinanza di rimessione Cass., sez. un., 12 luglio 1972, n. 207, in *Giust. civ.*, 1972, I, 197, commentata da PUGLIESE, *Verso un nuovo giudizio di legittimità costituzionale del divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 702, e da LIEBMAN, *Il divorzio ritorna alla Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 713 ss., nonché la successiva sentenza Corte cost., 11 dicembre 1973, n. 176, in *Giust. civ.*, 1973, I, 57.

3 Va qui sottolineato che, agli effetti del decorso del termine, rileva anche la separazione consensuale avvenuta a seguito di negoziazione assistita o di accordo perfezionato innanzi al sindaco ai sensi degli artt. 6 e 12, d.l. n. 132/14. In arg. v. comunque *infra* § 4.

di cose, largamente discrezionali.

È evidente che questi due modi di interpretare la legge conducevano a conclusioni diversissime l'una dall'altra, poiché seguendo la tesi c.d. dell'automatismo il divorzio veniva concepito come un diritto potestativo dei coniugi: al verificarsi di un fatto tra quelli elencati nell'art. 3, il coniuge aveva diritto di ottenere lo scioglimento del matrimonio.

Aderendo, invece, alla tesi c.d. della discrezionalità giudiziale, il divorzio perdeva i connotati di diritto (potestativo) dei coniugi di ottenere lo scioglimento del matrimonio civile ed era affidato ad una valutazione ampiamente discrezionale del giudice, poiché decidere se nel caso concreto la comunione spirituale e materiale tra i coniugi possa o meno essere mantenuta, o addirittura ricostituita, implica una valutazione nella quale, inevitabilmente, è insito un margine di discrezionalità altissimo. La comunione spirituale e materiale dei coniugi è uno stato soggettivo interiore, per cui dover stabilire se sussiste ancora, o perfino se può essere ricostituita, non è come dover accertare un fatto storico, ma richiede un giudizio sulla relazione umana esistente tra i due coniugi che, inevitabilmente, sconta una notevole discrezionalità soggettiva di chi la esegue. E dunque un potere di controllo del giudice molto più ampio e penetrante sullo scioglimento del matrimonio civile⁴.

Ecco, quindi, che il ruolo del giudice a tutela della stabilità del vincolo coniugale assume una valenza completamente diversa a seconda di quale di queste due impostazioni si sceglie di seguire: abbastanza contenuto secondo la tesi dell'automatismo, molto invasivo e vigilante secondo la tesi della c.d. discrezionalità.

Non a caso sulle due tesi poc'anzi richiamate si divisero i giuristi di ispirazione cattolica, tendenzialmente favorevoli a quella della discrezionalità, da quelli di area laica e progressista, perlopiù favorevoli alla tesi dell'automatismo.

Più nello specifico, tra i processualcivilisti erano sostenute entrambe le tesi, ma era senz'altro prevalente la tesi dell'automatismo nella pronuncia del divorzio⁵. Di contro tra i civilisti esisteva una leggera prevalenza della tesi che voleva l'automatismo nella pronuncia del divorzio⁶, ma vi erano

4 GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, 103.

5 A favore della tesi dell'automaticità, V. CIPRIANI, *Il processo di divorzio*, in *Commentario sul divorzio*, (a cura di) Rescigno, Milano, 1980, 510-511; A. M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988, 30; a favore della discrezionalità nella pronuncia di divorzio PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 656; VOCINO, *Intorno all'oggetto e ad alcuni aspetti del processo di divorzio*, in *Studi in onore di P.A. D'Avack*, IV, Milano, 1976, 653 ss.

6 TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 12-13; VISALLI, *La legge italiana sul divorzio nel quadro delle legislazioni europee e del diritto interno*, Roma, 1972,

anche autorevoli voci schierate sul fronte opposto⁷.

Quanto alla giurisprudenza, essa assunse sulla questione un atteggiamento che a me non pare esagerato definire pilatesco. Ed infatti, se per un verso la Suprema Corte ed i giudici di merito⁸ non mancavano di confermare che per la pronuncia dello scioglimento del matrimonio civile non bastava la sola constatazione di una delle cause di cui all'art. 3, l. div., ma doveva essere accertato anche il disfacimento del consorzio coniugale, per altro verso non risulta siano mai state emesse sentenze in cui i giudici, in applicazione del suddetto preambolo, abbiano negato il divorzio pur sussistendo una delle cause di cui all'art. 3 l. div. In pratica, quindi, si trattava di un atteggiamento più di facciata che di sostanza, nel quale la giurisprudenza avallava, di fatto, la tesi dell'automatismo, pur negandola a livello di principio.

Come in altra sede mi sono sforzato dimostrare con dovizia di argomenti, cui mi permetto qui di rinviare⁹, a mio modo di vedere va senz'altro preferita la tesi dell'automatismo, non solo per la bontà delle argomentazioni tecniche addotte a suo sostegno, ma anche perché rimettere la pronuncia del divorzio ad una valutazione così discrezionale del giudice rischia di snaturare il ruolo stesso dell'organo giudiziario.

46; RODOTÀ, *Cinque note sul divorzio*, in *Pol. dir.*, 1970, 367; ID., *Poteri del giudice e legge sul divorzio*, in *Giur. merito*, 1972, I, 23; STELLA RICHTER, *L'istituto del divorzio in Italia e l'esperienza giuridica dei principali ordinamenti europei*, Milano, 1976, 44 ss.; BIONDI, *Appunti sulla recente legge sul divorzio*, in *Foro pad.*, 1972, II, 33 ss.; GIUFFRÈ, *Considerazioni su alcuni orientamenti giurisprudenziali in tema di divorzio*, in *Dir. eccl.*, 1972, I, 194; POGGI, *Automatismo e discrezionalità della pronuncia di divorzio*, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, c. 28.

7 SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, Torino, 1978, 605 ss.; MIRABELLI, *Profili costituzionali della legge sul divorzio*, in *Comm. sul divorzio a cura di Rescigno*, Milano, 1980, 75 ss.; SCARDULLA, *La separazione personale e il divorzio*, Milano, 1977, 387; ID., *Valutazione dell'affectio maritalis in sede di pronuncia del divorzio di coniugi separati consensualmente*, in *Dir. fam.*, 1973, 720 ss.; BADIALI, *La legge italiana sul divorzio e diritto straniero*, Padova, 1976, 2, in nota; SCALISI, *Divorzio, persona e comunità familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 755 ss.; L. FERRI, *Lo spirito della legge sul divorzio (cenni di diritto comparato)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 298.

8 Cass., 8 aprile 1974, n. 974; Cass., 12 aprile 1974, n. 1025, in *Dir. fam. pers.*, 1974, 611, ove l'affermazione del criterio della non automaticità fu effettuata per dichiarare manifestamente infondata la questione di costituzionalità della l. div., in relazione all'art. 24 Cost.; Cass., 17 febbraio 1975, n. 623; Cass., 28 giugno 1975, n. 2561; Cass., 24 ottobre 1975, n. 3518; Cass., 19 dicembre 1975, n. 4178; Cass., 3 settembre 1976, n. 3079; Cass., 6 marzo 1979, n. 1399; Cass., 6 novembre 1986, n. 6485; Cass., 3 agosto 1990, n. 7799; Cass., 17 giugno 1998, n. 6031; Cass., 6 dicembre 2006, n. 26165. Con riguardo alla giurisprudenza di merito, v. Trib. Arezzo, 20 aprile 1971, in *Giur. mer.*, 1972, I, c. 21.

9 V. GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, cit., 110.

Ciò che qui preme solo di aggiungere è che, come chiaramente risulta dalla lettura degli atti parlamentari¹⁰, né tale impianto normativo né la formulazione obiettivamente ambigua delle norme richiamate furono provocate da incuria legislativa (come si potrebbe pensare e come oggi, purtroppo, spesso accade), ma rappresentarono, in sede di approvazione della legge sul divorzio, il fragile punto di equilibrio raggiunto in parlamento tra i contrapposti schieramenti dei divorzisti e degli indissolubilisti.

Questo primo fondamentale passaggio vede dunque la trasformazione del nostro ordinamento da indissolubilista in divorzista nonché l'entrata in scena del giudice, il cui ruolo, a seconda dell'orientamento interpretativo che si predilige, può essere quello dell'organo cui è demandato il compito di concedere il divorzio sulla base di una valutazione ampiamente discrezionale, oppure quello di accertare un vero e proprio diritto dei coniugi di ottenere il divorzio al ricorrere di determinate condizioni fissate dalla legge.

3. La riforma del 1987

Il secondo passaggio che è importante evidenziare avviene con la l. n. 74/1987 che, nel riformare profondamente il nostro istituto in tanti suoi aspetti sostanziali e processuali, introduce per la prima volta in Italia il divorzio su ricorso congiunto dei coniugi, ovvero sia la facoltà processuale dei coniugi, che abbiano raggiunto un accordo su tutte le questioni da regolare in sede di divorzio, di adire congiuntamente il tribunale al fine di ottenere lo scioglimento del matrimonio nelle forme più snelle del procedimento in camera di consiglio.

Anche tale previsione normativa fece immediatamente sorgere un contrasto interpretativo: a giudizio di alcuni, infatti, nel nostro ordinamento aveva avuto ingresso il divorzio consensuale, cioè un istituto che fa dipendere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio dalla sola volontà dei coniugi¹¹; secondo altri, invece, le fattispecie estintive del matrimonio civile rimanevano le medesime, ossia quelle elencate nell'art. 3 l. div., ed il consenso dei coniugi rilevava ai soli effetti della proponibilità

10 Illuminante, a questo proposito, la lettura della relazione alla proposta Fortuna, della relazione alla proposta Baslini, delle relazioni di maggioranza e di minoranza alla Camera dei deputati, delle relazioni di maggioranza e di minoranza al Senato della Repubblica, della seconda relazione di maggioranza e della seconda relazione di minoranza alla Camera dei deputati, tutte riportate in appendice a BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Comm. c.c. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1971, 180 ss.

11 Per tutti TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio: il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 128.

della domanda congiunta di divorzio¹².

In effetti, come la dottrina prevalente non tardò a riconoscere¹³, la riforma non introdusse affatto il divorzio consensuale, ma si limitò a riconoscere la possibilità per i coniugi di chiedere il divorzio con un ricorso congiunto nelle forme camerali semplificate al ricorrere dei presupposti di legge. In altri termini, il divorzio era ancora sottoposto al necessario controllo del giudice e la concorde volontà dei coniugi era relegata a condizione per l'attivazione di uno strumento processuale più rapido e snello¹⁴.

Rimaneva comunque il dubbio su quali fossero “i presupposti di legge” richiesti dall'art. 4, 16° comma, l. div. per la pronuncia del divorzio su ricorso congiunto dei coniugi: il solo accertamento di una delle cause di divorzio di cui all'art. 3 l. div., ovvero anche l'impossibilità di mantenere o ricostituire il consorzio coniugale, come previsto dai già menzionati artt. 1 e 2 l. div.?

Si riponeva dunque, in chiave un po' diversa, il dilemma tra la tesi dell'automatismo e quella della discrezionalità.

Qui però il problema appariva, come ebbi occasione di osservare in altra sede¹⁵, assai semplificato, perché le forme camerali di cui agli artt. 737-742 *bis* c.p.c. sono così scarse e semplificate nella loro struttura procedimentale¹⁶, da risultare senz'altro inidonee a condurre un accertamento complesso, delicato ed approfondito come è quello del venir meno della “comunione spirituale e materiale tra i coniugi”. In altri termini, qui è la struttura stessa del procedimento camerale a rendere in qualche modo necessitata l'adesione

12 CIPRIANI, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 419; ID., *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, 324; BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, 82; SANTOSUOSSO, *La nuova normativa sul divorzio*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, XXI, Torino, 1987, 285; FINOCCHIARO, *La domanda congiunta di divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 509; TOMMASEO, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, VI, 1, Padova, 1992, sub art. 4, l. 1 dicembre 1980, 898, 262; CATALANO, *Disco rosso per il divorzio congiunto*, in *Corr. giur.*, 1988, 241.

13 V. *supra* aa. citati in nota 12.

14 In arg. CIPRIANI, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, cit., 419.

15 GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, cit., 111.

16 In generale sui procedimenti in camera di consiglio v. MICHELI, voce *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 981 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393 ss.; CERINO CANOVA, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 431 ss.; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta di Proto Pisani, Torino, 1994, *passim*; LAUDISA, voce *Camera di consiglio. I) Procedimenti in camera di consiglio - diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 1 ss.

alla teoria dell'automaticità del divorzio al ricorrere di una delle cause di divorzio di cui all'art. 3 l. div.

Dunque, se è vero che la riforma del 1987 non introdusse nel nostro ordinamento giuridico il divorzio consensuale, svincolando quindi lo scioglimento del matrimonio civile dall'accertamento giudiziale, e quindi dalla presenza del giudice, è però anche vero che essa ebbe l'importante effetto di consolidare definitivamente, a livello interpretativo, la tesi dell'automatismo, poiché la pronuncia del divorzio non può certo essere assoggettata a criteri differenti a seconda che avvenga in sede contenziosa, nelle forme ordinarie, o in sede consensuale nelle forme camerale. E siccome nell'ambito del procedimento camerale proposto su ricorso congiunto dei coniugi il criterio, come visto, non può essere che quello dell'automaticità, lo stesso deve per forza valere anche per il divorzio richiesto unilateralmente da uno solo dei coniugi nelle forme ordinarie¹⁷.

Si può in conclusione affermare che questo secondo passaggio normativo non giunse sino ad escludere il giudice dal divorzio, ma ne attenuò notevolmente il ruolo, in quanto, nella sostanza, gli venne sottratta la possibilità di verificare, caso per caso e con valutazione largamente discrezionale, se “la comunione materiale e spirituale dei coniugi” possa essere “mantenuta o ricostituita” pur in presenza di una delle cause di divorzio di cui all'art. 3 l. div.

4. La “degiurisdizionalizzazione” delle liti in materia di separazione e divorzio

La svolta che emancipa definitivamente il divorzio e la separazione legale dei coniugi dalla presenza del giudice avviene con il d. l. n. 132/2014¹⁸ sulla c.d. degiurisdizionalizzazione, convertito in legge con la l. n. 162/2014¹⁹. Come noto, con questo intervento normativo si è (vanamente) tentato di alleggerire e deflazionare il carico giudiziario che da decenni opprime il funzionamento della giustizia civile sottraendo, in tutto o in parte, alle attri-

17 Per maggiori ragguagli su questo rilievo sia di nuovo consentito il rinvio a GRAZIOSI, *op. cit.*, 112.

18 D.l. n. 132 del 2014 intitolato “Misure urgenti per la degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”, convertito dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, in G.U. n. 261, del 10 novembre 2014, Suppl. ord., n. 84.

19 PUNZI, *La c.d. “degiurisdizionalizzazione” della giustizia civile*, in Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematica. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, 1 ss., parla di “destabilizzazione” della giustizia civile.

buzioni degli organi giurisdizionali alcuni procedimenti, tra i quali la separazione ed il divorzio.

Uno degli strumenti utilizzati in questa direzione è stata la c.d. negoziazione assistita dagli avvocati²⁰, ossia un procedimento conciliativo gestito stragiudizialmente dagli avvocati assoggettato ad una specifica disciplina normativa.

Ebbene, all'interno del d. l. n. 132/2014 vi sono due norme particolarmente rilevanti agli effetti del discorso che qui si sta conducendo.

Anzitutto, l'art. 12, 1° comma, che espressamente autorizza i coniugi a “concludere, innanzi al sindaco quale ufficiale dello stato civile (...) un accordo” “di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio”, “nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b) della legge 10 dicembre 1970, n. 898” (ossia quando siano decorsi i dodici o i sei mesi di ininterrotta separazione legale richiesti dalla legge, a seconda che la separazione sia stata giudiziale o consensuale, v. sopra n. 2), il quale accordo, una volta ricevuto dall'ufficiale dello stato civile e riconfermato avanti ad esso decorso il termine dilatorio di trenta giorni (art. 12, 3° comma, d.l. n. 132/14), “tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono (...) i procedimenti (...) di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di cessazione del matrimonio”.

In secondo luogo viene in rilievo l'art. 6, il quale, non diversamente dal suddetto art. 12, prevede che l'accordo di divorzio raggiunto dai coniugi in seguito al procedimento di negoziazione assistita da avvocati, una volta ottenuto il nullaosta del pubblico ministero (il quale, stranamente, non è richiesto quando l'accordo si perfeziona innanzi all'Ufficiale dello Stato civile, quasi che questi appaia più affidabile dell'avvocato che ha seguito la

20 Sulla negoziazione assistita dagli avvocati in materia matrimoniale v. BOVE, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 891; NASCOSI, *I procedimenti consensuali stragiudiziali di separazione, divorzio e scioglimento delle unioni civili*, in Graziosi (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, cit., 173 ss.; ID., *La negoziazione assistita per la crisi coniugale: un nuovo sistema deflattivo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1383 ss.; DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *www.treccani.it*; LUIISO, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, in Luiso (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione dell'arretrato*, Torino, 2014, 33 ss.; TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e dir.*, 2015, 157 ss.; CRESCENZI, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, in *www.questionegiustizia.it*; DE SIMONE, *La negoziazione assistita nelle cause di separazione e divorzio e la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, *ivi*; GIORGETTI, *L'introduzione della negoziazione assistita nel complesso della riforma della giustizia*, in *Foro padano*, 2015, 2 ss.; TRISORIO LIUZZI, *Le procedure di negoziazione assistita*, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, 23 ss.; PROTO PISANI, *Diritti sostanziali e processo nella evoluzione delle relazioni familiari*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 124.

negoziazione!, art. 6, 2° comma), tenga luogo dei provvedimenti (*id est* della sentenza) che definiscono il processo di divorzio²¹.

Come è facile notare, queste due norme hanno ora introdotto nel nostro ordinamento giuridico la possibilità per i coniugi di ottenere il divorzio “senza passare” dal giudice, valorizzando di fatto il consenso dei coniugi quale elemento primario da cui discende l'effetto estintivo del matrimonio civile.

Il giudice, insomma, è completamente uscito di scena!

Certo, si può obiettare che anche qui il consenso dei coniugi da solo non basti, perché è comunque necessario che sia accompagnato (*recte* preceduto) dal verificarsi di una delle cause di divorzio elencate nell'art. 3 della l. div.; ma è certo che lo scioglimento del vincolo coniugale in questi casi avvenga, ormai, senza alcuna intermediazione o controllo giurisdizionale.

Fermo questo aspetto indiscutibile, a me pare che la norma abbia comunque anche introdotto nel nostro ordinamento una vera e propria forma di divorzio consensuale, diversamente da quanto avvenne con la riforma del 1987.

È vero, infatti, che anche oggi la volontà dei coniugi per produrre l'effetto dissolutivo del matrimonio civile necessita che prima si sia anche verificata una delle cause di cui all'art. 3 (in tal senso si esprimono in modo abbastanza esplicito sia l'art. 6 che l'art. 12 laddove, con riguardo alle ipotesi di accordo di divorzio, si richiamano ai “casi di cui all'art. 3, primo comma, numero 2) lett. b)” l. div.), ma è però altrettanto vero che adesso la legge riconduce espressamente quell'effetto all'“accordo” dei coniugi e non più (*recte* non solo, giacché l'art. 4 l. div. è ancora in vigore) alla sentenza costitutiva di divorzio emanata all'esito del processo di divorzio, consensuale o giudiziale che sia. È, insomma, la comune volontà negoziale dei coniugi di voler sciogliere il loro matrimonio che in queste due disposizioni si pone come fattore preminente da cui scaturisce immediatamente – e senza mediazione di alcun provvedimento giudiziale – la risoluzione del vincolo coniugale, degradando così le cause di divorzio di cui all'art. 3 l. div. a mera condizione, o presupposto, affinché quelle dichiarazioni di volontà possano validamente manifestarsi e produrre i loro effetti²².

21 Cfr. NASCOSI, *I procedimenti consensuali stragiudiziali di separazione, divorzio e scioglimento delle unioni civili*, cit., 174, secondo cui «si tratta indubbiamente di una rilevante novità nel panorama del diritto di famiglia ove, fino ad oggi, è prevalso il regime di indisponibilità dei diritti a rilevanza pubblicistica in materia matrimoniale (v. gli artt. 29-30 Cost., 160 c.c.), la cui tutela era assicurata dall'imprecindibile pronuncia di un provvedimento giudiziale di natura costitutiva necessaria, rivolto alla modifica o cessazione dello *status* coniugale, a cui si collegava il preventivo intervento obbligatorio del p.m.».

22 Per completezza va precisato che tale conclusione non muta nemmeno in presenza di figli minori, portatori di handicap o maggiorenni economicamente non ancora autosufficienti,

Ciò che è curioso notare è come, con queste recenti riforme, il legislatore abbia probabilmente compiuto un passo culturalmente, socialmente e ideologicamente importante come l'introdurre per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico il divorzio consensuale, senza, forse, averne avuto nemmeno piena consapevolezza, visto che il dichiarato intento legislativo era semplicemente, e più modestamente, quello di introdurre "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"²³.

Insomma, credo si possa senz'altro affermare che per un ordinamento di solidissime tradizioni indissolubiliste – quale storicamente è sempre stato quello italiano – il d.l. n. 132/2014 abbia segnato una svolta veramente epocale poiché si è sostanzialmente eliminato qualsiasi possibile controllo di natura pubblicistica sul matrimonio, il quale, con l'introduzione del divorzio consensuale, è oggi divenuto un negozio giuridico che può essere risolto tramite il semplice mutuo consenso dei contraenti. Con il logico ed altrettanto rilevante corollario del venir meno anche dell'indisponibilità dello *status* coniugale (e dei diritti che ne scaturiscono) considerata sino ad oggi un vero e proprio caposaldo della dogmatica civilistica in materia di famiglia.

E quel che è più sorprendente notare, a testimonianza della rapidità con cui i costumi e le ideologie si stanno evolvendo in questa convulsa fase storica, è che mutamenti di questa portata, capaci di rivoluzionare alcuni dei pilastri su cui poggia(va) il nostro ordinamento giuridico, sono avvenuti in un arco di tempo che va dal 1970 al 2014 – come questo breve *excursus* ha dimostrato – e cioè in poco più di quarant'anni, che, se rapportato alla provenienza secolare di alcuni dei dogmi che sono stati sovvertiti, è un periodo di tempo davvero brevissimo, se non addirittura fulmineo!

E dunque, per ritornare alla domanda dalla quale eravamo partiti, e che costituisce il tema di questa tavola rotonda, la risposta è senz'altro positiva: sì, nel nostro ordinamento giuridico oggi è possibile divorziare senza giudice se vi è il consenso dei coniugi, se invece il consenso non c'è, ognuno dei due coniugi ha il diritto (potestativo) di chiedere ed ottenere il divorzio dal giudice, al ricorrere di una delle cause elencate nell'art. 3 l. div.²⁴.

giacché l'autorizzazione del p.m. richiesta dall'art. 6, 2° comma, per gli accordi raggiunti in sede di negoziazione assistita è finalizzata esclusivamente a controllare che l'accordo sia conforme "all'interesse dei figli" e non è certo configurata dalla legge come condizione di validità del consenso dei coniugi. La questione, invece, non si pone per gli accordi conclusi avanti all'Ufficiale dello Stato civile, posto che essi non possono essere stipulati "in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave (...) ovvero economicamente non autosufficienti" (art. 12, 2° comma, d.l. n. 132/2014).

23 Nel virgolettato l'intitolazione del d.l.132/2014.

24 Ed infatti, la tesi dell'automaticità nella pronuncia dello scioglimento del matrimonio

Quel che invece di molto negativo e preoccupante vi è da annotare, è che il nostro improvvido legislatore ha sottratto al giudice, non solo il divorzio, ma anche la tutela degli interessi e dei diritti dei figli minori che vi possono rimanere coinvolti.

Ed infatti, ai sensi dell'art. 6, 2° comma, d.l. n. 132/2014 le condizioni di affidamento e mantenimento dei figli minori stabilite dai genitori in sede di negoziazione assistita sono soggette, quanto alla loro efficacia, ad un semplice nulla osta del p.m. – che non le deve autorizzare se contrarie “all’interesse dei figli” – e non ad un vero e proprio controllo giudiziale ad opera del tribunale.

Si tratta, a mio avviso, di una forma di tutela dei diritti dei figli assolutamente insufficiente ed inadeguata dovuta al fatto che, ancora una volta²⁵, si confonde il dissidio tra i coniugi con il loro diverso, ed indipendente, ruolo di genitori. Se i coniugi hanno oggi la piena disponibilità del rapporto coniugale, potendolo risolvere quando vogliono in via puramente consensuale, i genitori, sia coniugati che non coniugati, continuano però a non avere alcuna disponibilità del rapporto di filiazione, e dei diritti (dei figli) che ne discendono, per cui è doveroso che sugli “accordi” dei coniugi che concernono i figli, lo Stato continui ad esercitare un suo controllo molto più penetrante ed attento di quello che può effettuare il p.m. tramite il rilascio di un semplice nulla osta²⁶. D'altra parte, se il divorzio è chiesto al tribunale su ricorso congiunto dei coniugi ai sensi dell'art. 4, 16° comma, l. div., le parti dell'accordo concernenti i figli sono inevitabilmente sottoposte, anch'esse, al vaglio del tribunale, sicché non si vede per quale ragione se i genitori scelgono di seguire la via della negoziazione assistita, i figli debbano perdere la garanzia del pieno controllo giudiziale sugli accordi che li riguardano.

civile che, come si è visto sopra (n. 3), poteva già dirsi acquisita nel 1987, riceve ora ulteriori e definitive conferme dall'aver introdotto nel nostro sistema una forma di divorzio che prescinde da qualsiasi accertamento giudiziale, poiché sarebbe oltremodo incoerente che il divorzio, se giudiziale, dipenda da un accertamento parzialmente discrezionale del giudice del disfacimento del consorzio coniugale, se stragiudiziale, invece, resti totalmente svincolato da questo presupposto in quanto avulso da qualsiasi possibile accertamento giudiziale.

25 Su questo risalente e grave problema di fondo, sia di nuovo consentito il rinvio a GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, cit., *passim*, spec. 207 ss.

26 Per un più approfondito sviluppo di questi rilievi critici, sia consentito il rinvio a GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2015, 1117.

5. Lo scioglimento dell'unione civile

Prima di terminare questo intervento, occorre che io accenni ad un'ulteriore importante evoluzione avutasi recentemente sulla via tracciata sinora e contenuta nella notissima l. n. 76/2016, che ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico le unioni civili tra persone dello stesso sesso²⁷.

Come sappiamo, per lo scioglimento dell'unione civile è interamente richiamata la disciplina procedimentale relativa allo scioglimento del matrimonio, e così potrà avvenire sia in sede giudiziale *ex art.* 4 l. div., sia in via stragiudiziale ai sensi dei già menzionati artt. 6 e 12 del d.l. n. 132/2014.

Quanto alle cause di scioglimento, trovano applicazione le norme di cui all'art. 3, num. 1 e numero 2, lett. a), c), d) ed e), l. div. e le ipotesi specifiche di cui all'art. 1, commi 26° (“la sentenza di rettificazione di attribuzione del sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”) e 27° (“alla rettificazione anagrafica di sesso intervenuta tra due coniugi, ove i medesimi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessare gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”), della suddetta l. n. 76/2016.

Non sono invece richiamati gli artt. 1 e 2 l. div., sicché il problema dell'accertamento giudiziale dell'effettivo disfacimento del consorzio coniugale, e tutta la consequenziale questione dell'automaticità o discrezionalità nella pronuncia di divorzio, che tanto hanno agitato la dottrina e la giurisprudenza negli anni passati (sopra n. 2), vengono qui risolti, in senso negativo, già a livello normativo; sintomo evidente, questo, che lo Stato non manifesta alcun interesse a garantire la stabilità dell'unione civile e ad esercitare su di

27 G. DE CRISTOFARO, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 30 maggio 2016, n. 76, integrata dal D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 135 ss.; ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Fam. dir.*, 2016 958 ss.; CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 848 ss.; COPPOLA, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2016, 677 ss.; DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 868; OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. dir.*, 2016, 943; SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 845 ss.; SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, 841; TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 991; TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 859; VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, 1189.

essa alcun controllo di ordine pubblicistico²⁸.

L'art. 24 prevede, poi, che “l'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà”.

I *partners* dell'unione civile possono dunque decidere di scioglierla, non solo consensualmente, ma anche in via del tutto unilaterale, tramite una semplice manifestazione disgiunta di volontà dinanzi all'ufficiale dello stato civile, alla quale far seguire, decorsi tre mesi, la domanda giudiziale di scioglimento del vincolo.

La norma prevede, in sostanza, come la dottrina più accorta ha subito sottolineato²⁹, una forma di vero e proprio recesso *ad nutum* dall'unione civile.

E dunque qui anche il consenso tra i contraenti ha perso ogni rilevanza agli effetti della cessazione del vincolo, pur rimanendo in questo caso una presenza solo formale del giudice, chiamato a controllare, verosimilmente, che la volontà di recesso sia stata validamente manifestata. L'unione civile, così come delineata dalla l. n. 76/2016 appare pertanto del tutto priva di stabilità giuridica, potendo ognuno dei *partners* recedere unilateralmente quando vuole e senza alcuna condizione fissata dalla legge.

In definitiva, la parabola iniziata nel 1970, con la trasformazione del nostro ordinamento giuridico da indissolubilista in divorzista, e proseguita nel 2014, con l'introduzione del divorzio consensuale e l'uscita di scena del giudice, si è ora arricchita, a pochissimi anni di distanza, di un ulteriore importante tassello, consistente nell'aver ammesso per la prima volta la facoltà di recesso incondizionato di ognuno dei *partners* dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, i cui effetti civilistici, va ricordato, sono in larghissima misura parificati al matrimonio. Insomma, se il matrimonio civile fino al 1970 era un'unione indissolubile, oggi lo scioglimento del suo equivalente tra persone dello stesso sesso può avvenire senza più nemmeno il consenso dell'altro contraente e con un passaggio solo formale davanti al giudice.

Mi pare sia questo, per ora, il punto di approdo di questa spettacolare evoluzione normativa, ma soprattutto di costume e culturale, tesa a tutelare sempre di più nei rapporti personali a carattere non patrimoniale la piena libertà di autodeterminazione dell'individuo e ad affrancare definitivamente la sfera delle relazioni affettive e sentimentali più profonde dal controllo pubblicistico dello Stato. Nel diritto di famiglia italiano, non solo il matrimonio, ma anche la famiglia non è più al centro della tutela giuridica, come è stato per un tempo lunghissimo in passato (v. *supra* n. 1): il baricentro sembra essersi

28 Cfr. G. DE CRISTOFARO, *op.cit.*, 138.

29 G. DE CRISTOFARO, *ivi*.

spostato verso l'individuo e la famiglia sembra rivestire sempre più il ruolo, configurato dall'art. 2 Cost., di una delle formazioni sociali "ove si svolge la sua personalità".

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se il matrimonio potrà mai essere sciolto con il semplice recesso di uno dei coniugi, come è per l'unione civile tra persone dello stesso sesso, e se verrà mai definitivamente superata l'anacronistica sorveglianza del giudice in una regione così intima dell'esistenza umana.

Lascio questo interrogativo, naturale sviluppo di quello da cui eravamo partiti, a chi ha avuto la gentilezza di ascoltare il mio intervento e agli altri relatori, e concludo ringraziando ancora per avermi invitato a partecipare a questa stimolante tavola rotonda.

CESARE CASTELLANI

Presidente VII sezione civile (sez. famiglia), Tribunale di Torino

La negoziazione assistita dagli avvocati: il punto di vista del giudice

SOMMARIO: 1. Necessità del controllo giurisdizionale in materia di separazione e divorzio. – 2. Il ruolo del pubblico ministero. – 3. I poteri del tribunale. – 4. L'esperienza torinese. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Necessità del controllo giurisdizionale in materia di separazione e divorzio

La mia relazione ha per oggetto alcune considerazioni a livello di diritto positivo a proposito delle norme risultanti dalla conversione con importanti modifiche, ad opera della legge 10 novembre 2014 n. 162, del decreto legge 12 settembre 2014 n. 132.

Mi soffermerò, anzitutto, sull'articolo 6, che si occupa di quella che è stata suggestivamente definita una “parentesi giurisdizionale” del procedimento di negoziazione assistita da avvocati, espressione usata da Giuseppe Buffone, giudice del Tribunale di Milano, noto commentatore e studioso del diritto di famiglia.

Ascoltando l'intervento del professor Graziosi ed il mio avrete, probabilmente, una diversa percezione di quanto sta avvenendo a seguito delle nuove disposizioni introdotte. Ma, evidentemente, ci troviamo di fronte a una novella che presenta varie sfaccettature ed è anche frutto di compromessi, con esiti in parte contraddittori: la conversione in legge ha infatti comportato modifiche molto rilevanti, avendo previsto la possibilità di negoziazione assistita per la separazione coniugale, il divorzio e la modifica delle condizioni

anche rispetto a nuclei familiari con figli minori, ipotesi non contemplata nel progetto iniziale.

Un collega magistrato, sentito nel corso dei lavori della Commissione Giustizia, mi ha riferito alcuni aspetti del dibattito parlamentare piuttosto indicativi per comprendere l'iter di gestazione delle norme, nel senso di una consapevolezza sopravvenuta in corso d'opera da parte del legislatore di dover rispettare determinate convenzioni internazionali vincolanti per il nostro Paese e che non sarebbe stato possibile riformare la materia della crisi coniugale in modo tale da attribuire rilievo alla sola volontà delle parti (i coniugi), perché, diversamente, sulle nuove norme sarebbe probabilmente intervenuta ben presto la censura della Corte Costituzionale.

Il Parlamento ha quindi dovuto reintrodurre aspetti di carattere pubblicistico all'interno della procedura. Questa è l'origine del ruolo attribuito al pubblico ministero, abbastanza discutibile trattandosi di organo cui, a ben vedere, sono abitualmente demandate ben altre funzioni, *in primis* il controllo di legalità e la repressione dei reati.

Ecco, quindi, che qualcuno potrebbe legittimamente domandarsi, dopo l'intervento che mi ha preceduto, se stiamo parlando della stessa legge, posto che il professor Graziosi ha incentrato l'esposizione sulla valorizzazione della dimensione negoziale, sui profili di libertà delle parti di regolare le sorti del matrimonio a suo tempo contratto, mentre ora sentirete parlare del controllo del giudice e dei parametri e criteri attraverso cui esso può essere esercitato.

Un'altra riflessione mi è sorta spontanea ascoltando la relazione Graziosi: la ragione per cui era previsto il ricorso al giudice nella materia della crisi della famiglia è legata al significato che il matrimonio ha nel contesto sociale, culturale e storico. Qui la giurisdizione è necessaria perché vi è un conflitto, un contrasto che le persone non riescono a risolvere senza un intervento esterno, perché in molti casi la separazione porta con sé ferite psicologiche e difficoltà di riorganizzazione di vita e non è da tutti far leva su un certo benessere economico e su capacità di dialogare civilmente, così da mettersi attorno a un tavolo e giungere ad accordi con l'ausilio dei propri avvocati.

Al Tribunale di Torino, ad esempio, le procedure di separazione o divorzio a domanda congiunta rappresentano ben il 65% del totale, una situazione che fa onore al nostro Foro, ma nel restante 35% i coniugi non riescono ad accordarsi e tante volte questi conflitti sono legati alle violazioni più gravi dei doveri derivanti dal matrimonio: tipicamente all'infedeltà e all'abbandono della casa comune, oppure a comportamenti sul piano economico poco trasparenti in danno del partner, operazioni volte a dissimulare le proprie disponibilità patrimoniali e i redditi effettivi in vista del processo.

Quindi c'è un conflitto e ci sono dei cittadini che non riescono a com-

porlo: come diversamente si potrebbe fare se non ricorrere all'autorità e in particolare alla giurisdizione?

Il decreto legge 132/2014, convertito nella legge 162/2014, ci interessa essenzialmente, per l'odierna esposizione, all'articolo 6, laddove viene disciplinata la procedura di negoziazione assistita. Non mi occupo invece della procedura di cui all'articolo 12, che riguarda i poteri dell'Ufficiale di Stato civile in materia di separazione e scioglimento del matrimonio nelle situazioni in cui non vi sono figli.

2. Il ruolo del pubblico ministero

Le principali questioni interpretative riguardano proprio l'articolo 6. La norma è intitolata, in modo innovativo e perfino altisonante alla “degiurisdizionalizzazione” ma, a ben vedere, un intervento dell'autorità giudiziaria, qualora nel nucleo familiare vi siano figli minori o maggiorenni non ancora autonomi, permane. Ed è logico, dovendosi provvedere ai vari aspetti contenziosi che riguardano la prole, sia in punto affidamento e modalità di frequentazione dell'altro genitore (quello che, con espressione diffusa quanto riduttiva, è tradizionalmente chiamato “diritto di visita”), sia in punto economico.

Il primo organo che deve effettuare un controllo sulle condizioni liberamente concordate tra le parti con l'ausilio dei difensori (obbligatoriamente uno per parte, per una miglior tutela di quella in posizione più “debole”) è il pubblico ministero, quindi la Procura della Repubblica. Tali uffici sono sovente organizzati con settori specializzati che si occupano, ad esempio, dei procedimenti riguardanti persone e famiglia (quali interdizioni e altro); a Torino, ad esempio, esiste la sezione “Fasce deboli” che è composta da pubblici ministeri che si occupano di abusi e maltrattamenti sui minori, violenza domestica verso il coniuge e reati simili.

Questi magistrati hanno ora ricevuto una nuova competenza con la legge sulla negoziazione assistita. Che tipo di controllo sugli accordi privati verrà esercitato? Orbene, dato che il parametro legislativo di riferimento nella materia è il prevalente interesse del minore, si porrà certamente attenzione alla scelta dell'affidamento condiviso. Questo è un punto essenziale tenuto conto dei principi introdotti con la legge 54 del 2006 per i casi di disgregazione del nucleo familiare. La modalità tipica di affidamento è ora l'affidamento condiviso, come risulta dagli artt. 337 *ter* e segg. codice civile, norme che ammettono l'affidamento monogenitoriale in via puramente derogatoria ed eccezionale, in presenza di presupposti molto rigorosi, qualora la soluzione “base” risulti pregiudizievole per l'interesse della prole (per le caratteristiche di personalità del genitore o per il disinteresse verso la prole).

Il pubblico ministero dovrà quindi verificare, in presenza di casi di affidamento regolato con modalità non condivisa (affidamento esclusivo o monogenitoriale), quali ragioni sono state addotte con riferimento alla crisi di quel determinato nucleo familiare.

Un altro punto importante attiene alla frequentazione con l'altro genitore, in quanto le condizioni concordate debbono prevedere un congruo calendario di frequentazione e tempi equilibrati di permanenza con ciascun genitore, profilo, questo, sovente disatteso nei casi di diniego del parere favorevole sin qui esaminati in Tribunale.

I dinieghi del pubblico ministero sono stati assai pochi a Torino, avendo l'organo deputato negato l'autorizzazione solo in casi di tempi e modi di visita troppi ristretti o faticosi da rispettare da parte del minore (ad esempio perché troppo ravvicinati o altalenanti tra un contesto genitoriale e l'altro). Faccio riferimento all'affidamento c.d. alternato, pattuito soprattutto in presenza di figli ancora piccoli, con età inferiore agli otto anni, e la previsione di tempistiche che comportano continui trasferimenti da un'abitazione all'altra, perfino quotidiani.

Nell'udienza di oggi, su 35 separazioni consensuali, ho dovuto ad esempio chiedere la modifica del calendario di visita in due casi, proprio per la continua alternanza di giorni presso l'uno o l'altro genitore. Questo è un aspetto che ha effettivamente comportato alcune mancate autorizzazioni.

Poi vi è la verifica sull'entità degli assegni di mantenimento. A questo proposito la Procura della Repubblica di Torino ha emesso da subito un provvedimento di tipo organizzativo, con cui ha richiesto alle parti il deposito delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni, suscitando anche alcune critiche da parte del Foro. Così facendo la Procura ha ripreso quanto già avveniva in Tribunale nelle procedure giudiziarie tradizionali. Ricordo, infatti, che in occasione della prima udienza di separazione o divorzio il presidente redige un decreto di fissazione che contiene richieste piuttosto articolate di produrre documentazione in merito al patrimonio e al reddito di ciascun coniuge (la c.d. *discovery*), compresi i depositi bancari e i relativi estratti conto, le partecipazioni azionarie, le proprietà immobiliari e quant'altro. Chiaramente non si è in presenza di un vero e proprio obbligo cogente, ma si è in tal modo introdotto un onere, dalla cui violazione quale possono discendere, secondo i principi generali, conseguenze sul piano probatorio.

Quando ritiene di non concedere l'autorizzazione il pubblico ministero deve trasmettere gli atti al presidente del Tribunale o, nei Tribunali di grandi dimensioni, come a Torino, ove vi sono sezioni famiglia specializzate, al presidente di tale sezione il quale, in base alla normativa, deve fissare un'udienza e provvedere senza ritardo.

3. I poteri del tribunale

L'art. 6 afferma che il presidente del tribunale o della sezione famiglia deve provvedere senza ritardo. Queste tre parole contenute nell'art. 6 - "provvede senza ritardo" - sono decisamente ermetiche e di difficile interpretazione e purtroppo il testo di legge non dice di più.

Dopo l'entrata in vigore della riforma sono emersi due orientamenti.

Secondo una prima tesi, che ha trovato riscontro giurisprudenziale in un provvedimento del presidente del Tribunale di Pistoia, la ricezione degli atti da parte del Tribunale a seguito del dissenso del pubblico ministero dà il via ad una causa di separazione consensuale secondo le forme ordinarie. Si è parlato, in tal senso, di conversione del rito: la negoziazione assistita si trasforma dando vita ad un ricorso per separazione consensuale ed il presidente si trova investito di tutti i poteri che normalmente ha all'udienza presidenziale; ciò starebbe a significare il termine "provvede" e all'udienza seguirebbe pertanto la fase di omologa delle condizioni di separazione da parte del collegio.

Nel corso del dibattito dottrinale si è però evidenziato che tale impostazione presenta un grosso limite, ponendosi in contrasto con un principio fondamentale in materia processuale, quello della domanda (art. 112 c.p.c.): le parti raggiungono un accordo con gli avvocati, lo depositano e ne chiedono l'approvazione al pubblico ministero. Difetta, quindi, qualsiasi domanda al tribunale volta all'omologa della separazione consensuale.

Emergono poi ulteriori profili critici: si è così sottolineato come il presidente, nel rispetto delle disposizioni di legge contenute nella riforma, debba provvedere anche laddove la competenza sarebbe attribuita al collegio e così nelle cause di modifica delle condizioni di separazione o divorzio.

Non solo: a un'attenta disamina dell'articolo non può sfuggire la locuzione che "all'accordo si applica il comma 3", il che sta a significare che l'accordo deve essere trasmesso all'Ufficio di Stato civile da parte degli avvocati. Diversamente, se si fosse in presenza di una separazione consensuale, il provvedimento decisorio (omologa) sarebbe riconducibile al giudice e quindi spetterebbe alla cancelleria la relativa trasmissione.

Si può quindi, più correttamente e in linea con il dato normativo, concludere che sia stata introdotta nel sistema una procedura atipica, riconducibile *lato sensu* al camerale, che prevede la fissazione di un'udienza e la convocazione dei coniugi.

A tale udienza va attribuita la funzione di raccolta di informazioni direttamente dalle parti nella prospettiva, auspicabile, di un superamento, con i necessari adattamenti, del dissenso espresso dal pubblico ministero (che, per inciso, dovrebbe essere motivato, risolvendosi nell'esercizio di un pubblico

potere, così da poter altresì orientare i contenuti dell'audizione personale dei coniugi).

Se, per ipotesi, non è stato riconosciuto alcun assegno di mantenimento per i figli, andranno valutati e comparati il patrimonio e i redditi di ciascun genitore, onde individuare una regolamentazione rispettosa del principio di proporzionalità di cui all'art. 337 *ter* c.c.

All'udienza il presidente, avendo ben presente la giurisprudenza della propria sezione, può sollecitare qualche modifica, escludendosi, peraltro, la possibilità di accordi del tutto difformi da quelli depositati alla Procura della Repubblica. Diversamente si realizzerebbe un'inaccettabile forzatura, un disconoscimento del ruolo centrale quanto al vaglio degli accordi di negoziazione assistita demandato al pubblico ministero.

Il procedimento camerale si conclude, all'esito dell'udienza, con l'emissione di un provvedimento (avente natura di decreto, come stabilisce l'art. 737 c.p.c.) con cui il presidente accoglie o rigetta la richiesta di autorizzazione.

4. L'esperienza torinese

Passando a qualche dato statistico e ricollegandomi a un seminario tenutosi a Torino a novembre 2016 e, in particolare, alla relazione del pubblico ministero dott.ssa Fabiola D'Errico, nel 2015, su 243 domande, sono stati trasmessi al Tribunale, per mancata autorizzazione, solo 6 accordi. Nel 2016, fino al 30 settembre, su 254 domande le trasmissioni al Tribunale sono state circa 11.

La Procura della Repubblica richiede ai coniugi di trasmettere le dichiarazioni dei redditi degli ultimi anni. Non è prevista la convocazione personale delle parti, mentre può essere richiesta documentazione. Questo è un aspetto degno di nota in quanto la negoziazione può risultare particolarmente interessante se i coniugi sono contrari ad incontrarsi nuovamente davanti al giudice, vuoi perché psicologicamente sofferenti, a seguito di adulterio, maltrattamenti o altri motivi, consentendo la negoziazione di procedere anche senza quella compresenza che è invece indispensabile nel rito ordinario.

Non è previsto l'ascolto dei figli minori. L'attenzione, come detto, si concentra su affidamento, modalità di frequentazione ed aspetti economici.

Soffermandosi sull'evoluzione degli 11 casi di trasmissione al Tribunale, si rileva che in due di essi i coniugi non si sono presentati in Tribunale e il procedimento è stato dichiarato estinto, passaggio che non preclude alle parti il deposito di un nuovo ricorso al pubblico ministero, con condizioni modificate e atte a superare il precedente dissenso.

Gli altri casi sono stati risolti in Tribunale attraverso alcune modificazioni agli accordi o ritenendo ingiustificato il parere negativo del pubblico ministero.

Sono emerse alcune questioni, una delle quali mi preme segnalare espressamente e riguarda la possibilità o meno di adempiere all'obbligo di mantenimento della prole trasferendo al coniuge la proprietà (o una quota di essa) dell'ex casa coniugale.

Il pubblico ministero non ha approvato simili statuizioni, rilevando che beneficiario del mantenimento è il figlio. A mio avviso occorre partire dalla considerazione che in base agli artt. 143 e 147 codice civile l'obbligo al mantenimento dei figli grava solidalmente su entrambi i genitori. Laddove sia quindi dimostrato in modo rigoroso che il genitore non affidatario (o non collocatario) sia assolutamente privo di reddito, l'accordo di negoziazione potrebbe quindi essere approvato, sempreché non emergano profili strumentali o di aggiramento degli obblighi economici verso i familiari e vi sia una congruità economica tra valore del bene trasferito (eventualmente rapportato all'esistenza di un mutuo) e capitalizzazione dell'assegno mensile (in base all'ammontare di esso e alla prevedibile durata dell'obbligo di mantenimento).

5. Considerazioni conclusive

Il procedimento introdotto dalla legge 162/2014 presenta almeno due aspetti critici ulteriori, che è necessario mettere in luce.

Il primo attiene alla posizione dei figli maggiorenni. Infatti mentre un figlio maggiorenne può, in base alla giurisprudenza della Suprema Corte, intervenire nel giudizio di separazione o divorzio per proporre una domanda di mantenimento in suo favore o per aderire a quella di uno dei genitori per sé vantaggiosa, nulla viene detto quanto alla procedura stragiudiziale in esame. A me è accaduto di esaminare un caso particolare, quello di un accordo trilaterale, posto che ad esso aveva aderito altresì il figlio maggiorenne. La decisione è stata in termini di inammissibilità della negoziazione così strutturata, posto che la normativa non prevede un'ipotesi del genere. Può essere che si sia trattato di decisione troppo rigorosa nella fedeltà al dato letterale: nel caso specifico i patti tra i coniugi sono stati poi recepiti a seguito della rinuncia da parte della figlia maggiorenne, limitatasi a dare atto della propria soddisfazione per gli accordi intercorsi tra i genitori.

Un altro punto molto critico è quello che riguarda i figli nati fuori dal matrimonio, una categoria socialmente assai diffusa cui il legislatore non ha prestato la dovuta attenzione, non avendo previsto la possibilità di regolare

consensualmente i rapporti genitoriali mediante la negoziazione assistita.

Le valutazioni conclusive sono certamente condizionate dalla mia storia professionale di giudice minorile per molti anni e da una certa fatica a recepire impostazioni troppo “privatistiche” e “contrattualistiche” nella delicata materia della soluzione dei conflitti legati alla crisi familiare.

Sono stato molto colpito, ad esempio, da quanto riferito dal professor Égéa sull’esperienza francese. Mi chiedo come un minore possa realmente esprimere la sua opinione liberamente di fronte al conflitto tra i genitori e con quali garanzie ciò possa avvenire. In questo campo alcuni profili psicologici, molto importanti, non possono essere ignorati o trascurati in nome di una supposta libertà negoziale.

Penso di poter dire, in conclusione, che la nuova normativa sulla negoziazione assistita da avvocati in materia di famiglia sia stata forse un po’ troppo “permissiva” nei casi delle coppie con figli, mentre forse troppo interventista (statalista) rispetto alle situazioni in cui si debba regolare esclusivamente la condizione dei coniugi in assenza di prole.

APPENDICE DI GIURISPRUDENZA

Tribunale di Torino, sez. VII civile (famiglia), Pres. Castellani, decreto del 5 giugno 2017

Premesso

che il 13.4.2017, ritualmente difese, le parti depositavano, alla Procura della Repubblica presso questo Tribunale, un Accordo, raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita, ex legge 162/2014, con il quale, dato atto di aver contratto matrimonio con rito civile in *omissis*, il *omissis*, dichiaravano di volersi separare e di aver individuato soluzioni condivise sia in merito all’affidamento dei figli minori *omissis* e all’esercizio della responsabilità genitoriale, sia in ordine ai profili economici ed abitativi;

che in data 19.4.2017 il Pubblico Ministero riteneva di non poter accogliere la domanda in quanto “*non si dà atto nell’accordo che i genitori sono stati informati dell’importanza che ciascun figlio trascorra tempo adeguato con entrambe i genitori*” e, pertanto, disponeva la trasmissione degli atti al Presidente di questa Sezione (in conformità alla Circolare congiunta del Tribunale e della Procura della Repubblica sottoscritta il 28 gennaio 2015) “*per quanto di competenza*”;

che all'udienza 29.5.2017, fissata *ex art.* 6 D.L. 132/2014, le parti sono comparse con i rispettivi legali e hanno fornito chiarimenti in merito alla portata dell'accordo a seguito di negoziazione assistita;

considerato

che l'interpretazione della normativa sulla negoziazione assistita da avvocati di cui alla L. 162/2014, di conversione del D.L. 132/2014, e, in particolare, l'individuazione del più corretto *iter* processuale nei casi, quale quello in oggetto, in cui il Pubblico Ministero non ritenga di poter autorizzare l'accordo negoziale tra le parti e lo trasmetta al Presidente del Tribunale si presenta piuttosto ardua stante l'estrema sinteticità del dato normativo;

che, nondimeno, a seguito dell'apporto chiarificatore dei contributi dottrinali e di alcune pronunce di merito (Pres. Tribunale Torino 15.1.2015; Pres. Tribunale Termini Imerese 24.3.2015; Pres. Tribunale Torino 20.4.2015; Pres. Tribunale di Udine 29.1.2016, in *Avvocati di Famiglia*, n. 1/2016, p. 9), può ritenersi, sulla scorta delle ragioni evidenziate nella motivazione dei menzionati provvedimenti (agevolmente consultabili sul *web*), che la fase avanti al Presidente sia da ricondurre *lato sensu* alle forme del rito camerale e che al giudicante debba riconoscersi autonomia di valutazione rispetto al diniego del P.M. quanto alla portata delle condizioni della separazione o del divorzio, o della modifica delle originarie pattuizioni, anche sulla scorta delle delucidazioni che le parti possono fornire, in ordine ai punti di dissenso del P.M., comparando personalmente in udienza;

osservato

che, nel caso dei coniugi *omissis*, il parere negativo del P.M. è stato motivato con riguardo alla violazione dell'obbligo informativo nella procedura di negoziazione assistita posto a carico degli avvocati ai sensi del citato art. 6, comma 3, avente ad oggetto "l'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori" e che la censura appare fondata, in quanto dalla lettura dell'Accordo emerge non esservi alcun accenno all'avviso alle parti (scarso rilievo assume quindi la dichiarazione dei legali di aver dato l'avviso verbalmente);

che, dovendosi a questo punto stabilire quali siano le conseguenze di siffatta omissione, posto che nel testo di legge ad essa non è ricollegata alcuna nullità, giova segnalare che il P.M. è legittimato a rifiutare l'autorizzazione "quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli", in ciò consistendo, dunque, l'aspetto qualificante la mancata autorizzazione;

ritenuto

che nel caso in esame, in cui la dimora prevalente dei figli è stata dalle parti fissata presso la madre, sia pertanto doveroso considerare il regime di visita dell'altro genitore rilevandosi, in proposito, come i rapporti si presentino sufficientemente adeguati (si prevedono fine settimana alternati e un giorno infrasettimanale con pernottamento), soprattutto con riferimento al periodo in cui cesserà l'attuale attività lavorativa svolta

dal marito, imprenditore, all'estero (Sud America) , entro il corrente anno, dandosi atto che anche prima di quel momento il sig. *omissis* rientrerà periodicamente in Italia e incontrerà i figli;

che, alla luce di tale considerazione, emerge come l'omissione dell'informativa di legge non abbia in concreto influito su accordi che paiono comunque atti a garantire una relazione continuativa tra i figli minori e il genitore non collocatario;

che, conclusivamente, il dissenso da parte del Pubblico Ministero non viene in questa sede condiviso in quanto l'omesso avviso alle parti *ex art. 6* non ha comportato la definizione di un calendario di visita in contrasto con l'interesse dei minori a conservare una relazione continuativa con il padre, nel rispetto del principio di bigenitorialità.

che, in conclusione, l'accordo raggiunto dai sigg. *omissis* possa essere autorizzato.

P.Q.M.

Visto l'art. 6 del D.L. 12.9.2014 n. 132, convertito in L. 10.11.2014 n. 162, autorizza l'Accordo di separazione consensuale raggiunto a seguito di negoziazione assistita da avvocati a norma del citato art. 6 D.L. 132/2014 tra *omissis*; manda alla Cancelleria per la comunicazione alle parti.

Tribunale di Torino, sez. VII civile (famiglia), Pres. Castellani, decreto del 29 maggio 2017

Premesso

che il 13.4.2017, ritualmente difese, le parti depositavano, alla Procura della Repubblica presso questo Tribunale, Accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita, *ex legge 162/2014*, con il quale, dato atto di aver contratto matrimonio concordatario in *omissis* in data *omissis*, dichiaravano di volersi separare e di aver individuato soluzioni condivise sia in merito all'affidamento dei figli minori *omissis* e all'esercizio della responsabilità genitoriale, sia in ordine ai profili economici ed abitativi;

che in data 19.4.2017 il Pubblico Ministero riteneva di non poter accogliere la domanda "*rilevato che non si dà atto nell'accordo che i genitori sono stati informati dell'importanza che ciascun figlio trascorra tempo adeguato con entrambi i genitori*" e, pertanto, disponeva la trasmissione degli atti al Presidente di questa Sezione (in conformità alla Circolare congiunta del Tribunale e della Procura della Repubblica sottoscritta il 28 gennaio 2015) "*per quanto di competenza*";

che all'udienza 8.5.2017, fissata *ex art. 6 D.L. 132/2014*, le parti sono comparse con i rispettivi legali e hanno fornito chiarimenti in merito alla portata dell'accordo a seguito di negoziazione assistita;

considerato

che l'interpretazione della normativa sulla negoziazione assistita da avvocati di cui alla L. 162/2014, di conversione del D.L. 132/2014, e, in particolare, l'individuazione

del più corretto *iter* processuale nei casi, quale quello in oggetto, in cui il Pubblico Ministero non ritenga di poter autorizzare l'accordo negoziale tra le parti e lo trasmetta al Presidente del Tribunale si presenta piuttosto ardua stante l'estrema sinteticità del dato normativo;

che, nondimeno, a seguito dell'apporto chiarificatore dei contributi dottrinali e di alcune pronunce di merito (Pres. Tribunale Torino 15.1.2015; Pres. Tribunale Termini Imerese 24.3.2015; Pres. Tribunale Torino 20.4.2015; Pres. Tribunale di Udine 29.1.2016, in *Avvocati di Famiglia*, n. 1/2016, p. 9), può ritenersi, sulla scorta delle ragioni evidenziate nella motivazione dei menzionati provvedimenti (agevolmente consultabili su Internet), che la fase avanti al Presidente sia da ricondurre *lato sensu* alle forme del rito camerale e che al giudicante debba riconoscersi autonomia di valutazione rispetto al diniego del P.M. quanto alla portata delle condizioni della separazione o del divorzio, o della modifica delle originarie pattuizioni, anche sulla scorta delle delucidazioni che le parti possono fornire, in ordine ai punti di dissenso del P.M., comparando personalmente in udienza;

osservato

che, nel caso dei coniugi *omissis*, il parere negativo del P.M. è stato motivato con riguardo alla violazione dell'obbligo informativo nella procedura di negoziazione assistita posto a carico degli avvocati ai sensi del citato art. 6, comma 3, avente ad oggetto "l'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori" e che la censura appare fondata, in quanto dalla lettura dell'Accordo emerge non esservi alcun accenno all'avviso alle parti;

che, dovendosi a questo punto stabilire quali siano le conseguenze di siffatta omissione, posto che nel testo di legge ad essa non è ricollegata alcuna nullità, giova segnalare che il P.M. è legittimato a rifiutare l'autorizzazione "quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli", in ciò consistendo, dunque, l'aspetto qualificante la mancata autorizzazione;

ritenuto

che nel caso in esame, in cui la dimora prevalente dei figli è stata dalle parti fissata presso la madre, sia pertanto doveroso considerare il regime di visita dell'altro genitore rilevandosi, in proposito, come i rapporti si presentino in effetti assai limitati (sabato e domenica a settimane alterne e un solo pomeriggio durante la settimana, senza pernottamento);

che, alla luce di tale considerazione, emerge come l'omissione dell'informativa di legge abbia in concreto influito su accordi che non paiono sufficientemente adeguati a garantire una continuità nella relazione tra i figli minori e il genitore non collocatario;

che tale conclusione ha trovato ulteriore conferma nell'audizione personale dei coniugi, i quali hanno riferito di avere possibilità di attenersi a giorni ed orari di visita paterni più ampi di quelli risultanti dall'accordo, soprattutto per quanto concerne la permanenza nel *weekend*;

che, conclusivamente, il dissenso da parte del Pubblico Ministero viene in questa sede condiviso in quanto l'omesso avviso alle parti *ex art. 6*, pur non presidiato da una sanzione di nullità della negoziazione, ha concretamente comportato la determinazione di un calendario di visita che contrasta con l'interesse dei minori a conservare una relazione continuativa con il padre nel rispetto del principio di bigenitorialità.

P.Q.M.

Visto l'art. 6 del D.L. 12.9.2014 n. 132, convertito in L. 10.11.2014 n. 162, non autorizza, nel senso di cui in motivazione, l'Accordo 6.4.2017 raggiunto a seguito di negoziazione assistita da avvocati a norma del citato art. 6 D.L. 132/2014 tra *omissis*; manda alla Cancelleria per la comunicazione alle parti.

Tribunale di Torino, sez. VII civile (famiglia), Pres. Castellani, decreto del 15 febbraio 2017

Premesso

che con sentenza depositata il 17.6.2013 il Tribunale di Torino pronunciava la separazione dei coniugi *omissis*, i quali avevano contratto matrimonio civile il *omissis*;

che in data 11.10.2017 le parti, ritualmente difese, depositavano, alla Procura della Repubblica presso questo Tribunale, Accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita, *ex legge 162/2014*, dichiarando di aver allo scopo individuato soluzioni condivise sia in merito all'affidamento del figlio minore *omissis* e all'esercizio della responsabilità genitoriale, sia in ordine ai profili economici ed abitativi;

che il 28.11.2017 il Pubblico Ministero riteneva di non poter accogliere la domanda in quanto "*non si prevede alcun contributo per il mantenimento del figlio minore*" e pertanto, disponeva la trasmissione degli atti al Presidente di questa Sezione (in conformità alla Circolare congiunta del Tribunale e della Procura della Repubblica sottoscritta il 28 gennaio 2015) per quanto di competenza;

che all'udienza 15.1.2018, fissata *ex art. 6 D.L. 132/2014*, le parti sono comparse con i rispettivi legali e hanno fornito chiarimenti in merito alla portata dell'accordo a seguito di negoziazione assistita;

considerato

che l'interpretazione della normativa sulla negoziazione assistita da avvocati di cui alla L. 162/2014, di conversione del D.L. 132/2014, e, in particolare, l'individuazione del più corretto *iter* processuale nei casi, quale quello in oggetto, in cui il Pubblico Ministero non ritenga di poter autorizzare l'accordo negoziale tra le parti e lo trasmetta al Presidente del Tribunale si presenta piuttosto ardua stante l'estrema sinteticità del dato normativo;

che, nondimeno, a seguito dell'apporto chiarificatore dei contributi dottrinali e di alcune pronunce di merito (Pres. Tribunale Termini Imerese 24.3.2015; Pres. Tribunale Torino 20.4.2015; Pres. Tribunale di Udine 29.1.2016, in Avvocati di Famiglia, n.

1/2016, p. 9, Pres. Tribunale di Palermo, 1° 12.2016), si può ritenere, sulla scorta delle ragioni evidenziate nella motivazione dei menzionati provvedimenti (agevolmente consultabili sul *Web*), che la fase avanti al Presidente sia da ricondurre *lato sensu* alle forme del rito camerale e che al Giudicante debba riconoscersi autonomia di valutazione rispetto al diniego del P.M. quanto alla portata delle condizioni della separazione o del divorzio, o della modifica delle originarie pattuizioni, anche sulla scorta delle delucidazioni che le parti possono fornire, in ordine ai punti di dissenso del P.M., comparando personalmente in udienza;

ritenuto

che, alla stregua delle precisazioni sopra riportate, l'accordo raggiunto dai sigg. *omissis* possa essere autorizzato;

che, nel caso di specie, il dissenso del P.M. riguarda la mancata previsione di un contributo di mantenimento del figlio;

che, tuttavia, gli accordi delle parti non paiono in contrasto con il principio di proporzionalità di cui all'art. 337 *ter* c.c., considerato che la situazione patrimoniale e reddituale del marito si presenta in questa fase più critica, dovendo egli destinare importi significativi al pagamento di contributi previdenziali arretrati; inoltre i tempi dell'alternanza del figlio con ciascun genitore sono quasi paritetici (con il padre dal giovedì al mercoledì successivo) e il sig. *omissis* si è assunto in via esclusiva l'impegno di provvedere integralmente alle spese di carattere straordinario, sanitarie, scolastiche e ricreative;

che gli accordi contemplano altresì il trasferimento alla moglie della quota di proprietà dell'*ex* casa coniugale di *omissis*, pattuizione che si presenta vantaggiosa per il coniuge che è a sua volta obbligato al mantenimento del figlio *ex* art. 147 c.c., sicché l'operazione, globalmente considerata, risulta proficua anche per quest'ultimo e tale da garantirgli in prospettiva una maggior stabilità di vita;

che, intervenute le precisazioni delle parti e vagliata la documentazione prodotta, l'Accordo tra i coniugi può essere, conclusivamente, autorizzato, non risultando in contrasto con la tutela della prole.

P.Q.M.

Visto l'art. 6 del D.L. 12.9.2014 n. 132, convertito in L. 10.11.2014 n. 162, autorizza l'Accordo per lo scioglimento del matrimonio civile contratto a *omissis* il *omissis*, raggiunto a seguito di negoziazione assistita da avvocati a norma del citato art. 6 D.L. 132/2014 tra *omissis*; manda alla Cancelleria per la comunicazione alle parti.

Tribunale di Torino, sez. VII civile (famiglia), Pres. Castellani, decreto del 13 maggio 2016

Premesso

che in data 8.7.2010 il Tribunale di Torino omologava la separazione consensuale tra i coniugi;

che il 15.3.2016 i sigg. *omissis*, rappresentati e difesi rispettivamente dagli Avv.ti *omissis*, entrambi del Foro di Bergamo e appartenenti allo stesso studio professionale, depositavano, alla Procura della Repubblica presso questo Tribunale, Accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita, ex legge 162/2014, con il quale attestavano di aver concordato le condizioni per un divorzio a domanda congiunta, sia in merito all'affidamento e dimora prevalente della figlia minore *omissis*, sia in punto aspetti economici del mantenimento;

che in data 16.3.2016 il Pubblico Ministero riteneva di non poter accogliere la domanda “*rilevato che nell'accordo non si dà atto che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con entrambe i genitori; inoltre gli avvocati appartengono al medesimo studio*” e, pertanto, disponeva la trasmissione degli atti al Presidente di questa Sezione (in conformità alla Circolare congiunta del Tribunale e della Procura della Repubblica sottoscritta il 28 gennaio 2015) “*per quanto di competenza*”;

che alle udienze 18.4.2016 e 4.5.2016, fissate ex art. 6 D.L. 132/2014, le parti sono comparse con i rispettivi legali e hanno fornito chiarimenti in merito alla portata dell'accordo a seguito di negoziazione assistita, dandosi atto, inoltre, dell'avvenuta costituzione del sig. *omissis* con nuovo difensore operante in altro studio legale del Foro di Bergamo;

considerato

che l'interpretazione della normativa sulla negoziazione assistita da avvocati di cui alla L. 162/2014, di conversione del D.L. 132/2014, e, in particolare, l'individuazione del più corretto *iter* processuale nei casi, quale quello in oggetto, in cui il Pubblico ministero non ritenga di poter autorizzare l'accordo negoziale tra le parti e lo trasmetta al Presidente del Tribunale si presenta piuttosto ardua stante l'estrema sinteticità del testo normativo;

che, nondimeno, a seguito dell'apporto chiarificatore dei contributi dottrinali e di alcune pronunce di merito (Pres. Tribunale Torino 15.1.2015; Pres. Tribunale Termini Imerese 24.3.2015; Pres. Tribunale Torino 20.4.2015), si può ritenere, sulla scorta delle ragioni evidenziate nella motivazione dei menzionati provvedimenti (agevolmente consultabili su Internet), che la fase avanti al Presidente sia da ricondurre *lato sensu* alle forme del rito camerale e che al Giudicante debba riconoscersi autonomia di valutazione rispetto al diniego del P.M. quanto alla portata delle condizioni della separazione o del divorzio, o della modifica delle originarie pattuizioni, anche sulla scorta delle delucidazioni che le parti possono fornire comparando personalmente in udienza;

ritenuto

che, in considerazione delle precisazioni delle parti, l'accordo raggiunto dai sigg. *omissis* possa essere autorizzato;

che, invero, in presenza di un dissenso espresso dal P.M. sul presupposto di una mancante, o quantomeno inadeguata, informativa ai genitori circa i tempi di frequentazione di ciascun genitore, si osserva che al § 7 dell'Accordo vi è espressa menzione del principio

della congruità dei tempi e i genitori della minore hanno, in udienza, dato atto della frequentazione padre-figlia, con tempi che paiono sufficienti in rapporto ai diversi luoghi di residenza e agli impegni lavorativi paterni;

che, per quanto concerne il secondo profilo ostativo, in questa sede è stato condiviso il rilievo del Pubblico Ministero, che trova la propria ragion d'essere nell'art. 6 comma 1 del testo di legge (assistenza di ciascuna delle parti da parte di un difensore), interpretato alla luce delle disposizioni del Codice Deontologico forense vigente che, all'art. 24 comma 5, trattando del conflitto di interessi, contempla espressamente un dovere di astensione nel caso in cui le parti abbiano interessi confliggenti, astensione che è prescritta anche nel caso in cui i difensori "siano partecipi di una stessa società di avvocati o associazione professionale o che esercitino negli stessi locali e collaborino professionalmente in maniera non occasionale" (consta, per inciso, l'emanazione di una precisa Raccomandazione in tale senso da parte del locale Ordine degli Avvocati dopo l'entrata in vigore della normativa in esame);

che, pertanto, è stata segnalata alle parti l'esigenza di rimuovere l'ostacolo in questione e le stesse vi hanno provveduto, attraverso la nomina dell'Avv. *omissis* da parte del sig. *omissis*, restando comunque invariate le condizioni di cui all'Accordo;

ritenuto

che, come già sottolineato, la particolarità della procedura *ex art. 6*, secondo la più plausibile interpretazione letterale delle scarse parole utilizzate dal Legislatore, conferisce al Presidente il potere di *provvedere*, in caso di rifiuto del Pubblico ministero, senza eccezione alcuna rispetto alle varie procedure di negoziazione menzionate nell'intestazione dell'articolo;

che, intervenute tali precisazioni a cura delle parti, l'accordo tra i coniugi essere conclusivamente autorizzato.

P.Q.M.

Visto l'art. 6 del D.L. 12.9.2014 n. 132, convertito in L. 10.11.2014 n. 162, autorizza l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita da avvocati a norma del citato art. 6 D.L. 132/2014 tra *omissis*; manda alla Cancelleria per la comunicazione alle parti.

Tribunale di Torino, sez. VII civile (famiglia), Pres. Castellani, decreto del 20 aprile 2015

Premesso

che con sentenza 31.1.2006 il Tribunale di Torino dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato il *omissis* tra *omissis* e poneva a carico del marito l'obbligo di contribuire al mantenimento della figlia *omissis* e del coniuge con assegni rispettivamente dell'importo di € 413,17 ed € 154,93, oltre alla partecipazione al pagamento delle spese "extra" necessarie per la figlia;

che, successivamente, con scritture private datate 24 e 31 marzo 2011, le parti dato atto del peggioramento delle condizioni economiche del marito si accordavano per la revoca del contributo economico all'ex coniuge e per la riduzione di quello destinato alla figlia, fissato in € 300,00, lasciando invariata la quota di partecipazione alle spese;

che il 5.3.2015 *omissis, omissis* (diventata maggiorenne) e *omissis*, ritualmente difesi, depositavano alla Procura della Repubblica presso questo Tribunale Accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita, ex legge 162/2014, con il quale, oltre alla “formalizzazione” della revoca del contributo in favore del coniuge, si prevede una riduzione dell’assegno di mantenimento per la figlia, maggiorenne ma non economicamente indipendente, ad € 200,00 mensili, oltre alla partecipazione alla metà delle spese;

che in data 20.3.2015 il Pubblico Ministero riteneva di non poter accogliere la domanda “*rilevato che trattasi di accordo trilaterale, non rispondente al dettato normativo*” e, pertanto, disponeva la trasmissione degli atti al Presidente di questa Sezione (in conformità alla Circolare congiunta del Tribunale e della Procura della Repubblica sottoscritta il 28 gennaio 2015) “*per quanto di competenza*”;

che all’udienza, fissata ex art. 6 D.L. 132/2014, le parti sono comparse con i rispettivi legali e hanno fornito chiarimenti in merito alla portata dell’accordo a seguito di negoziazione assistita, con particolare riferimento alla posizione della figlia, chiedendo al Presidente il rilascio dell’autorizzazione;

che in tale occasione è stata sentita altresì la figlia maggiorenne, la quale a sua volta ha manifestato piena adesione a quanto concordato tra i genitori in punto mantenimento;

considerato

che l’interpretazione della recente normativa sulla negoziazione assistita da avvocati di cui alla L. 162/2014 di conversione del D.L. 132/2014 e, in particolare, l’individuazione del più corretto percorso processuale per i casi, quale quello in oggetto, in cui il Pubblico ministero non ritenga di poter autorizzare l’Accordo negoziale intervenuto tra le parti e trasmetta lo stesso al Presidente del Tribunale si presenta particolarmente ardua stante la peculiare natura di una nuova procedura, che dichiaratamente vuol porsi in alternativa a quelle tradizionalmente volte alla separazione dei coniugi, al divorzio o alla modifica delle relative condizioni per via giudiziale, tanto che il titolo del decreto legge fa esplicitamente cenno a misure di “degiurisdizionalizzazione” atte a contenere la dimensione del contenzioso civile e, soprattutto, per via dell’assoluta laconicità del testo normativo (“... lo trasmette ... al presidente del Tribunale ... il quale ... *provvede senza ritardo*”);

che, tuttavia, a seguito dell’apporto chiarificatore di vari contributi dottrinali e di alcune pronunce “pilota” (Presidente Tribunale Torino 15.1.2015, in Famiglia e Diritto, 4/2015, p. 390; Presidente Tribunale Termini Imerese 24.3.2015, in *www.ilcaso.it*) sembra potersi ormai affermare con un buon grado di sicurezza, per le ragioni già evidenziate nella motivazione dei menzionati provvedimenti, cui si rinvia, che la nuova competenza demandata al Presidente in presenza del diniego del P.M. non comporti una conversione della procedura e l’insaturazione di un giudizio ordinario di separazione, divorzio o modifica delle relative condizioni, ma introduca una procedura nuo-

va e in parte atipica, essendo qui sufficiente aggiungere, rispetto agli argomenti svolti nei citati precedenti giurisprudenziali, che al Presidente è demandata la decisione circa la congruità dell'accordo privato, disatteso dalla Procura della Repubblica, persino in casi , come quello in esame, in cui, sulla base delle disposizioni processuali vigenti – e qui sta uno degli aspetti atipici - , la competenza spetterebbe al Tribunale in composizione collegiale (artt. 710 c.p.c. , 9 legge divorzio);

che, sul piano sistematico e tenendo ben presenti i principi fondamentali che regolano la giurisdizione relativa ai rapporti familiari, in particolare afferenti alle vicende del matrimonio (quali di recente riaffermati da Cass. SS. UU. 17.7.2014 n. 16379, in materia di delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio) e alla tutela del superiore interesse dei figli, in particolare se di minore età, nella crisi familiare (e basti qui citare la Convenzione Europea 25.1.1996 sui diritti del fanciullo , ratificata con legge 20 marzo 2003 n. 77, nonché richiamare il tenore degli artt. 336 *bis* e 337 *octies* c.c.) il coinvolgimento del Presidente, ovvero dello stesso organo competente per la prima fase delle cause di separazione e divorzio, non può che interpretarsi quale passaggio a garanzia di diritti indisponibili, in particolare di quelli riferibili alla posizione dei figli, tanto più che il diniego del Pubblico ministero (al quale la normativa in esame attribuisce analogo compito, da svolgere, tuttavia, “in prima battuta” e senza la possibilità di una decisione definitiva, attesa la peculiare posizione di parte pubblica attribuitagli dall'Ordinamento giudiziario), apre una criticità nella vicenda, mettendo in forse la possibilità che un tutela adeguata della prole sia nello specifico caso raggiungibile attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale quale evidenziata dalle condizioni di cui all'accordo;

che, sul piano più strettamente processuale, la fase avanti al Presidente, che si apre con la ricezione dell'Accordo, della documentazione allegata e del rifiuto da parte della Procura della Repubblica, può essere in senso lato ricondotta alle forme del giudizio camerale (pur discostandosi dalle disposizioni comuni degli artt. 737 ss. c.p.c.), che rappresenta un contenitore processuale per così dire “minimo” (autorevole dottrina ha utilizzato l'efficace l'espressione di “incidente giurisdizionale” della negoziazione assistita), ma al contempo imprescindibile se, come detto, le finalità dell'intervento sono quelle sopra delineate, per il perseguimento delle quali il Presidente ha, inoltre, una possibilità di interlocuzione diretta con le parti, in occasione dell'udienza *ex art. 6*, senz'altro utile per meglio vagliare gli aspetti critici posti in evidenza del diniego del Pubblico ministero, per il quale la legge sembra precludere analoga possibilità;

che, per quanto concerne lo “spazio di azione” del Presidente in presenza del rifiuto del P.M., pur dovendosi escludere la possibilità di autorizzare condizioni troppo differenti da quelle depositate alla Procura della Repubblica, pena, diversamente opinando, lo svuotamento della funzione che la normativa attribuisce a tale organo, insieme ai difensori dei coniugi “*protagonista principale*” del percorso di negoziazione assistita (così Pres. Tribunale Torino, 15.1.2015, cit.), va nello stesso tempo affermato come, in linea con i principi generali che presidono al rapporto tra parte pubblica e organo giudicante, al Presidente sia demandato altresì un riesame delle conclusioni cui il P.M. è pervenuto con il proprio diniego che, in qualche caso, potrebbe risultare non fondato o anche solo non condivisibile alla luce di una più attenta considerazione della condi-

zione e delle esigenze dei figli, valutazioni indubbiamente facilitate dalla comparizione delle parti nel corso dell'udienza, con i chiarimenti che essa può apportare;

che, infine, con particolare riferimento alla posizione del figlio maggiorenne ma non economicamente autonomo, autorevole dottrina ha posto in evidenza le carenze del nuovo istituto, atteso che nessuna prerogativa è riconosciuta dal D.L. 132/2014 convertito in legge a questo tipo di prole e ciò nonostante la giurisprudenza da tempo abbia affermato la possibilità di intervento, autonomo o adesivo nei confronti delle domande di uno dei coniugi, in caso di giudizio contenzioso (Cass. 19.3.2012 n. 4296);

che, in proposito, il suggerimento che giunge dalla stessa dottrina, nel senso di consentire attraverso un'interpretazione evolutiva del testo di legge la partecipazione diretta del figlio maggiorenne alla convenzione di negoziazione assistita e all'Accordo che la conclude sembra discostarsi troppo dal tenore letterale dell'art. 6, mentre non appare ostativo all'accoglimento della richiesta autorizzazione delle parti l'eventuale documentazione in atti di un consenso preventivo agli Accordi raggiunti dai contraenti da parte dello stesso figlio maggiorenne, e ciò allo scopo di dare maggior stabilità agli accordi stessi o prevenire una possibile impugnazione da parte del figlio, legittimato, se non l'instaurazione, da parte del medesimo, di un giudizio contenzioso nei confronti dell'uno o dell'altro genitore;

ritenuto

che, alla luce delle precisazioni sopra riportate, l'accordo raggiunto dai sigg. *omissis* possa essere, con le precisazioni che seguono, autorizzato;

che, come già sottolineato, la particolarità della procedura ex art. 6, secondo la più plausibile interpretazione letterale delle scarse parole utilizzate dal Legislatore, conferisce al Presidente il potere di *provvedere*, in caso di rifiuto del Pubblico ministero, senza eccezione alcuna rispetto alle varie procedure di negoziazione menzionate nell'intestazione dell'articolo e, quindi, altresì nei procedimenti volti alla modifica delle condizioni di divorzio (art. 9 legge 898/1970);

che, nel caso di specie, il dissenso del P.M. non attiene propriamente alle condizioni relative ai rapporti economici tra familiari, ma alla forma stessa dell'Accordo di negoziazione assistita, circostanza che non comporta particolari preclusioni, dovendosi ritenere che il sindacato del Presidente possa ben riguardare anche profili di sussistenza dei requisiti formali della negoziazione;

che, quanto alla posizione della figlia maggiorenne *omissis*, i richiedenti hanno spiegato che la giovane è stata fatta partecipe dell'Accordo depositato al fine di comprovare la rispondenza delle nuove condizioni – leggi riduzione dell'assegno mensile – alle sue personali esigenze, stante l'autonoma legittimazione processuale precisandosi, in ogni caso, che le relative determinazioni sul punto sono la risultante della negoziazione assistita dai rispettivi legali;

che, sul punto, la figlia maggiorenne ha dichiarato in udienza, consapevole del dissenso del Pubblico ministero rispetto a un Accordo di tipo trilaterale, di abbandonare di buon grado la procedura, avendo piena fiducia negli accordi raggiunti, in merito al suo mantenimento, tra la madre, con cui ella convive, ed il padre;

CESARE CASTELLANI

che, intervenute tali precisazioni a cura delle parti, l'accordo tra gli *ex* coniugi può essere, conclusivamente, autorizzato, anche per ragioni di economia processuale e avuto presente, *lato sensu*, il principio di conservazione degli atti processuali.

P.Q.M.

Visto l'art. 6 del D.L. 12.9.2014 n. 132, convertito in L. 10.11.2014 n. 162, autorizza l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita da avvocati a norma del citato art. 6 D.L. 132/2014 tra *omissis*; manda alla Cancelleria per la comunicazione alle parti.

MARIA CRISTINA BRUNO VOENA

Avvocato del Foro di Torino

Il ruolo dell'avvocato a seguito dell'introduzione legislativa della "alternative dispute resolution" *

SOMMARIO: 1. Dall'avvocato "processualista" all'avvocato "mediatore-negoziatore". – 2. Il ruolo dell'avvocato nella ADR. – 3. Le nuove competenze dell'avvocato nella ADR.

1. Dall'avvocato "processualista" all'avvocato "mediatore-negoziatore"

La riforma che ha introdotto, con la l. n. 162/2014, la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio attribuisce all'avvocato un nuovo, ulteriore ruolo, che si affianca a quello tradizionale di "avvocato processualista".

Un esame delle norme che regolamentano la nostra professione potrà meglio chiarire il concetto sopra espresso.

Il codice deontologico forense definisce l'avvocato come "difensore della parte nel processo"¹, così come la legge professionale forense gli attribuisce, quali attività esclusive, "l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi" e, laddove egli operi in campo stragiudiziale, la consulenza e l'assistenza "ove connessa all'attività giurisdizionale"². L'avvocato, in virtù della "fun-

* Si precisa che i pensieri espressi nella presente relazione sono frutto di riflessioni ed approfondimenti effettuati con l'avv. Daniela Stalla.

1 Art. 1 codice deontologico forense: "L'avvocato tutela, in ogni sede, il diritto alla libertà, l'invulnerabilità e l'effettività della difesa, assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio".

2 Art. 2, commi 5° e 6° l. 31 dicembre 2012, n. 247.

zione sociale” attribuitagli – anche in tal caso – dalla legge³ si vede riconosciuta, altresì, una propensione alla composizione dei conflitti familiari che lo induce a conciliare il maggior numero possibile di vertenze mediante una trattativa svolta avendo quale fine il perseguimento dell'interesse del cliente a salvaguardare i diritti relazionali tra le parti stesse e rispetto ai figli.

I dati statistici relativi al Tribunale di Torino ci dicono, infatti, che circa il 65% dei conflitti familiari condotti con il metodo “tradizionale” si conclude con un accordo⁴. Viene dunque spontaneo chiedersi perché il legislatore abbia voluto introdurre una specifica figura di avvocato “mediatore-negoziatore” se l'attività svolta dall'avvocato, nei fatti, porta comunque molto spesso ad una composizione del conflitto.

La risposta va ricercata proprio nella differenza tra i due ruoli interpretati dal professionista.

L'avvocato inteso in senso tradizionale, anche quando non opera “nel processo”, ma in ambito stragiudiziale, svolge, comunque, la propria attività “all'ombra del processo”: egli, cioè, agisce con l'obiettivo di fornire al cliente una soluzione concordata della vertenza il più possibile conforme al provvedimento giurisdizionale che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, verrebbe emesso nel caso di specie.

Simile atteggiamento è ravvisabile sin dal primo incontro tra il cliente e l'avvocato. Quest'ultimo, infatti, nel porsi all'ascolto, focalizza la propria attenzione unicamente sugli aspetti della vicenda narrata utili alla formulazione di un parere che avrà ad oggetto il probabile esito di un eventuale procedimento contenzioso e la conseguente indicazione del miglior risultato conseguibile nel caso in cui la vertenza si dovesse concludere con un ac-

3 Cfr., tra gli altri, l'art. 10 codice deontologico forense (“l'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa”), nonché, in ambito europeo, il punto 6 Commento alla Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo, adottata nella sessione plenaria del CCBE l'11 maggio 2006 (“il compito dell'avvocato, a prescindere dal fatto che difenda una persona fisica, un ente o lo Stato, è quello di consigliare e rappresentare fedelmente il cliente agendo come professionista rispettato dai terzi e come attore imprescindibile per la buona amministrazione della giustizia. L'avvocato che riunendo in sé tutti questi elementi, persegue fedelmente gli interessi del suo cliente e garantisca il rispetto dei suoi diritti, svolge anche una funzione sociale che è quella di prevenire ed evitare i conflitti”).

4 I dati, raccolti dalla Sezione VII del Tribunale civile di Torino prima della conciliazione davanti al giudice mediante la compilazione di appositi modelli ISTAT, non tengono conto né delle vertenze familiari concluse mediante negoziazione assistita, né di quelle che si svolgono dinnanzi all'Ufficiale di Stato civile.

cordo⁵. In tal modo, il professionista esprime una posizione che il cliente, ancorandovisi, farà propria. Ovvio che la controparte ancorerà, viceversa, la sua – ma speculare – posizione, scaturita da un analogo comportamento tenuto dal proprio avvocato.

A tal punto, i due legali, onde addivenire ad un accordo dalle caratteristiche descritte, avviano una trattativa – che si potrebbe definire “mercatale” – di reciproco avvicinamento tra le due posizioni, utilizzando strumenti quali la minaccia di interrompere il dialogo ed avviare un contenzioso in sede processuale, nonché la difesa degli argomenti del cliente ponendoli in termini di ragione o torto, di buona o mala fede, di giusto o ingiusto.

Nel frattempo, poiché è doveroso considerare la possibilità di un fallimento della trattativa, l’avvocato deve impegnarsi in un’attività parallela, finalizzata all’esito positivo di un eventuale processo. Egli, quindi, consiglia al cliente di tenere comportamenti che non implicino rinuncia spontanea alla linea di difesa concordata, invia diffide, scrive lettere di contestazione, raccoglie mezzi di prova, accettando, così, il rischio di inquinare le relazioni all’interno di quella famiglia, anche per il futuro.

Ove l’accordo venga, poi, raggiunto, poiché, come si è detto, le parti erano già ancorate alle rispettive posizioni, la difficoltà di staccarsi dagli ancoraggi – indipendentemente dalla loro effettiva rilevanza o rispondenza ad una reale necessità – può essere vissuta come una violenza⁶ tale da favorire, ancora una volta, il deterioramento dei rapporti familiari, con conseguenze negative per il benessere dei figli.

Inoltre, se l’accordo è stato raggiunto dagli avvocati, che hanno fatto riferimento ad uno schema preconstituito utilizzabile in tutti i casi simili tra loro, appare di tutta evidenza che i termini della composizione potrebbero non attagliarsi perfettamente alla specifica famiglia cui si riferiscono e non essere, pertanto, del tutto soddisfacenti.

5 Le informazioni utili sono quelle che ruotano intorno ai tre punti fondamentali trattati in via pressoché esclusiva dai provvedimenti in materia: contributo al mantenimento, assegnazione della casa familiare, affidamento dei figli e conseguente regolamentazione dei loro tempi di permanenza presso i genitori.

6 Lo studio dei processi cognitivi che in maniera del tutto inconsapevole dirigono e influenzano la maggior parte delle nostre decisioni quotidiane e, in particolare, l’approfondimento rispetto agli effetti dell’ancoraggio sulle decisioni economiche è merito di due psicologi israeliani, Daniel Kahneman e Amos Tversky, inventori della c.d. “economia comportamentale”.

2. Il ruolo dell'avvocato nella ADR

Qualora le coppie intendano fare ricorso ai metodi alternativi al giudizio la funzione dell'avvocato deve cambiare radicalmente⁷.

Muta, altresì, il ruolo delle parti, che, nell'affrontare la separazione, il divorzio o la cessazione della convivenza, divengono, davvero, protagonisti delle scelte relative al loro futuro e costruiscono, assistite da una nuova figura di avvocato, un accordo adatto alle loro esigenze e, quindi, maggiormente duraturo, oltre che fondato sulla continuità dei loro rapporti quali genitori consapevoli. Queste caratteristiche non possono che avere una positiva influenza sul benessere dei figli, che ricevono, così, autentica tutela.

La diffusione delle procedure basate sui metodi della negoziazione non deve, quindi, essere vissuta dagli avvocati solamente come una risposta alle carenze del sistema giudiziario: il legislatore ha lanciato una scommessa che bisogna saper vincere affrontando con competenza il nuovo ruolo che viene attribuito ai legali.

Il primo passo da compiere nel percorso che deve portare a raggiungere quella competenza di cui si è appena detto è prendere in esame la normativa in materia.

Anzitutto, corre l'obbligo di richiamare l'art. 16, comma 4-*bis*, della legge che disciplina la mediazione civile: qui, attraverso una sorta di investitura "divina", l'avvocato si vede attribuire "di diritto" un ruolo – quello di mediatore⁸ – lontano da quello tradizionale, da lui mai praticato e, però, foriero di nuove, importanti responsabilità.

Inoltre, alla norma appena rammentata, fa eco il codice deontologico forense, che, all'art. 27, nella sua più recente formulazione, impone all'avvocato di informare la parte assistita della possibilità di avvalersi della mediazione e di renderla edotta dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario⁹.

Infine, le più rilevanti indicazioni circa la fondamentale differenza tra il ruolo dell'avvocato che conduce una trattativa stragiudiziale finalizzata ad un accordo di separazione, divorzio o cessazione della convivenza in sede giurisdizionale e quello che lo vede assistere le parti in una negoziazione assistita ci vengono fornite proprio dalla legge introduttiva dell'istituto della negoziazione assistita. L'art. 2 stabilisce, infatti, che sono le parti – assistite dagli avvocati – a "lavorare", a collaborare, in prima persona, per il raggiungimento dell'accordo, a condurre una trattativa improntata a lealtà e buona

7 Per un approfondimento sul cambiamento di ruolo dell'avvocato, cfr., MACFARLAINE, *The new lawyer, how settlement is transforming the practice of law*, UBC Press, USA, 2008.

8 Art. 16, comma 4-*bis*, d.lgs. 4 marzo 2010, n.28: "gli avvocati sono di diritto mediatori".

9 Art. 27 codice deontologico forense.

fede, a risolvere la controversia “in via amichevole”.

Dunque, tutto cambia nella risoluzione della controversia di famiglia che avviene fuori dal tribunale: le parti diventano protagoniste dell'accordo e delle scelte che condizioneranno la loro vita futura, la trattativa si incentra necessariamente sulla sincerità e sulla serietà, la discussione viene condotta con l'intento di giungere ad una soluzione finale senza fare ricorso al giudice.

Così, il conflitto cambia i propri connotati: non è più il “processo” gestito dagli avvocati con uno schieramento di forze atte a consentire l'avvicinamento della decisione del giudice – ovvero, in caso di presentazione di ricorso congiunto, dei termini dell'accordo – alle richieste delle parti, ma è la conseguenza del corto circuito avvenuto nella comunicazione fra due persone che, fino ad un certo momento della loro vita, sono riuscite ad assumere decisioni comuni ed a condividere le rispettive esperienze: in sintesi, hanno costruito insieme una famiglia e “si sono volute bene”.

È indubbio che, quando si reca dall'avvocato per separarsi, il cliente sta attraversando uno tra i momenti più difficili dell'esistenza. Egli si sente minacciato e, al contempo, confuso e, pur essendo chiamato ad assumere decisioni determinanti per il futuro, riesce a ragionare in modo limitato. Come ci insegnano, ormai, le neuroscienze, in simili momenti interviene soltanto la parte primordiale del cervello, che suggerisce alla persona comportamenti emergenziali, non elaborati in modo razionale; sicché, le richieste formulate in quel momento non rappresentano realmente la soluzione dei problemi che la affliggono.

In questa situazione, diventa necessario attuare un intervento mirato, che consenta il recupero della comunicazione. Così, l'avvocato diventa colui che fornisce al cliente la consulenza e l'assistenza necessari a fargli raggiungere un accordo amichevole, evitando il processo. Ne consegue che, ove intenda operare con coerenza rispetto al ruolo che gli compete, laddove la negoziazione fallisca ad uno stadio avanzato, egli sarà tenuto – pur in assenza di una specifica norma deontologica in tal senso – a non assistere la parte nell'eventuale giudizio contenzioso.

3. Le nuove competenze dell'avvocato nella ADR

Definito il ruolo da svolgere, tocca, ora, soffermare l'attenzione – benché limitandoci a qualche cenno, posto che l'argomento è troppo vasto per essere approfondito esaustivamente in questa sede – sulle competenze specifiche

dell'avvocato¹⁰. Naturale che, per condurre efficacemente una negoziazione assistita, si debbano conoscere le tecniche di negoziazione¹¹.

È fondamentale, anzitutto, mettere in atto un "ascolto attivo"¹².

Il principale difetto riscontrabile nella comunicazione sta, infatti, nella scarsa attenzione che noi siamo soliti porre verso chi parla: quasi sempre, infatti, non ci preoccupiamo di capire fino in fondo ciò che ci viene detto perché, ad un certo punto, smettiamo di ascoltare ed iniziamo ad elaborare, nella nostra mente, la risposta più azzeccata da fornire.

La tecnica dell'ascolto attivo può essere applicata sia nel dialogo tra avvocato e cliente, sia nel dialogo tra i due avvocati, sia – nel corso della negoziazione – nel rapportarsi direttamente con l'altra parte. Può essere, poi, anche insegnata al cliente per migliorare la comunicazione all'interno della trattativa.

Con l'ascolto attivo, l'avvocato si pone di fronte al conflitto della coppia in un modo non giudicante né propositivo: egli, semplicemente, offre a chi parla uno "specchio" dove vedere riflessa la propria comunicazione, consentendogli "di sentirsi riconosciuto e accettato, e al tempo stesso di approfondire il suo pensiero o anche eventualmente di rettificarlo" e, nel contempo, dando modo agli altri soggetti presenti al tavolo di "riascoltare la comunicazione, attraverso un canale diverso che spesso apre ad una ricettività più profonda ed è l'occasione per una maggiore chiarezza"¹³. Al "rispecchiamento"

10 Le teorie espone traggono origine dallo studio sull'applicabilità alla negoziazione assistita delle nozioni apprese e delle tecniche utilizzate nell'ambito della pratica collaborativa. Quest'ultima, nata nel 1990 da un'idea dell'avvocato statunitense Stuart Webb, è una procedura non contenziosa che si pone il fine di raggiungere un accordo in materia familiare mediante negoziazione ispirata ai principi etici di buona fede, trasparenza e riservatezza, focalizzandosi sull'autodeterminazione delle parti, con lo scambio onesto, volontario e leale di tutte le informazioni importanti, protette dall'obbligo di riservatezza, senza la minaccia dell'uso del giudizio contenzioso. In Italia, la pratica collaborativa ha fatto ingresso nel 2010, quando sono stati organizzati, da docenti americani, i primi corsi che hanno consentito l'applicazione pratica di un metodo particolarmente efficace nella trattazione delle vertenze connesse alla crisi familiare.

Per un approfondimento della materia, cfr. CAMERUN, *Pratica collaborativa, approfondiamo il dialogo. Un percorso innovativo nei conflitti familiari*, a cura di Mordiglia, Milano 2016; SALA, MENICHINO, *La pratica collaborativa*, Milano, 2017; WEBB, OUSKY, *The Collaborative way to divorce*, Hudson Street press, 2006; www.praticacollaborativa.it.

11 Per un approfondimento della materia v., tra i tanti, SALA, *Gli strumenti alternativi di composizione delle controversie familiari*, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da Bonilini, Vol. III, Torino, 2016, 2013 ss.; FRIEDMAN, HIMMELSTEIN, *Challenging Conflict: Mediation Through Understanding*, American Bar Association, 2008.

12 V., sul punto, FISHER, URY, PATTON, *L'arte del negoziato*, Milano, 2010, 64 ss.

13 ZECCA, *Il metodo collaborativo*, in Sala, Menichino, *La pratica collaborativa*, Milano,

si affianca la “riformulazione”, che consiste nel rielaborare quanto espresso dalla parte al tavolo della negoziazione mettendo in luce gli aspetti positivi, i punti di possibile incontro, gli interessi comuni.

Una simile tecnica comporta senza dubbio un’estrema attenzione verso ciò che viene detto dalle parti ed implica, perciò, la necessità assoluta di consentire loro la massima libertà di espressione. Devono essere garantiti il pieno rispetto verso qualsiasi pensiero manifestato, l’autentico impegno a non interrompere l’interlocutore, a non orientarlo verso possibili soluzioni pre-costituite – quand’anche fossero quelle che verrebbero probabilmente adottate dal giudice in un eventuale processo – lasciando ampio spazio all’auto-determinazione e, addirittura, valorizzandola. Di estrema importanza è, poi, la cura del linguaggio cui i partecipanti al tavolo devono essere guidati: nella negoziazione, non c’è una “controparte”, ma vi è “l’altra parte”, non si avanzano “pretese” ma si formulano “richieste”, non si ricorre mai alla minaccia di “andare in giudizio” e non si strumentalizzano le parole altrui.

Così, si va “oltre” le posizioni espresse e le parti riescono a far emergere gli interessi autentici che vorrebbero vedere tutelati e sui quali è possibile avviare la negoziazione.

Nel mondo delle procedure alternative al contenzioso, la distinzione tra posizione e interessi è fondamentale: la prima, infatti, è la pretesa di ottenere un certo risultato che si esprime presentando un’esplicita richiesta; i secondi, invece, sono i bisogni, le paure, le preoccupazioni, i desideri che sottono alla richiesta e la sorreggono. È con l’esplicitazione e l’identificazione di questi ultimi che diventa possibile comprendere e far comprendere come, in realtà, spesso, dietro a due posizioni apparentemente antitetiche possano celarsi interessi comuni, come esistano modi diversi di soddisfarli¹⁴, come, se si tiene la mente aperta, le soluzioni di un problema possano essere molte e come sia più facile, quindi, trovarne una che consenta di raggiungere un accordo consapevole¹⁵.

A tal punto, sorge spontanea la domanda: posto che l’avvocato è, comun-

2017, 120-121.

14 Giova, qui, ricordare che l’utilizzo delle tecniche di negoziazione consente di trovare una soluzione finale definita “win-win”: le parti, cioè, escono entrambe vincitrici dalla trattativa perché hanno potuto vedere soddisfatti i loro interessi grazie ad un attento ascolto dei loro bisogni e delle loro preoccupazioni. Soccorre, qui, l’esempio che viene spesso introdotto per esplicitare gli effetti positivi della pratica collaborativa: due bambine litigano per avere un’arancia che si trova sul tavolo. La mamma, per farle smettere, taglia l’arancia a metà. Le bambine piangono e non si mostrano contente. Quando la mamma approfondisce la questione, emerge che una delle due voleva la polpa, mentre l’altra voleva la buccia per fare i canditi.

15 Cfr., FISHER, URY, PATTON, *Conflict: Mediation Through Understanding*, cit., 72 ss.

que, un “consulente giuridico”, come trova ingresso il diritto nel quadro sopra rappresentato?

Il cliente deve comunque – perché lo impone il codice deontologico forense – essere informato sulla legge applicabile, sugli orientamenti giurisprudenziali relativi ai casi analoghi al suo e sul possibile risultato ottenibile in sede giudiziale. Egli va, però, al tempo stesso, guidato a riflettere sulle incertezze della causa, sugli aspetti negativi del processo, sul fatto che quella conseguente ad una stretta interpretazione di diritto è solo una delle soluzioni praticabili, perché la sua capacità di autodeterminazione può aiutarlo a costruire un futuro diverso e davvero rispettoso delle proprie esigenze e di quelle della sua famiglia. È importante, poi, fargli comprendere che i suoi figli vedranno tutelati i loro diritti non da uno, ma da ben due avvocati.

La figura del “negoziatore” sopra delineata fa ben comprendere quanto sia diverso il ruolo che l'avvocato assume nelle procedure alternative al giudizio e come l'assunzione corretta di questo ruolo costituisca il mezzo più importante per restituire al tribunale le questioni di sua esclusiva competenza¹⁶.

16 Viste le caratteristiche della negoziazione assistita, ne è evidente l'inutilizzabilità quando si riscontri un forte squilibrio psicologico tra le parti, ovvero in situazioni di violenza intra-familiare, di disagio mentale o di seria inadeguatezza genitoriale.

Parte II: gli altri ordinamenti

VINCENT EGÉA

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à Aix-Marseille Université, Laboratoire de droit privé et sciences criminelles

Le divorce par consentement mutuel sans juge en droit français

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Le déroulement du divorce par consentement mutuel sans juge. – 2.1 Les conditions du divorce par consentement mutuel « sans juge ». – 2.2. L’articulation entre le divorce sans juge et la procédure de divorces contentieux. – 2.3. Le contenu de la convention de divorce par consentement mutuel. – 3. Le dénouement du divorce par consentement mutuel sans juge. – 3.1. Les différentes étapes du dénouement du divorce sans juge. – 3.2. Les effets à l’égard des tiers. – 3.3. La remise en cause de la convention enregistrée.

1. Introduction

1. En France, le divorce sans juge constitue ce que l’on nomme un « serpent de mer », c’est à dire un sujet dont on parle sans cesse, qui ressurgit régulièrement dans les débats, sans pour autant que quiconque ne le voit apparaître. Du moins, le divorce par consentement mutuel sans juge constituait un tel sujet jusqu’à la loi dite *Justice 21* du 18 novembre 2016, qui a effectivement procédé à un déjudiciarisation de ce type de divorce¹.

2. Dans les longs débats qui, depuis des années², ont concerné cette ques-

1 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du 21^e siècle.

2 Sur l’ensemble des propositions précédemment formulées, cf. R. BARTHÉLÉMY, « Interrogeons nos pratiques », in *Divorce sans juge*, dossier spécial *Revue Droit de la famille*, 2016, dossier, article n° 27 (éditions LexisNexis).

tion, ce sont les modalités d'un divorce sans juge qui ont posé des difficultés³. Qui doit se charger d'un tel divorce, faute de juge ? Convenait-il de le confier à un notaire, un avocat ou à un officier de l'état civil ? L'on s'interrogea aussi sur le champ matériel de ce divorce sans juge. Fallait-il le réserver seulement aux couples sans patrimoine et sans enfant mineur ? Ou bien, devait-on l'étendre à l'ensemble des couples mariés ? Certains droits étrangers, comme le divorce notarié en Espagne⁴ fournirent des modèles au législateur national. Dans ce divorce espagnol, une homologation judiciaire de la convention de divorce demeure en présence d'un enfant mineur.

3. En ce qui concerne le débat relatif au divorce sans juge en France⁵, les justifications avancées furent nombreuses. Tout d'abord, un souci d'économie des deniers publics suppose qu'il serait possible de déployer vers d'autres tâches des magistrats jusque-là chargés d'homologuer des conventions de divorce par consentement mutuel⁶. Ensuite, la déjudiciarisation exprimerait une aspiration contemporaine à l'autonomie des sujets de droit en général et des membres de la famille en particulier. Enfin et dans une perspective voisine à celle qui précède, la déjudiciarisation exprimerait une logique consensuelle et d'autodétermination, en permettant aux époux de se réapproprier la gestion de leur séparation, en étant abstraits de l'autorité d'un tiers.

4. Les deux dernières explications peuvent être discutées car, dans l'ancien divorce par consentement mutuel, existant jusqu'au 1^{er} janvier 2017, le juge intervenait finalement, en homologuant, pour dire ce que l'ordre juridique tolère et ce qu'il prescrit, mais son intervention demeurait moins prégnante que pour un divorce contentieux. Certains auteurs considèrent que la réforme française constituerait un projet politique dont on peine parfois à voir la finalité⁷. Pour finir sur les arguments au soutien de la réforme, un parallélisme des formes fut également mis en avant. Puisque le juge n'in-

3 Sur l'ensemble de la question, cf. V. EGÉA, *Droit de la famille*, éd. LexisNexis, Paris, 2016, spéc. n° 247 s.

4 Le divorce notarié a été créé en Espagne par une loi n° 15/2015 du 2 juillet 2015.

5 Cf. P. DELMAS-GOYON, dir., *Le juge du XXI^e siècle*, rapp. officiel, éd. La documentation française, 2013 ; H. FULCHIRON, « Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial ») », *Recueil Dalloz* 2008, p. 365 ; S. GUINCHARD, dir., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, éd. La documentation française, 2008.

6 Un rapport officiel, rédigé sous l'égide du Recteur Guinchard démontra qu'un tel calcul lié aux dépenses publiques était inexact en chiffrant le nombre de postes de magistrat « économisés » à une moins d'une dizaine de postes seulement. S. GUINCHARD, dir., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, éd. La documentation française, 2008.

7 Cf. J. CASEY, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur », *AJ fam.* 2017.14

tervient pas au moment de la formation du mariage, il ne devrait pas être présent non plus lors de sa dissolution par divorce.

5. Au-delà de ces causes de la déjudiciarisation, la loi a désormais été adoptée et la question essentielle se trouve maintenant du côté des rôles et des places respectives de l'avocat et du notaire⁸. De manière concrète, il est utile de dépasser les enjeux de telle ou telle profession pour voir plus globalement si ce divorce-là ne va constituer qu'une étape ou s'il demeurera un stade d'aboutissement. Par exemple, en Espagne sur l'année 2016, il n'y a eu que 4.600 divorces notariés seulement⁹. Si les professionnels du droit français ne s'en saisissent pas au profit du divorce accepté, il ne s'avère pas impossible que demain l'on aboutisse à une privatisation totale de l'accès à l'état civil. Le risque est donc celui d'une perte de monopôle des professions du droit sur la modification de l'état civil, qui deviendrait totalement libre. C'est à dire une *ubérisation*³ du divorce, avec une menace d'autojuridication avec des actes-types disponibles sur des sites internet douteux, ainsi que l'essor de nouvelles professions telles, au mieux, que des professionnels du chiffre, au pire des conseillers conjugaux de toute sorte qui, sans déontologie, proposeront de faire divorcer les époux. En effet, en matière de divorce l'enjeu fondamental réside dans les modalités de modification de l'état civil.

6. En ce qui concerne l'histoire de la déjudiciarisation, il convient de repartir de la réforme française du divorce faite par la loi du 11 juillet 1975 avec l'introduction du divorce sur requête conjointe¹⁰. On admet alors la disponibilité de l'état civil mais sous contrôle du juge de l'homologation. Désormais, avec la loi du 18 novembre 2016, il n'existe plus d'homologation mais le divorce résulte d'un véritable contrat et plus de la force d'une décision de justice. Le contrôle judiciaire *a priori* a donc disparu. La consécration de cette déjudiciarisation dans le Code civil français s'est faite de manière finalement rapide durant le travail parlementaire. A l'occasion de la discussion de la loi de modernisation de la justice pour le 21^e siècle, un amendement fut présenté au mois de mai 2016 puis processus législatif s'acheva avec une validation par le Conseil constitutionnel du 17 novembre 2016 et déclare le texte conforme à la Constitution en rejetant le grief d'une atteinte à l'égalité entre les enfants¹¹.

8 Cf. V. EGÉA, *Droit de la famille*, op. cit., spéc. n° 252 à 254.

9 Cf. V. EGÉA, dir., séminaire *Dire le droit sans le juge*, Aix-en-Provence, LDPSC, 10 janv. 2017, avec not. M. Perena Vicente pour le droit espagnol.

10 Cf. J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, éd. Defrénois, Paris, 1985, p. 131 s. ; du même auteur : *Droit et passion du droit sous la Ve République*, éd. Flammarion, Paris, 1996, p. 219 s. et : *La question du divorce. Mémoire à consulter*, Recueil Dalloz 1975, chron., p. 115 ; A. BENABENT, *Le divorce en France*, éd. Litec, Paris, 1984.

11 Conseil constitutionnel, 17 novembre 2017, n° 2016-739 DC.

7. La déjudiciarisation s'accompagne d'une contractualisation du droit de la famille, d'autant plus remarquable qu'elle intervient au même moment où le Code civil français a été significativement modifié en ce qui concerne le droit des obligations¹². L'on assiste manifestement à une privatisation de cette partie du droit de la famille, rapprochant le mariage du Pacte Civil de Solidarité (PACS)¹³.

8. A la loi du 18 novembre 2016 qui crée le divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé contresigné par avocats et enregistrés au rang des minutes d'un notaire, il convient d'ajouter quelques précisions et des doutes avec le décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'art. 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale.

9. Il ressort du nouveau dispositif applicable au divorce par consentement mutuel sans juge que le rôle et la place de l'avocat engendrent un risque accru de mise en cause de la responsabilité civile professionnelle des avocats rédacteurs de conventions de divorce mais ouvre aussi des opportunités à saisir. La profession d'avocat s'est organisée durant l'hiver 2016/2017 pour proposer des conventions-types¹⁴.

10. Le divorce par consentement mutuel sans juge constitue désormais un processus. Pour l'étudier, il convient de distinguer premièrement le déroulement du divorce par consentement mutuel sans juge (I.) et, deuxièmement, le dénouement du divorce par consentement mutuel sans juge (II.).

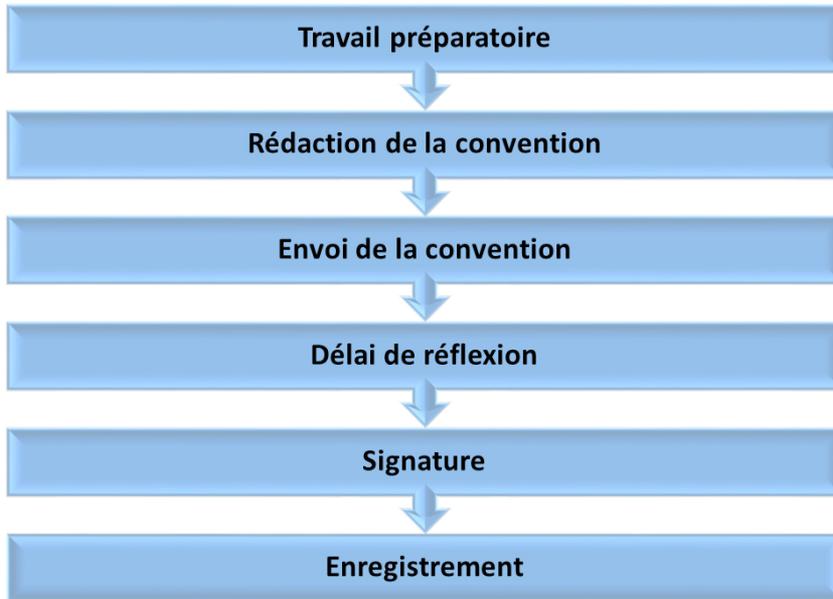
2. Le déroulement du divorce par consentement mutuel sans juge

11. Le déroulement du divorce par consentement mutuel sans juge est détaillé aux articles 229-1 et suivants du Code civil ainsi que par le décret du 28 décembre 2016. Il est possible de schématiser ce déroulement de la manière suivante :

12 Une importante ordonnance du 10 février 2016 a modifié le Titre III du Livre III du Code civil relatif au droit des obligations. Entrée en application le 1^{er} octobre 2016, la réforme concerne le droit des contrats, le régime général des obligations et le droit de la preuve.

13 Créé par une loi du 15 novembre 1999, le PACS est un partenariat enregistré régi par les articles 515-1 et suivants du Code civil.

14 Cf. par exemple la convention-type proposée par la Conférence des bâtonniers.



12. Au delà de ce cadre général, il convient de préciser les conditions de ce divorce par consentement mutuel (1.1.), la liaison entre le divorce gracieux et les divorce contentieux par le jeu des passerelles (1.2.) et d'insister, enfin, sur le contenu de la convention (1.3.).

2.1. Les conditions du divorce par consentement mutuel « sans juge »

13. Le divorce par consentement mutuel sans juge s'avère assez librement accessible aux époux. En effet, deux limites seulement se constatent. Ce divorce ne peut pas être utilisé quand un époux fait l'objet d'une mesure de protection judiciaire du type tutelle ou curatelle, ce qui était déjà le cas avant la réforme. Par ailleurs, en présence d'un enfant qui demande à être auditionné par le juge, l'on assiste au retour d'une homologation judiciaire classique, c'est à dire un divorce par consentement mutuel toujours régi par l'art. 232 du Code civil.

14. Ainsi, contrairement au divorce par consentement mutuel notarié organisé en droit espagnol, est indifférente la qualité de mineur ou de majeur des enfants des époux. De même, la situation patrimoniale importe peu puisque le divorce par consentement mutuel sans juge n'est pas réservé aux couples qui ont un faible patrimoine¹⁵. On peut même penser que ce divorce

15 Il faut un temps envisagé de réserver le divorce par consentement mutuel sans juge aux

s'adressera vraisemblablement à ces couples jeunes sans enfants et à faible patrimoine, mais aussi inversement à des couples très fortunés, disposant de biens immobiliers à l'étranger, où la question liquidative pourra donner lieu à une véritable négociation.

15. En ce qui concerne l'enfant mineur, le nouvel art. 229-3 du Code civil exige, au 6° que figure dans la convention à enregistrer « *la mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté* ». Un arrêté du 28 décembre 2016 fixe le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement.

16. L'avis de l'enfant mineur constitue donc à la fois une condition de validité de la convention mais aussi une condition de rétablissement de l'homologation judiciaire qui ne disparaît pas mais reste subordonnée à la parole de l'enfant. De manière paradoxale et très critiquée en France le caractère judiciaire du divorce par consentement mutuel des parents dépend largement de la parole de l'enfant. Pour autant, des questions restent en suspens. Qui appréciera si l'enfant est bien capable de discernement ou pas ? Manifestement, ceci incombe aux parents, mais il faut noter que ce qui est requis à peine de nullité de la convention c'est, selon l'art. 229-3 du Code civil, « *la mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté* ». Partant, si les parents jugent qu'il n'est pas capable de discernement, il n'existe pas de sanction véritablement prévue si ceci s'avère inexact. Si l'enfant est adolescent et que les parents affirment ceci, alors la sanction devrait être la nullité de la convention. La sanction paraît plus discutable pour un enfant de six ans par exemple qui apprend à lire. En première année d'école élémentaire (CP)¹⁶, peut-il véritablement signer le modèle-type ?

17. Bien évidemment, comme le divorce par consentement mutuel repose sur le consensus entre les époux, il suppose que ces derniers soient d'accord sur le principe du divorce et sur ces conséquences, qui figurent dans la convention¹⁷. Une fois les conditions réunies, reste posée la question de l'articulation entre ce divorce gracieux et la procédure judiciaire de divorce contentieux.

seuls époux ne possédant pas de biens immobiliers.

16 Cours préparatoire, qui est la classe de premier niveau à l'école primaire où des enfants de six ans environ apprennent à lire et écrire.

17 Cf. infra sur ce point.

2.2. L'articulation entre le divorce sans juge et la procédure de divorces contentieux

18. L'articulation entre le divorce sans juge et la procédure de divorces contentieux pose la question de ce que la pratique procédurale française nomme les « passerelles »¹⁸. Si une instance est engagée de manière contentieuse, un nouvel art. 247 du Code civil dispose désormais que : « *Les époux peuvent, à tout moment de la procédure : 1° Divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* ». Ce texte a parfois été présenté comme une nouvelle passerelle puisque ceci figure dans la partie du Code civil consacré à la modification du fondement juridique d'une demande. A proprement parler, ce n'est pas une passerelle.

19. En procédure civile française, la « passerelle » constitue plutôt le changement du fondement juridique de la demande¹⁹. Ici, on ne change pas véritablement de fondement juridique mais il s'agit de quitter un mode de dissolution du mariage de type judiciaire pour une modalité qui, elle, est conventionnelle.

20. Il en résulte qu'après l'assignation, il s'agit plus d'un désistement d'instance que d'une véritable passerelle. Entre l'ordonnance de non conciliation²⁰ et l'assignation, la situation s'avère plus délicate car il n'est pas véritablement possible de se désister car il n'y a pas encore d'introduction de l'instance au principal. On demeure au stade du provisoire.

21. Que deviennent alors les mesures provisoires prises par le juge aux affaires familiales dans le cadre de l'ordonnance de non conciliation ? Il faut voir concrètement sur ce point ce que font les différents greffes, en lien avec les commissions famille de chaque barreau. Sinon, pour véritablement clarifier la situation procédurale, il conviendrait, non sans paradoxes, d'assigner

18 Dans le langage procédural français, la pratique procédurale nomme « passerelle » le changement du fondement juridique d'une demande.

19 Cf. Y. BUFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, éd. Sirey, Paris, 2018 (20^e éd.), spéc. n° 1727 s. ; V. EGÉA, « Un semestre de droit procédural de la famille », revue *Droit de la famille*, mars 2017, spéc. n° 11 à 13 ; S. THOURET, « L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge ! », *AJ fam.* 2017.42.

20 Dans la procédure de divorce contentieuse française, il existe deux phases procédurales successives. Une première phase, provisoire, débute par l'introduction d'une demande par voie de requête. Suite à ceci, le juge aux affaires familiales va fixer les mesures provisoires applicables durant l'instance, en autorisant par exemple les époux à résider séparément. Le magistrat détermine ces fameuses mesures provisoires dans une ordonnance de non conciliation. A partir de cette ordonnance de non conciliation, il est ensuite possible d'assigner au fond. En droit procédural français, on considère que l'instance en divorce contentieux est véritablement lancée par la requête et non par l'assignation.

pour se désister dans la foulée !

22. Dans l'hypothèse où une ordonnance de non conciliation a déjà été rendue, il faudra sans doute préciser ce qu'il en est dans la convention de divorce par consentement mutuel pour ce qui concerne le devenir des mesures provisoires en général et le devenir de l'indemnité d'occupation à titre onéreux²¹, en particulier. La caducité pourrait constituer une sanction procédurale opportune.

23. La déjudiciarisation a posé aussi une difficulté de droit transitoire. Qu'en est-il en cas d'ordonnance de non conciliation prononcée avant le 31 décembre 2016 sans qu'assignation n'ait été délivrée. Comme les époux disposent en droit français d'un délai de trente mois pour assigner, à compter de l'ordonnance de non conciliation, une passerelle vers un divorce par consentement judiciaire ancien est-elle encore possible en se fondant sur la date de la requête initiale, antérieure au 1^{er} janvier 2017, date d'entrée en application du nouveau texte ? Ceci paraît *a priori* compliqué, puisque l'abandon de la voie judiciaire s'effectue postérieurement à la date d'entrée en application des nouvelles dispositions.

2.3. Le contenu de la convention de divorce par consentement mutuel

24. Faute d'homologation judiciaire de la convention de divorce par consentement mutuel, le contenu de l'acte devient déterminant. Avant la réforme du divorce, l'homologation de la convention purgeait l'acte de ses vices et il n'était pas possible d'en contester la validité en invoquant une erreur ou un dol²², en raison de la vigueur de l'adage *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*. Selon cet adage, comme la convention de divorce homologuée bénéficiait de la même force qu'une décision de justice et il convenait donc de la contester en utilisant les voies de recours prévues par le Code de procédure civile, comme la tierce opposition ou le pourvoi en cassation. On parlait du principe d'indivisibilité entre la convention de divorce et le jugement d'homologation, la première étant dotée de l'autorité juridique du second²³. La Cour de cassation jugeait ainsi que « le prononcé

21 L'indemnité d'occupation est généralement due par un époux qui occupe seul un bien immobilier commun ou indivis des époux. Au titre des mesures provisoires prises par le juge aux affaires familiales dans l'ordonnance de non-conciliation figure généralement l'occupation à titre gratuit ou onéreux du logement de la famille.

22 Cass. Civ. 1^{re}, 23 nov. 2011, n° 10-26.802, *RTD civ.* 2012.98, obs. J. Hauser ; Cass. Civ. 2^e, 6 mai 1987, *Recueil Dalloz* 1987, p. 358, obs. J.-C. Groslière ; *Rép. Def.* 1987, p. 1069, obs. J. Massip ; *Rép. Def.* 1988, p. 1058, obs. M. Grimaldi ; *RTD civ.* 1989, p. 50, obs. J. Rubellin-Devichi.

23 Sur l'ensemble de la question, cf. M. GIACOPELLI-MORI, « L'autonomie de la volon-

du divorce et l'homologation de la convention définitive on un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévus par la loi »²⁴.

25. Dans le cadre d'un divorce sans juge, le filtre de l'indivisibilité disparaît et il faut insister sur le risque de remise en cause de la convention, notamment en cas de dol, en particulier dans l'hypothèse de mensonge d'un époux sur des éléments patrimoniaux.

26. Le contenu incontournable de l'acte est précisé par le nouvel art. 229-3 du Code civil. Le quatrième point précise que l'acte doit comporter les « modalités du règlement complet des effets du divorce ». Ceci est essentiel dans la perspective d'une éventuelle remise en cause de l'acte. Ainsi convient-il de tout prévoir, notamment les avantages matrimoniaux, le sort du domicile conjugal... Et bien sûr la prestation compensatoire ! Pour les avocats rédacteurs d'actes, il faut être très vigilant sur ce point face au risque d'une action en nullité pour dol.

27 En effet, si une action en nullité de la convention vient à aboutir : quel serait son champ ? L'anéantissement de l'acte concernerait-il uniquement les conséquences ou bien aussi le principe du divorce qui serait entré dans le champ contractuel ? Cette dernière hypothèse paraît difficile à concevoir compte tenu de l'effet du divorce sur la modification de l'état civil. Comment remarier les époux divorcés, en raison d'une nullité de la convention pour dol ? Ceci paraît évidemment impossible et la logique commande de considérer que le principe du divorce s'avère définitivement acquis²⁵.

28. Il paraît utile ici de bien scinder les deux, c'est à dire le principe du divorce et les incidences de la rupture²⁶. L'insertion de clauses se révèle fondamental, notamment des clauses de sincérité patrimoniale. Il est aussi possible d'annexer une déclaration sur l'honneur. De même, on peut insérer dans l'acte une clause d'information sur le droit à une prestation compensatoire selon les critères légaux en mentionnant une renonciation explicite à ce droit. Ainsi, il ne faudrait pas se contenter de la formule qui existait avant la réforme dans les convention de divorce par consentement mutuel, stipulant que « les époux conviennent qu'il ne sera pas versé de PC » mais que « Madame est informée

té dans les conventions entre époux divorcés », RTD civ. 2001, p. 505 ; A. TISSERAND, « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », Mélanges D. Huet-Weiller, éd. LGDJ, 1994, p. 497 ; J. HAUSER, « Le juge homologateur en droit de la famille », in P. Ancel et M.-C. RIVIER, dir., *Le conventionnel et le juridictionnel*, éd. Economica, 2001, p. 114 ; D. VILLANI, « Quels sont les recours contre l'homologation d'une convention de divorce par consentement mutuel ? », Recueil Dalloz 1995, chron., p. 253.

24 Cass. Civ. 2^e, 6 mai 1987, précit.

25 Cf. infra n° 51 s.

26 Cf. V. EGÉA, *Droit de la famille*, op. cit., n° 262.

que les critères légaux lui permettrait de solliciter en justice une prestation compensatoire et déclare renoncer expressément à celui-ci ».

29. La clause relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale charrie également un lot de doutes et interrogations. En effet, un retour vers le juge de l'homologation d'une convention d'autorité parentale demeure possible, une fois la convention de divorce homologuée, quand apparaît un changement de circonstances.

30. Dans la convention de divorce, qui devient désormais juge de l'intérêt de l'enfant, faute d'homologation judiciaire ? Certains considèrent que les parents sont les meilleurs juges de l'intérêt de leurs enfants, ce qui est une affirmation discutable tant le contentieux familial suscite des passions et rancœurs qui évincent souvent l'objectivité nécessaire. Un recours au juge aux affaires familiales demeure toujours possible pour faire homologuer par la suite une convention fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

31. En ce qui concerne le contenu de la convention, il convient aussi de fixer la date des effets du divorce car les époux n'auront pas forcément conscience qu'ils ne sont pas encore divorcés au moment où ils se mettent d'accord sur le complet règlement. A partir de ce moment-là, selon le schéma présenté précédemment, suivent plusieurs étapes : délai de réflexion, enregistrement, modification des actes de l'état civil. Ces étapes ne constituent pas de vagues formalités administratives mais des éléments nécessaires à la perfection du divorce. Dans cette perspective, il n'est pas inutile de rédiger une clause pédagogique rappelant que la date des effets du divorce entre les époux est fixée par eux et peut remonter dans le temps avant la date d'enregistrement de l'acte²⁷. En revanche, à l'égard des tiers, la date de ces effets du divorce reste la modification des actes de l'état civil.

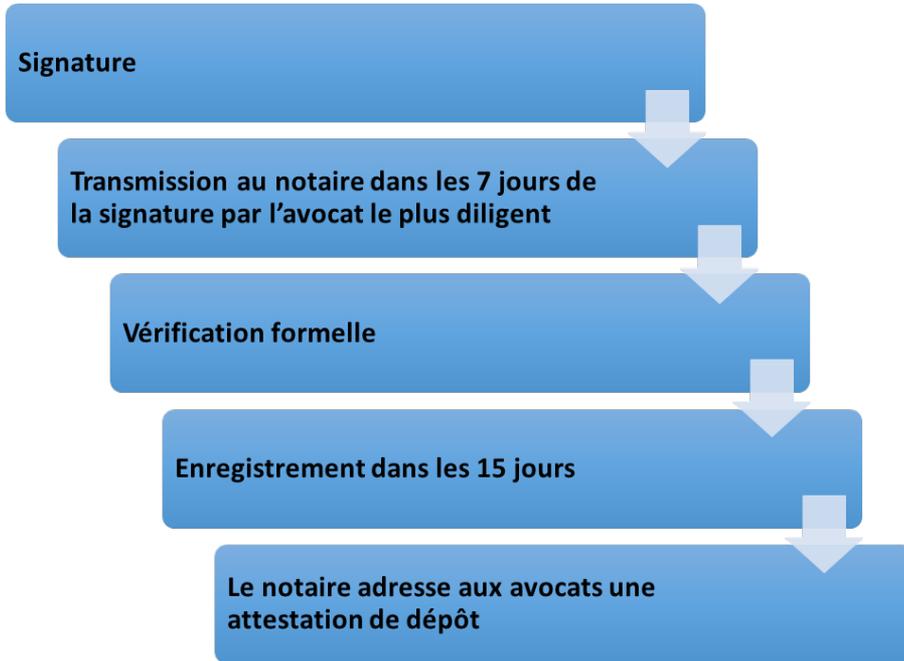
32. Une fois que la convention a été négociée et que son contenu est arrêté par les époux, il convient de procéder aux formalités de son enregistrement qui vont engendrer la modification des actes de l'état civil des époux.

3. Le dénouement du divorce par consentement mutuel sans juge

33. Le dénouement du divorce par consentement mutuel sans juge constitue un processus jalonné de plusieurs étapes qui peuvent être résumées par des schémas :



27 Cf. V. EGÉA, *Droit de la famille*, op. cit., n° 258.



34. Au-delà de ces étapes principales, le décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 a inséré dans le Code de procédure civile un nouvel art. 1148-1 al. 2^e disposant que « *Les époux peuvent également, jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire, saisir la juridiction d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire dans les conditions prévues aux articles 1106 et 1107* ». Ainsi, le passage vers un divorce contentieux demeure toujours possible²⁸.

35. Il convient de présenter tout d'abord les différentes étapes qui concrétisent ce dénouement du divorce sans juge (2.1.), avant de préciser ensuite les effets du divorce à l'égard des tiers (2.2.) et, enfin, de s'interroger sur l'éventuelle remise en cause de la convention enregistrée (2.3.)

3.1. Les différentes étapes du dénouement du divorce sans juge

36. La signature de la convention constitue évidemment une étape fondamentale pour que les époux s'approprient le contenu de l'acte qui, à l'avenir, régira leurs rapports tant personnels que patrimoniaux. D'une certaine manière la signature par les époux, combinée au contreseing de leurs avocats

28 Cf. supra n° 18 s.

respectifs²⁹, est censée jouer le rôle jusque-là assumé par l'homologation judiciaire. En ce qui concerne la signature de la convention et du contreseing des avocats, s'est posée la question de la présence physique des deux avocats. Il est désormais acquis avec l'art. 1145 du Code civil que les avocats doivent être physiquement présents lors de la signature, ce qui peut engendrer des coûts pour l'avocat qui se trouve à l'autre bout de la France.

37. Il est important de préciser que la convention de divorce à signer doit comporter en annexe, « l'état liquidatif de partage en la forme authentique et l'acte authentique d'attribution de biens soumis à publicité foncière »³⁰. En l'absence de biens soumis à publicité foncière, l'état liquidatif doit-il prendre la forme d'un acte authentique ? La mention « en la forme authentique » ne devrait en principe concerner que les biens immobiliers, lesquels sont soumis à publicité foncière. En droit français en effet, seuls les actes authentiques et, en particulier les actes notariés, peuvent faire l'objet d'une publicité foncière. Si les époux sont preneurs à bail du logement familial et qu'ils ne possèdent que quelques meubles meublants, la convention contre-signée devrait suffire et l'acte notarié n'est pas requis. Le Code civil commande cette lecture puisque l'art. 229-3 énumère comme mention requise à peine de nullité, au 5° : « *L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur de biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation* ».

38. Outre la signature des époux, la convention de divorce doit être contre-signée par les avocats des époux. Ainsi, la convention de divorce prend la forme d'un acte sous signature privée contresigné par les avocats des époux et établi dans les conditions du nouvel art. 1374 du Code civil. Cette dernière disposition, issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, concerne l'acte sous signature privée contresigné par avocat et procède donc à la codification, voire à la sanctuarisation, de certaines règles jusque-là contenues aux articles 66-3-2 et 66-3-3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, créés par

29 Dans l'ancien divorce par consentement mutuel judiciaire, le couple marié pouvait être assisté par un seul avocat. Avec la réforme et la déjudiciarisation mise en place, le législateur a considéré que la présence des deux avocats constituait dorénavant un gage d'équilibre de la convention, afin d'éviter que le plus fort, le plus malin ou le plus fortuné des époux ne puisse imposer sa volonté à l'autre dans la convention de divorce. Il convient dans cette perspective de noter que le notaire ne procède pas à une homologation lui permettant de s'assurer de l'équilibre de la convention mais qu'il doit se contenter de procéder à son enregistrement après une vérification formelle assez légère des conditions posées par le nouvel art. 229-3 du Code civil.

30 Code de procédure civile, art. 1145 al. 2°.

la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011. Le nouvel art. 229-1 du Code civil soumet la convention de divorce par consentement mutuel aux formalisme et conditions du nouvel art. 1374 du Code civil, ce qui comporte une certaine ambiguïté qui devrait amener les avocats rédacteurs d'acte à une grande vigilance³¹.

39. Pour bien saisir ce point, il convient de savoir que cette nouvelle disposition précise désormais la force probante de l'acte sous signature privée contresigné par avocat en disposant qu'il fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. Ensuite, l'alinéa deuxième ajoute que la procédure de faux prévue par le Code de procédure civile est applicable à cet acte. Enfin, le troisième alinéa dispose que cet acte est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.

40. Malgré cette codification récente d'un texte de droit civil jusque-là situé hors les murs du Code civil, faite par la réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime des obligations, il faut dire que l'art. 66-3-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 n'a pas été codifié dans le Code civil. Or, ce texte dispose qu'en « *contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte* ». Situé hors les murs du Code civil, l'art. 66-3-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ne fait pas l'objet d'une mention dans le nouvel art. 229-1 du Code civil. Pour autant, demeure dans le cadre qui nous intéresse l'obligation pesant sur l'avocat rédacteur d'acte d'éclairer les parties sur les incidences juridiques de l'acte.

41. Par exemple, les avocats rédacteurs de la convention ont tout intérêt à préciser aux époux la distinction quant aux effets du divorce³². En effet, si l'enregistrement de la convention au rang des minutes d'un notaire lui donne force exécutoire, lui faisant prendre effet dans les rapports entre époux en ce qui concerne leur biens ; à l'égard des tiers, la convention de divorce est opposable à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies³³. Le professionnel du droit rédacteur d'acte est tenu, en droit civil français, d'assurer son efficacité juridique. Ainsi convient-il d'éviter, en ce qui concerne les effets du divorce, que les époux s'imaginent être divorcés à l'égard des tiers une fois l'enregistrement effectué, alors qu'ils ne le sont pas encore. En effet, dans une telle hypothèse, si l'un d'eux procède à l'acquisition d'un bien, il n'en sera pas nécessairement le propriétaire exclusif, car reste marié.

31 Cf. V. EGÉA, *Droit de la famille*, op. cit., n° 252 et 253.

32 Cf. supra n° 31.

33 Code civil, art. 262.

42. Dans les sept jours de la signature de la convention, l'art. 1146 du Code de procédure civile impose une transmission de l'acte au notaire, faite par l'avocat le plus diligent. La transmission de l'acte doit s'opérer par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception. Le procédé est intéressant car il renseigne sur les dates d'expédition et de réception de l'acte mais nullement sur le contenu du pli postal. Au demeurant, en ce qui concerne cette obligation de transmettre, il n'existe pas de sanction en cas de transmission qui viendrait à s'opérer au-delà du délai de sept jours légalement déterminé. Si un éventuel retard cause un préjudice, l'on pourrait songer à une mise en cause de la responsabilité civile professionnelle des avocats négligents. Cela étant, la consistance d'un préjudice ne s'avère pas évidente à établir dans une telle situation. L'on pourrait imaginer des hypothèses, mais elles demeurent assez théoriques. Ainsi, un préjudice pourrait être subi si durant ce délai de transmission de l'acte l'un des époux saisit finalement le juge aux affaires familiales d'une demande en divorce contentieux, comme le permet désormais l'art. 1146-2, al. 2° du Code de procédure civile³⁴, et que le divorce judiciaire se révèle bien plus couteux pour un époux que les modalités initialement convenues. La situation demeure hypothétique et, pour tout dire, sans doute anecdotique. Pour autant, la teneur des nouveaux textes permet d'envisager ceci.

43. Le notaire auquel est adressé la convention signée par les époux et contresignée par les avocats va devoir procéder à l'enregistrement de l'acte au rang de ses minutes. Contrairement à des présentations parfois caricaturales faites du nouveau divorce par consentement mutuel en droit français, le notaire ne dispose pas du pouvoir d'homologuer l'acte contrairement à ce que prévoit le droit espagnol pour le divorce notarié³⁵. Le notaire français quant à lui doit limiter son contrôle à une simple vérification formelle de la validité de l'acte. Si les textes ne laissent guère de doute sur ce point, la tarification officielle de l'enregistrement le confirme. En effet, une rémunération forfaitaire de cinquante euros est prévue, démontrant ainsi que les diligences attendues du notaire restent modestes.

44. Une question plus gênante demeure en ce qui concerne le paiement des droits. Dans le cadre de l'ancien divorce par consentement mutuel judiciaire, qui existait jusqu'au 31 décembre 2016 et qui perdure lorsque l'enfant mineur demande à être entendu par le juge aux affaires familiales³⁶, la juridiction procédait à une transmission du jugement à l'administration fiscale afin que cette dernière procède à une taxation puisqu'en droit français

34 Sur ce point, cf. supra n° 18 s.

35 Cf. supra n° 2.

36 Cf. supra n° 13 s.

le partage d'une indivision donne lieu au paiement d'un impôt spécifique : le droit de partage. Désormais, il semble que ce sont les avocats qui devront interroger l'administration fiscale sur le montant des droits à payer, voire provisionner ces sommes.

45. De nombreuses questions techniques ont suscité en France des débats et interrogations nourries. Ainsi, toujours en ce qui concerne l'enregistrement, le notaire qui dresse le projet d'état liquidatif peut-il procéder à l'enregistrement ? Rien ne semble l'exclure expressément, mais se pose la question de l'étendue exacte des pouvoirs du notaire qui procède à l'enregistrement³⁷.

3.2. Les effets à l'égard des tiers

46. Déterminer la date à laquelle le divorce produit des effets à l'égard des tiers reste important. Comment concilier ici les articles 1148 du Code de procédure civile et l'art. 262 du Code civil ? Ce dernier texte dispose que « *La convention ou le jugement de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mentions en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies* ».

47. Curieusement, l'art. 1148 du Code de procédure civile indique quant à lui que « *Il est justifié, à l'égard des tiers, d'un divorce ou d'une séparation de corps par la seule production d'un extrait de la décision l'ayant prononcé ne comportant que son dispositif, accompagné de la justification de son caractère exécutoire conformément à l'article 506* ».

48. Selon toute vraisemblance, le Code civil prime sur ce point en application de la hiérarchie des normes et de la primauté de la loi sur le règlement. De manière pragmatique, l'attestation vaut preuve du divorce jusqu'à modification des actes de l'état civil.

3.3. La remise en cause de la convention enregistrée

49. L'autorité et la force juridiques de la convention enregistrée au rang des minutes d'un notaire illustrent parfaitement le cœur de la réforme mise en place, c'est à dire le glissement d'une logique juridictionnelle marqué précédemment par l'homologation faite par le juge aux affaires familiales à une logique conventionnelle. Naguère en effet, la jurisprudence refusait les remises en cause de conventions de divorce par consentement mutuel en raison du principe d'indivisibilité selon lequel l'acte des époux perd sa nature

37 Sur ces questions, cf. not. J. CASEY, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur », AJ fam. 2017.14, spéc. n° 25 ; Comp. H. FULCHIRON, « Divorcer sans juge : à propos de la loi du 18 novembre 2016 », JCP éd. G. 2016, art. n° 1267.

contractuelle et fait corps avec le jugement d'homologation³⁸. Il n'était donc pas possible de contester l'acte en cas de découverte d'une erreur ou d'un dol, en vertu du principe *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*. Les époux étaient tenus d'utiliser les voies de recours prévues par la procédure civile.

50. Dorénavant, il n'existe plus d'homologation judiciaire de la convention, ce qui laisse supposer que les voies de nullité seraient désormais recevables³⁹ en cas de découverte d'un dol commis par l'un des époux. Il suffit pour s'en convaincre de songer à la situation dans laquelle l'un des conjoints cacherait à l'autre, durant la négociation portant sur les effets du divorce, l'existence d'un élément d'actif qu'il possède. Si son époux vient à découvrir cette omission postérieurement à l'enregistrement de la convention de divorce, peut-il la remettre en cause dès lors que son consentement a été vicié ?

51. Le droit commun des actes juridiques en général et le droit des contrats en particulier semblent permettre dans une telle hypothèse une nullité de la convention pour dol⁴⁰. A supposer qu'une telle action aboutisse, quels seraient ses effets ? Elle ne devrait *a priori* porter sur les effets patrimoniaux du divorce, car la modification des états civils des époux semble définitivement acquise. Par sécurité et afin d'éviter que l'époux victime du dol ne remette en cause l'intégrité de la convention, y compris son consentement à la rupture, en arguant que le principe du divorce serait entré dans le champ contractuel, il paraît opportun de désamorcer ces risques en intégrant dans l'acte une clause par laquelle les époux déclarent accepter de manière irrévocable le principe de la rupture.

52. Au demeurant et de manière très pragmatique, même sous l'ère de l'ancien divorce par consentement mutuel judiciaire, la jurisprudence a toujours admis que les omissions de biens dans les convention de divorce fussent corrigées par la possibilité d'un partage qualifié de « complémentaire »⁴¹. On peut donc raisonnablement penser que cette solution qui permet d'aboutir à une répartition des biens en cas d'omission - volontaire ou pas - continue à produire ses effets dans le cadre de la nouvelle réglementation. Elle permet en effet de combiner la recherche d'équilibre dans la répartition des biens

38 Cf. V. EGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, éd. Lextenso, Paris, 2010, spéc. n° 268 s.

39 Sur cette question : S. THOURET, « Quelles voies de recours dans le nouveau divorce par consentement mutuel ? », *Dr. famille* 2016, dossier, art. n° 30.

40 Cf. V. EGÉA, *Droit de la famille*, op. cit., n° 261.

41 En ce sens : Cass. Civ. 1^{re}, 13 déc. 2012, n° 11-19.098, *Dr. famille* 2013, com. n° 27, obs. V. Larribau-Terneyre ; *RTD civ.* 2013.95, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2013, p. 657, obs. B. Vareille ; *Rép. Def.* 2013, p. 413, obs. J. Massip ; *JCP éd. N.* 2013, p. 1101, note M. Nicod.

du couple sans pour autant bouleverser les situations juridiques créées par le prononcé du divorce.

53. En conclusion, le nouveau divorce par consentement mutuel sans juge soulève de nombreuses difficultés et interrogations que la jurisprudence française sera manifestement invitée à résoudre à moyen terme. Pour l'heure, cette nouvelle forme de divorce repose assurément sur un pari osé. Il s'agit de miser sur les rédacteurs d'actes et l'aptitude des époux à mener une négociation. En ce sens, la disparition de l'homologation judiciaire témoigne d'un mouvement qui affecte en profondeur le droit français de la famille. Longtemps soumis à un ordre public fort et contraignant, cette branche du droit s'avère de plus en plus ramenée dans le giron du droit commun des obligations et des biens. Ce recul du droit spécial constitue sans doute l'élément le plus significatif du nouveau droit du divorce entré en application le 1^{er} janvier 2017. Reste à savoir si les destinataires de la norme nouvelle, membres de la famille et rédacteurs d'acte, se saisiront de ces opportunités ou si la réforme ne marque qu'une étape vers une libéralisation totale des modifications des actes de l'état civil.

VINCENT EGÉA

*Professeur Agrégé della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Aix-Marseille,
Laboratorio di diritto privato e scienze penali*

Il divorzio consensuale senza giudice nel diritto francese (traduzione italiana)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo svolgimento del divorzio consensuale senza giudice. – 2.1 I presupposti del divorzio consensuale “senza giudice”. – 2.2. Il passaggio dal divorzio consensuale al divorzio giudiziale. – 2.3. Il contenuto della convenzione di divorzio consensuale. – 3. La fase conclusiva del divorzio consensuale senza giudice. – 3.1 Le diverse tappe della fase conclusiva del divorzio senza giudice. – 3.2. Gli effetti nei confronti dei terzi. – 3.3. L’impugnazione della convenzione registrata.

1. Introduzione

1. In Francia il divorzio senza giudice è stato ciò che noi chiamiamo un “*serpent de mer*”, ovvero qualcosa di cui si parla continuamente, che puntualmente esce nei dibattiti, senza che tuttavia nessuno sappia esattamente cos’è. Questo sino alla legge *Justice 21* del 18 novembre 2016, che ha effettivamente prodotto una degiurisdizionalizzazione del divorzio¹.

2. Nel corso dei lunghi dibattiti che per anni si sono avuti sul tema², le modalità di svolgimento del divorzio senza giudice sono state percepite come

1 Legge n. 2016-1547 del 18 novembre 2016 di modernizzazione della giustizia del XXI secolo.

2 Sull’insieme delle disposizioni precedentemente proposte, cfr. R. BARTHÉLÉMY, « *Interrogeons nos pratiques* », in *Divorce sans juge*, dossier speciale Riv. *Droit de la famille*, 2016, dossier, articolo n° 27 (ed. LexisNexis).

problematiche³. Chi si deve prendere carico del divorzio, tolto il giudice? Conviene affidarlo a un notaio, a un avvocato o a un funzionario di stato civile? Vi sono stati anche dubbi riguardo alla sfera concreta di applicazione di questa tipologia di divorzio. Bisognerebbe circoscriverlo esclusivamente alle coppie senza un patrimonio comune e senza un figlio minorenni? Oppure è da intendersi destinato a tutte le coppie sposate? Alcuni ordinamenti stranieri, come la Spagna con il divorzio innanzi al notaio⁴, hanno fornito modelli al legislatore nazionale. Nel divorzio spagnolo, permane un'omologazione giudiziale dell'accordo di divorzio in presenza di un figlio minorenni.

3. Per quanto concerne il divorzio senza giudice in Francia⁵, le giustificazioni avanzate sono state numerose. Innanzitutto una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche mediante la destinazione ad altri compiti dei giudici fino a quel momento incaricati dell'omologazione del divorzio consensuale⁶. Inoltre, la degiurisdizionalizzazione esprimerebbe un'aspirazione contemporanea all'autonomia dei soggetti di diritto in generale e dei membri della famiglia in particolare. Infine, in una prospettiva vicina a quella precedente, la degiurisdizionalizzazione esprimerebbe una logica consensuale e di autodeterminazione, permettendo ai coniugi di riappropriarsi della gestione della loro separazione, senza assoggettarsi all'autorità di un soggetto terzo.

4. I due ultime punti sono discutibili: nel precedente divorzio consensuale, in vigore fino al 1° gennaio 2017, il giudice interveniva nella fase finale attraverso l'omologazione, per dire ciò che l'ordine giuridico tollera e prescrive, ma il suo intervento risultava meno pregnante rispetto a un divorzio contenzioso. Alcuni autori ritengono che la riforma francese costituisca un progetto politico di cui talvolta si fatica a individuare la finalità⁷. Per concludere l'elencazione degli argomenti favorevoli alla riforma, si è fatto anche un parallelismo di forme: dal momento che il giudice non interviene

3 Sulla questione in generale cfr. V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, ed. LexisNexis, Parigi, 2016, spec. n° 247 s.

4 Il divorzio dinnanzi al notaio è stato introdotto in Spagna con la l. n. 15/2015 del 2 luglio 2015.

5 Cfr. P. DELMAS-GOYON, dir., *Le juge du XXIe siècle*, rapp. Ufficiale, ed. La documentation française, 2013; H. FULCHIRON, « *Vers un divorce sans juge ? (a proposito di progetti di divorzio tramite « notaio »)* », in *Recueil Dalloz* 2008, 365; S. GUINCHARD, dir., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, ed. La documentation française, 2008.

6 Un rapporto ufficiale redatto sotto l'egida del Rettore Guinchard ha dimostrato che tale calcolo, legato all'allocazione delle risorse pubbliche, è inesatto nel quantificare il numero delle funzioni dei magistrati "risparmiate" ad una decina solamente. S. GUINCHARD, dir., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, ed. La documentation française, 2008.

7 Cfr. J. CASEY, « *Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur* », *AJ fam.* 2017.14.

nel momento della celebrazione del matrimonio, non deve essere presente nemmeno nel momento della sua dissoluzione tramite il divorzio.

5. Al di là delle ragioni della degiurisdizionalizzazione, ormai la legge è stata adottata e la questione centrale si incentra ora sui ruoli e sulle funzioni che spettano all'avvocato e al notaio⁸. In concreto, più dell'esame relativo ai profili specifici all'una o all'altra professione, è utile comprendere se, globalmente, questo divorzio sarà qualcosa di passeggero o si dimostrerà un punto d'arrivo. In Spagna per esempio, nell'anno 2016 non ci sono stati che 4.600 divorzi dinnanzi al notaio⁹. Se i professionisti del diritto francese non fanno proprio il divorzio concordato, non è impossibile che un domani si possa arrivare a una totale privatizzazione dell'accesso allo stato civile. Il rischio è dunque quello di una perdita di monopolio delle professioni giuridiche sulle modifiche dello stato civile, che diverrebbero totalmente libere. Vale a dire una *uberizzazione*¹⁰ del divorzio con una prospettiva di auto-giurisdizionalizzazione, mediante l'utilizzo di atti predefiniti disponibili su siti internet discutibili, così come lo sviluppo di nuove professioni costituite, nella migliore delle ipotesi, da professionisti del fatturato e, nella peggiore, da consulenti matrimoniali di ogni sorta che, senza deontologia, si offriranno di far divorziare i coniugi. Infatti, in materia di divorzio la sfida fondamentale riguarda le modalità di modifica dello stato civile.

6. Per quanto concerne la storia della degiurisdizionalizzazione, è opportuno riprendere il filo dalla riforma francese del divorzio messa in atto tramite la legge dell'11 luglio 1975 con l'introduzione del divorzio congiunto¹¹. In quel momento si riconosce la disponibilità dello stato civile, ma sotto il controllo del giudice dell'omologazione. Ormai, con la legge del 18 novembre 2016 l'omologazione ha cessato di esistere, ma il divorzio risulta un vero e proprio contratto con in più la forza di una decisione giudiziaria. Il controllo giudiziario *a priori* è dunque svanito. La consacrazione di tale degiurisdizionalizzazione

8 Cfr. V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, cit., spec. n° 252 a 254.

9 Cfr. V. ÉGÉA, dir., seminario *Dire le droit sans le juge*, Aix-en-Provence, LDPSC, 10 gen. 2017, con il notaio Dott. M. Perena Vicente per il diritto spagnolo.

10 In francese il neologismo *uberizzazione* deriva dal nome dell'azienda di trasporto automobilistico privato *uber* e nel linguaggio corrente, ma anche nei discorsi politici e talvolta accademici designa una deregolamentazione dell'attività economica. Il termine è generalmente utilizzato con una connotazione negativa. Da un punto di vista ancora più ampio, testimonia una mutazione delle modalità di organizzazione delle attività economiche verso una maggiore flessibilità.

11 Cfr. J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, ed. Defrénois, Parigi, 1985, 131 s.; dello stesso autore: *Droit et passion du droit sous la Ve République*, ed. Flammarion, Parigi, 1996, 219 s. e: *La question du divorce. Mémoire à consulter*, Recueil Dalloz 1975, cron., 115; A. BENABENT, *Le divorce en France*, ed. Litec, Parigi, 1984.

zionalizzazione nel codice civile francese è avvenuta in maniera piuttosto rapida nel corso dei lavori parlamentari. In occasione della discussione della legge di modernizzazione della giustizia del 21° secolo, nel maggio 2016 fu presentato un emendamento, quindi il processo legislativo si è concluso con una convalida da parte della Corte costituzionale il 17 novembre 2016 e il testo è stato dichiarato conforme alla Costituzione rigettando una questione concernente la violazione dell'uguaglianza tra i figli minori¹².

7. La degiurisdizionalizzazione si accompagna ad una contrattualizzazione del diritto di famiglia, tanto più significativa in quanto interviene proprio nel momento in cui il codice civile francese è stato significativamente modificato per quanto concerne il diritto delle obbligazioni¹³. Si assiste a una privatizzazione di questa parte del diritto di famiglia che avvicina il matrimonio al patto civile di solidarietà (PACS)¹⁴.

8. Oltre alla legge del 18 novembre 2016, che istituisce il divorzio consensuale con scrittura privata controfirmata da avvocati e registrata con numero di protocollo presso un notaio, è opportuno considerare il decreto n. 2016-1907 del 28 dicembre 2016, relativo al divorzio previsto dall'art. 229-1 del codice civile, e diverse disposizioni in materia successoria.

9. Il nuovo strumento di divorzio per mutuo consenso senza ricorso al giudice costituisce un'indubbia opportunità per il ruolo e la funzione dell'avvocato, ma è anche fonte maggiori rischi di incorrere in responsabilità civile professionale per gli avvocati che redigono i contratti di divorzio. La professione si è organizzata nell'inverno 2016/2017 e sino proposte delle convenzioni *standard*¹⁵.

10 Il divorzio consensuale senza ricorso al giudice è ormai un procedimento. Per studiarlo, è opportuno innanzitutto distinguere lo svolgimento del divorzio consensuale senza giudice (I) e, in secondo luogo, il risultato del divorzio consensuale senza giudice (II).

12 Corte costituzionale, 17 novembre 2017, n° 2016-739 DC.

13 Un'importante ordinanza del 10 febbraio 2016 ha modificato il titolo III del libro III del codice civile relativo al diritto delle obbligazioni. Entrata in vigore il 1° ottobre 2016, la riforma interessa in diritto contrattuale, la disciplina generale delle obbligazioni e il diritto delle prove.

14 Creato dalla legge del 15 novembre 1999, il PACS è un partenariato registrato e disciplinato dagli articoli 515-1 e successivi del codice civile.

15 Cfr. per esempio la convenzione *standard* proposta dalla *Conférence des bâtonniers*.

2. Lo svolgimento del divorzio consensuale senza giudice

11. Lo svolgimento del divorzio consensuale senza giudice è disciplinato dagli artt. 229-1 e ss. del codice civile e dal decreto del 28 dicembre 2016. È possibile schematizzare tale svolgimento come segue:



12. Al di là di questo quadro generale, è opportuno precisare i presupposti di tale divorzio consensuale (2.1), i rapporti con il divorzio giudiziale non contenzioso e quello contenzioso tramite le “*passerelles*” (2.2) e infine soffermarsi sul contenuto della convenzione (2.3).

2.1 I presupposti del divorzio consensuale “senza giudice”

13. Il divorzio consensuale senza giudice si rivela accessibile per i coniugi. Infatti, si possono individuare solamente due limiti. Non si può ricorrere a questo tipo di divorzio quando un coniuge è soggetto a una misura di protezione giudiziaria come una tutela o una curatela, il che era già previsto prima della riforma. Inoltre, in presenza di un figlio minore che chiede di essere sentito dal giudice, si ritorna all’omologazione giudiziaria classica, ovvero al divorzio per mutuo consenso disciplinato dall’art. 232 del codice civile.

14. In questo modo, contrariamente al divorzio consensuale innanzi al notaio previsto dal diritto spagnolo, lo status di maggiore o minore età del

figlio è indifferente. Allo stesso modo, la situazione patrimoniale è poco importante in quanto il divorzio consensuale senza giudice non è riservato alle coppie con un patrimonio limitato¹⁶. Verosimilmente si può pensare che tale divorzio sarà utilizzato da coppie giovani senza figli con un patrimonio modesto, ma comunque può essere di interesse anche per coppie molto facoltose, che dispongono di beni immobili all'estero, per le quali la divisione del patrimonio comune può comportare una vera e propria negoziazione.

15. Per quanto concerne il figlio minore, il nuovo art. 229-3 del Codice civile, al comma 6°, esige che nella convenzione si includa «la menzione che il minore è stato informato dai genitori sul suo diritto di essere ascoltato dal giudice secondo le condizioni previste dall'art. 388-1 e che non desidera avvalersi di questa facoltà». Un decreto del 28 dicembre 2016 stabilisce il modello dell'informativa da rendere ai figli minori capaci di discernimento.

16. Il parere del figlio minore costituisce sia una condizione di validità della convenzione sia una condizione di ripristino dell'omologazione giudiziaria, che non sparisce bensì rimane subordinata alla richiesta del minore. In maniera paradossale e non poco criticata, in Francia il carattere giudiziario del divorzio consensuale dei genitori dipende in gran parte dalla volontà del minore. Si pongono al riguardo alcune questioni. Chi valuta se il figlio è pienamente capace di discernimento o meno? Chiaramente questo spetta ai genitori, ma è necessario osservare che, secondo l'art. 229-3 del codice civile, ciò che è richiesto, pena la nullità del contratto, è «l'indicazione che il minore è stato informato dai genitori del suo diritto di essere ascoltato dal giudice secondo le condizioni previste dall'art. 388-1 e che non desidera avvalersi di questa facoltà». Pertanto, se i genitori reputano che il figlio non sia capace di discernimento, non esiste una sanzione reale se questa opinione si rivela inesatta. Se il figlio fosse adolescente e i genitori facessero tale affermazione, allora la sanzione dovrebbe essere la nullità del contratto. La sanzione sembrerebbe più discutibile per un figlio di sei anni che sta imparando a leggere. Nel primo anno della scuola elementare (CP)¹⁷, egli può veramente firmare il modello *standard*?

17. Ovviamente, poiché il divorzio consensuale si basa sul consenso tra i coniugi, è necessario che gli stessi siano d'accordo sull'idea di divorziare e sulle relative conseguenze, che risultano dalla convenzione¹⁸. Una volta soddisfatte le condizioni, permane la questione della conciliabilità tra tale divorzio non contenzioso e il procedimento giudiziario del divorzio contenzioso.

16 Si è proposto di riservare il divorzio consensuale senza giudice ai soli coniugi che non possiedono beni immobili.

17 Corso preparatorio, ovvero la classe di primo livello alla scuola primaria dove i bambini di sei anni imparano a leggere e a scrivere.

18 Cfr. commento su questo punto.

2.2 Il passaggio dal divorzio consensuale al divorzio giudiziale

18. Il passaggio dal divorzio senza giudice al divorzio giudiziale pone la questione di ciò che la pratica procedurale francese chiama “*passerelles*”¹⁹. Se un’istanza viene avviata in modo contenzioso, il nuovo art. 247 del codice civile dispone che: “I coniugi del processo possono in qualsiasi momento: 1° divorziare consensualmente tramite atto con forma di scrittura privata controfirmata da avvocati, registrata con il numero di protocollo presso un notaio”. La disposizione è stata presentata da taluni come una nuova “*passerelle*”, dal momento che è collocata nella parte del codice civile dedicata alla modifica del fondamento giuridico di una domanda. In senso stretto, non si tratta tuttavia di una “*passerelle*”.

19. Nella procedura civile francese, la “*passerelle*” costituisce il cambiamento del fondamento giuridico della domanda²⁰. Qui in realtà non si tratta di modificare il fondamento giuridico, bensì di abbandonare una modalità di scioglimento del matrimonio di tipo giudiziale per passare ad una modalità che è contrattuale.

20. Ne consegue che, dopo la citazione, si ha più una rinuncia alla domanda che una vera e propria “*passerelle*”. Nel momento tra l’ordinanza di non conciliazione²¹ e la citazione, la situazione si fa più delicata in quanto non è realmente possibile rinunciare alla domanda, perché non vi è ancora stata la sua proposizione. Si rimane ad uno stadio provvisorio.

21. Che cosa ne è allora delle misure provvisorie prese dal giudice della famiglia nel quadro dell’ordinanza di non conciliazione? A questo proposito è necessario vedere concretamente cosa fanno le diverse cancellerie in accordo con le commissioni famiglia di ciascun foro. Altrimenti, per chiarire realmente la situazione procedurale converrebbe, non senza paradossi, citare

19 In francese la pratica processuale definisce “*passerelle*” il cambiamento del fondamento giuridico di una domanda.

20 Cfr. Y. BUFELAN-LANORE e V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, ed. Sirey, Parigi, 2018 (20^e ed.), spec. n° 1727 s.; V. ÉGÉA, « *Un semestre de droit procédural de la famille* », Riv. *Droit de la famille*, marzo 2017, spec. n° 11 a 13; S. THOURET, « *L’après-divorce conventionnel : vers le retour du juge !* », *AJ fam.* 2017.42.

21 Nel procedimento francese di divorzio contenzioso, esistono due fasi procedurali successive. Una prima fase provvisoria che inizia con l’introduzione della domanda tramite ricorso. In seguito il giudice della famiglia dispone delle misure provvisorie applicabili nel corso del procedimento, per esempio autorizzando i coniugi a vivere separati. Il giudice emana queste importanti misure provvisorie con l’ordinanza di non conciliazione. A partire da questo momento, è poi possibile instaurare la causa di merito. Nel diritto processuale francese si ritiene che la domanda di divorzio contenzioso sia proposta con il ricorso e non con la successiva citazione in giudizio.

qualcuno per poi rinunciare alla domanda subito dopo!

22. Nell'ipotesi in cui un'ordinanza di non conciliazione sia già stata resa, occorrerà precisare nella convenzione di divorzio consensuale quale sarà il futuro delle misure provvisorie in generale e il futuro dell'indennità di occupazione a titolo oneroso²² in particolare. Il caducamento potrebbe costituire una conseguenza procedurale opportuna.

23. La degiurisdizionalizzazione ha posto anche una difficoltà di diritto transitorio, ovvero il caso di una ordinanza di non conciliazione pronunciata prima del 31 dicembre 2016 non seguita da alcuna citazione. Dal momento che nel diritto francese i coniugi dispongono di una proroga di trenta giorni a partire dall'ordinanza di non conciliazione per formulare la citazione in giudizio, è ancora possibile una “*passerelle*” verso un divorzio consensuale, nonostante la domanda iniziale fosse anteriore al 1° gennaio 2017, data di entrata in vigore del nuovo testo? Ciò sembrerebbe *a priori* difficile, dal momento che l'abbandono della via giudiziaria si effettua posteriormente alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni.

2.3 Il contenuto della convenzione di divorzio consensuale

24. In mancanza dell'omologazione giudiziale della convenzione di divorzio consensuale, il contenuto dell'atto diviene determinante. Prima della riforma, l'omologazione dell'accordo sanava i vizi dell'atto e non era possibile contestarne la validità invocando un errore o il dolo²³, in base all'adagio “non sono ammesse azioni di nullità contro le sentenze”. Secondo questo adagio, l'accordo di divorzio omologato beneficia della stessa efficacia di una decisione giudiziale e dunque è necessario contestarlo utilizzando i mezzi di impugnazione previsti dal codice di procedura civile, come l'opposizione di terzo e il ricorso in cassazione. Si parla di principio di indivisibilità tra l'accordo di divorzio e il provvedimento di omologazione, il primo acquisisce così l'autorità giuridica del secondo²⁴. La Corte di cassazione ha

22 L'indennità di occupazione è generalmente dovuta dal coniuge che occupa il bene immobiliare comune o indiviso dei coniugi. Nell'ambito delle misure provvisorie prese dal giudice della famiglia nell'ordinanza di non conciliazione generalmente figura l'occupazione a titolo gratuito o oneroso dell'abitazione della famiglia.

23 Cass. Civ. 1^{re}, 23 nov. 2011, n° 10-26.802, *RTD civ.* 2012.98, obs. J. Hauser; Cass. Civ. 2^e, 6 maggio 1987, *Recueil Dalloz* 1987, p. 358, obs. J.-C. Groslière; *Rép. Def.* 1987, p. 1069, obs. J. Massip; *Rép. Def.* 1988, p. 1058, obs. M. Grimaldi; *RTD civ.* 1989, p. 50, obs. J. Rubellin-Devichi.

24 Sulla questione, cfr. M. GIACOPELLI-MORI « *L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés* », *RTD civ.* 2001, 505; A. TISSERAND, « *L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe* », *Mélanges D. Huet-Weiller*, ed. LGDJ, 1994,

affermato che “la sentenza di divorzio e il provvedimento di omologazione della convenzione che lo prevede hanno identica natura e non possono essere impugnati se non nei casi tassativamente previsti dalla legge²⁵”.

25. Nell’ambito di un divorzio senza giudice, l’indivisibilità svanisce e vi è il rischio di impugnazione della convenzione, specialmente in caso di dolo, in particolare nell’ipotesi di menzogna da parte di un coniuge sul proprio patrimonio.

26. Il contenuto imprescindibile dell’atto è puntualizzato dal nuovo art. 229-3 del codice civile. Il quarto comma precisa che l’atto deve prevedere le “modalità di regolamento completo degli effetti del divorzio”. Questo è essenziale nella prospettiva di un’eventuale impugnazione dell’atto. Pertanto è opportuno prevedere tutto, specialmente gli accordi economici, la sorte del domicilio coniugale... e la prestazione compensatoria! Gli avvocati che redigono gli atti devono essere vigili su questo punto, perché si trovano di fronte al rischio di un’azione di nullità per dolo.

27. In effetti, se si arriva ad un’impugnazione del contratto, quale sarà la sua portata? La nullità dell’atto riguarderà solamente le conseguenze del divorzio o anche il divorzio in sé, che avrà un fondamento contrattuale? Quest’ultima ipotesi sembrerebbe difficile da concepire, tenuto conto dell’effetto del divorzio sullo stato civile. Come si potrebbero “risposare” i coniugi divorziati in conseguenza della dichiarazione di nullità del contratto per dolo? Ciò sembra impossibile e la logica impone di considerare che il divorzio in sé sia considerato definitivamente acquisito²⁶.

28. È quindi opportuno scindere chiaramente i due profili, ovvero l’incidenza del divorzio sullo *status* e le conseguenze del venir meno del rapporto matrimoniale²⁷. L’inserimento di clausole, in particolare relative alla veridicità delle affermazioni sul patrimonio, si rivela importante. È anche possibile allegare una dichiarazione giurata. Allo stesso modo è possibile inserire nell’atto una clausola informativa sul diritto a una prestazione compensatoria con una rinuncia esplicita a tale diritto. In questo modo non bisognerà accontentarsi della formula esistente prima della riforma negli accordi di divorzio consensuale giudiziale, secondo cui “i coniugi convengono che non verrà versata la prestazione compensatoria”, ma scrivere che “la signora è al corrente che la legge le riconosce il diritto di richiedere al giudice una presta-

497; J. HAUSER, « *Le juge homologateur en droit de la famille* », in P. Ancel et M.-C. Rivier, dir., *Le conventionnel et le juridictionnel*, ed. Economica, 2001, 114; D. VILLANI, « *Quels sont les recours contre l’homologation d’une convention de divorce par consentement mutuel ?* », Recueil Dalloz 1995, cron., 253.

25 Cass. Civ. 2°, 6 maggio 1987, cit.

26 Cfr. infra n° 51 s.

27 Cfr. EGÉA, *Droit de la famille*, cit., n° 262.

zione compensatoria e dichiara espressamente di rinunciare a quest'ultima".

29. Anche la clausola relativa alle modalità di esercizio della potestà genitoriale porta con sé svariati dubbi e punti interrogativi. In effetti, un ritorno al giudice dell'omologazione dell'accordo sulla potestà genitoriale risulta possibile anche una volta omologata la convenzione di divorzio, quando vi è un mutamento di circostanze.

30. Nella convenzione di divorzio, in mancanza dell'omologazione del giudice, chi giudica quale sia l'interesse del figlio? Taluni ritengono che i genitori siano i migliori giudici dell'interesse dei figli, affermazione discutibile dal momento che il contenzioso familiare suscita delle passioni e dei rancori che spesso fanno venire meno l'obiettività necessaria. Il ricorso al giudice della famiglia rimane comunque possibile per far omologare per il futuro una convenzione che fissi le modalità di esercizio della potestà genitoriale.

31. Per quanto concerne il contenuto della convenzione, è opportuno altresì fissare la data degli effetti del divorzio perché i coniugi non avranno necessariamente coscienza di non essere ancora divorziati nel momento in cui si accordano sul regolamento dei loro interessi. Dopo quel momento, secondo lo schema presentato *supra*, seguono diverse fasi: pausa di riflessione, registrazione, modificazione degli atti dello stato civile. Tali fasi non costituiscono delle mere formalità amministrative, bensì degli elementi necessari a perfezionare il divorzio. In questa prospettiva, non è inutile redigere una clausola pedagogica che ricordi che la data degli effetti del divorzio tra i coniugi è fissata da loro e può essere precedente alla data di registrazione dell'atto²⁸. Per contro, riguardo ai terzi, la data in cui il divorzio ha effetto è quella della modifica degli atti dello stato civile.

32. Una volta che la convenzione è stata negoziata e che il suo contenuto è stato deciso dagli sposi, è opportuno procedere con le formalità di registrazione, che comportano la modifica degli atti dello stato civile dei coniugi.

3. La fase conclusiva del divorzio consensuale senza giudice

33. La fase conclusiva del divorzio consensuale senza giudice consiste in un procedimento che vede numerosi passaggi, così riassumibili:



28 Cfr. V. EGÉA, *Droit de la famille*, cit., n° 258.



34. Oltre a queste fasi principali, il decreto n° 2016-1907 del 28 dicembre 2016 ha inserito nel codice di procedura civile un nuovo art. 1148-1, 2° comma, che stabilisce che: “I coniugi possono altresì, fino al momento del deposito della convenzione di divorzio con registrazione con il numero di protocollo presso un notaio, adire il giudice presentando una domanda di separazione personale o di divorzio giudiziale secondo le condizioni previste dagli articoli 1106 e 1107”. In questo modo il passaggio al divorzio contenzioso rimane ancora possibile²⁹.

35. Innanzitutto è opportuno presentare i diversi passaggi che compongono la fase conclusiva del divorzio senza giudice (3.1), prima di precisare gli effetti del divorzio nei confronti dei terzi (3.2) e, infine, interrogarsi sull’eventuale impugnazione della convenzione registrata (3.3).

3.1 Le diverse tappe della fase conclusiva del divorzio senza giudice

36. La firma dell’accordo costituisce evidentemente una tappa fondamentale in quanto i coniugi si appropriano del contenuto dell’atto che, in futuro, regolerà i loro rapporti personali e patrimoniali. In un certo modo la firma da parte dei coniugi, combinata con la controfirma dei rispettivi avvocati³⁰, deve svolgere il ruolo fino a quel momento assunto dall’omologazione

29 Cfr. *supra* n° 18 s.

30 Nel precedente divorzio consensuale giudiziale, la coppia coniugata poteva essere

giudiziale. Per quanto concerne la firma del contratto e la controfirma degli avvocati, si pone la questione della presenza fisica dei due avvocati. L'art. 1145 del Codice civile ormai ha stabilito che gli avvocati devono essere fisicamente presenti al momento della firma e ciò può comportare dei costi per l'avvocato che si trova all'altro estremo della Francia.

37. È importante precisare che il contratto di divorzio da firmare deve comprendere in allegato “l'atto di divisione dei beni comuni in forma di atto pubblico e l'atto pubblico di attribuzione dei beni soggetti a pubblicità immobiliare”³¹. In assenza di beni iscritti nei pubblici registri immobiliari, la divisione dovrà assumere la forma di un atto pubblico? L'espressione “in forma di atto pubblico” in principio doveva interessare solo i beni immobili, che sono soggetti a pubblicità immobiliare. Infatti nel diritto francese solamente gli atti pubblici e in particolare gli atti notarili possono essere trascritti nei registri immobiliari. Se i coniugi sono locatari dell'abitazione familiare di cui non possiedono che qualche mobile, il contratto controfirmato dovrebbe essere sufficiente e l'atto notarile non è richiesto. Il Codice civile impone questa lettura in quanto l'art. 229-3, al 5° comma enumera come elemento da menzionare a pena nullità: “La divisione dei beni comuni, se necessario in forma pubblica dinnanzi al notaio quando la divisione riguarda beni soggetti a pubblicità immobiliare, o la dichiarazione che non vi sarà alcuna divisione”.

38. Oltre alla firma dei coniugi, il contratto di divorzio dev'essere controfirmato dagli avvocati dei coniugi. In questo modo la convenzione di divorzio assume la forma di una scrittura privata controfirmata dagli avvocati dei coniugi, secondo le condizioni del nuovo art. 1374 del Codice civile. Quest'ultima disposizione, prevista dall'ordinanza n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, riguarda la scrittura privata controfirmata dall'avvocato e dunque inserisce nel codice civile, in un certo senso santifica, alcune regole fino a quel momento contenute negli articoli 66-3-2 e 66-3-3 della legge n. 71-1130 del 31 dicembre 1971, contenente la riforma di talune professioni giuridiche e giudiziarie, istituite con la legge n. 2011-331 del 28 marzo 2011. Il nuovo art. 229-1 del Codice civile assoggetta il contratto di divorzio con-

assistita da un solo avvocato. Con la riforma e la degiurisdizionalizzazione divenuta realtà, il legislatore ha reputato che la presenza di due avvocati costituisca d'ora in avanti una garanzia di equilibrio dell'accordo, per evitare che il più forte, il più furbo o il più fortunato dei coniugi possa imporre la sua volontà all'altro nell'ambito del contratto di divorzio. In questa prospettiva è opportuno notare che il notaio non procede a un'omologazione che gli permette di assicurare l'equilibrio dell'accordo, bensì deve accontentarsi di procedere alla registrazione in seguito a una verifica formale abbastanza superficiale delle condizioni secondo il nuovo art. 229-3 del Codice civile.

31 Codice di procedura civile, art. 1145 comma 2.

sensuale alle forme e alle condizioni del nuovo art. 1374 del Codice civile, generando una certa ambiguità che costringerà gli avvocati redattori dell'atto a un'attenta vigilanza³².

39. Per cogliere pienamente questo punto è opportuno sapere che questa nuova disposizione ormai precisa il valore probatorio della scrittura privata controfirmata dall'avvocato disponendo che questa faccia fede della sua stesura e della firma delle parti, tanto nei loro riguardi quanto nei confronti degli eredi o aventi causa. Successivamente, il 12° comma aggiunge che la querela di falso prevista dal Codice di procedura civile è applicabile anche a questo atto. Infine, il 13° comma dispone che questo atto sia esonerato da qualsiasi menzione manoscritta prescritta dalla legge.

40. Malgrado il recente inserimento nel Codice civile di una norma sostanziale che fino a quel momento era contenuta in una legge speciale, avvenuto in occasione della riforma del diritto dei contratti, delle prove e delle obbligazioni, è necessario dire che l'art. 66-3-1 della legge n. 71-1130 del 31 dicembre 1971 non è stato trasfuso nel Codice civile. Ora, questo testo dispone che "controfirmando un atto con forma di scrittura privata, l'avvocato certifica di aver chiarito pienamente alla parte o alle parti da lui assistite le conseguenze giuridiche di tale atto". Situato al di fuori del Codice civile, l'art. 66-3-1 della legge n. 71-1130 del 31 dicembre 1971 non è oggetto di una menzione nel nuovo art. 229-1 del Codice civile. Eppure l'obbligo che pesa sull'avvocato redattore dell'atto di chiarire alle parti le incidenze giuridiche di quest'ultimo si colloca nel quadro che ci interessa.

41. Per esempio, gli avvocati redattori dell'accordo hanno tutto l'interesse di precisare ai coniugi la distinzione quanto agli effetti del divorzio³³. Infatti, se la registrazione del contratto con il numero di protocollo di un notaio gli conferisce esecutività, facendogli acquisire efficacia nei rapporti tra i coniugi per quanto concerne i loro beni, nei confronti di terzi l'accordo di divorzio è opponibile a partire dal giorno in cui le formalità di annotazione a margine prescritte dalle regole dello stato civile sono state compiute³⁴. Secondo il diritto civile francese, il professionista del diritto che redige l'atto è tenuto ad assicurarne l'efficacia giuridica. In questo modo è possibile evitare, per quanto concerne gli effetti del divorzio, che i coniugi si immaginino di essere divorziati nei confronti di terzi una volta effettuata la registrazione, sebbene non lo siano ancora. Infatti, in tale ipotesi, se uno dei due procede all'acquisto di un bene non ne sarà necessariamente il proprietario esclusivo, perché è ancora sposato.

32 Cfr. V. EGÉA, *Droit de la famille*, op. cit., n° 252 et 253.

33 Cfr. *supra* n° 31.

34 Codice civile, art. 262.

42. Entro il settimo giorno dalla firma del contratto, l'art. 1146 del Codice di procedura civile impone la trasmissione dell'atto al notaio da parte dell'avvocato più diligente. La trasmissione dell'atto deve compiersi attraverso lettera raccomandata con ricevuta di ritorno. Il procedimento è interessante perché fornisce informazioni sulle date di spedizione e di ricezione dell'atto, ma nulla sul contenuto del plico postale. Del resto, per quanto riguarda tale obbligo, non esiste una sanzione nel caso in cui la trasmissione avvenga oltre la scadenza di sette giorni legalmente prevista. Se un eventuale ritardo causa un danno, si potrà pensare ad invocare la responsabilità civile professionale degli avvocati negligenti. Peraltro l'esistenza di un danno non risulta facile da determinare in una situazione di questo tipo. Si possono fare delle ipotesi, ma rimarrebbero abbastanza teoriche. Così sarà possibile subire un danno se durante questo ritardo nella trasmissione dell'atto uno dei coniugi propone al giudice della famiglia una domanda di divorzio contenzioso, come consente l'art. 1146-2, 2° comma, del Codice di procedura civile³⁵, rendendo il divorzio giudiziale ben più costoso per l'altro coniuge rispetto alle modalità inizialmente convenute. La situazione permane ipotetica e, per dirla tutta, senza dubbio aneddotica. Eppure, il tenore dei nuovi testi permette di intravederla.

43. Il notaio cui è indirizzato l'accordo firmato dai coniugi e controfirmato dagli avvocati deve procedere alla registrazione dell'atto con il proprio numero di protocollo. Contrariamente ad alcune presentazioni talvolta caricaturali del nuovo divorzio consensuale nel diritto francese, il notaio non detiene il potere di omologare l'atto, contrariamente a ciò che prevede il diritto spagnolo per il divorzio dinnanzi al notaio³⁶. Il notaio francese limita il proprio controllo a una semplice verifica formale della validità dell'atto. Se i testi non lasciano ombra di dubbio su questo punto, la tariffa ufficiale applicata per la registrazione lo conferma. Infatti è prevista una remunerazione forfettaria di cinquanta euro, dimostrando così che le verifiche richieste al notaio rimangono modeste.

44. Una questione più imbarazzante riguarda il pagamento delle tasse. Nel quadro del precedente divorzio consensuale che esisteva fino al 31 dicembre 2016 e che permane qualora il figlio minore richieda di essere ascoltato dal giudice della famiglia³⁷, l'ufficio giudiziario trasmetteva la sentenza all'amministrazione fiscale perché questa procedesse a una tassazione, poiché nel diritto francese la divisione dei beni comuni è soggetta ad una tassa specifica: il diritto di divisione. Ad oggi sembra che siano gli avvocati

35 Su questo punto, cfr. *supra* n° 18 s.

36 Cfr. *supra* n° 2.

37 Cfr. *supra* n° 13 s.

a dover richiedere all'amministrazione fiscale la liquidazione della tassa da pagare, se non perfino ad accantonare tali somme.

45. In Francia svariate questioni tecniche hanno suscitato nutriti dibattiti ed interrogativi. Per quanto concerne la registrazione, il notaio che stende il prospetto della divisione può sempre procedere alla registrazione? Niente sembra escluderlo espressamente ma si pone la questione dell'esatta ampiezza dei poteri nel notaio che procede alla registrazione³⁸.

3.2 Gli effetti nei confronti dei terzi

46. Determinare la data in cui il divorzio produce i suoi effetti nei confronti di terzi rimane importante. Come conciliare in questo ambito gli articoli 1148 del codice di procedura civile e l'art. 262 del codice civile? Quest'ultimo dispone che «il contratto o la sentenza di divorzio è opponibile ai terzi, per quanto concerne i beni dei coniugi, a partire dal giorno in cui sono state compiute le formalità di annotazione a margine prescritte dalle regole dello stato civile».

47. Curiosamente, l'art. 1148 del codice di procedura civile afferma invece che «nei confronti di terzi, il divorzio o la separazione personale sono documentati con la sola produzione di un estratto della decisione che li ha pronunciati, contenente il solo dispositivo, accompagnato dalla dichiarazione della sua efficacia esecutiva, in conformità con l'art. 506».

48. Molto verosimilmente, il codice civile preme su questo punto in applicazione della gerarchia delle norme e del primato della legge sul contratto. Pragmaticamente, l'attestazione vale come prova del divorzio fino alla modifica degli atti dello stato civile.

3.3 L'impugnazione della convenzione registrata

49. L'autorità e la forza giuridica del contratto registrato con il numero di protocollo di un notaio illustrano perfettamente il nocciolo della riforma entrata in vigore, ovvero il passaggio da una logica giurisdizionale precedentemente caratterizzata dall'omologazione da parte del giudice della famiglia ad una logica contrattuale. In passato infatti la giurisprudenza rifiutava le impugnazioni degli accordi di divorzio consensuale in ragione del principio di indivisibilità, secondo cui l'atto dei coniugi perde la sua natura contrat-

38 A questo proposito, cfr. not. J. CASEY, « *Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur* », AJ fam. 2017.14, spec. n° 25; Comp. H. FULCHIRON, « *Divorcer sans juge : à propos de la loi du 18 novembre 2016* », JCP ed. G. 2016, art. n° 1267.

tuale ed è parte integrante del provvedimento di omologazione³⁹. Dunque non era possibile contestare l'accordo in caso si fosse scoperto un errore o un dolo, in virtù del principio "non sono ammesse azioni di nullità contro le sentenze". I coniugi erano tenuti ad utilizzare i mezzi di impugnazione previsti nel processo civile.

50. D'ora in avanti non esiste più l'omologazione giudiziale dell'accordo e ciò lascia supporre che sia possibile impugnarlo⁴⁰ per nullità in caso di scoperta di un dolo perpetrato da uno dei coniugi. Per convincersi è sufficiente pensare alla situazione in cui uno dei coniugi nasconde l'esistenza di un proprio bene durante la negoziazione delle conseguenze del divorzio. Se il coniuge scopre tale omissione posteriormente alla registrazione del contratto di divorzio, può rimetterlo in discussione qualora il suo consenso sia stato viziato?

51. Il diritto comune degli atti giuridici in generale e il diritto dei contratti in particolare, in tale ipotesi sembrano consentire che la convenzione sia dichiarata nulla per dolo⁴¹. Supponendo l'ammissibilità di tale azione, quali saranno i suoi effetti? Essa si ripercuoterà *a priori* sugli effetti patrimoniali del divorzio, in quanto la modifica degli stati civili dei coniugi sembra definitivamente ottenuta. Per sicurezza e al fine di evitare che il coniuge che ha subito il danno rimetta in discussione l'integrità dell'accordo, compreso il suo assenso allo scioglimento del matrimonio, sostenendo che il divorzio in sé ha acquistato natura contrattuale, sembra opportuno disinnescare tali rischi inserendo nell'atto una clausola attraverso la quale i coniugi dichiarano di accettare irrevocabilmente la dissoluzione del rapporto.

52. Peraltro e in maniera molto pragmatica, anche nell'era del precedente divorzio consensuale giudiziale la giurisprudenza ha sempre tollerato che le omissioni di beni nella convenzione di divorzio fossero corrette attraverso la possibilità di una divisione definita "complementare"⁴². Si può quindi ragionevolmente pensare che questa soluzione che permette di effettuare una nuova divisione dei beni in caso di omissione – volontaria o meno – continui a produrre i suoi effetti nel quadro della nuova regolamentazione. Infatti essa permette di combinare la ricerca di un equilibrio nella ripartizione dei

39 Cfr. V. EGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, ed. Lextenso, Parigi, 2010, spec. n° 268 s.

40 Su questa problematica: S. THOURET, « *Quelles voies de recours dans le nouveau divorce par consentement mutuel ?* », *Dr. famille* 2016, dossier, art. n° 30.

41 Cfr. V. EGÉA, *Droit de la famille*, op. cit., n° 261.

42 In questo senso: Cass. Civ. 1^{re}, 13 dic. 2012, n° 11-19.098, *Dr. famille* 2013, com. n° 27, obs. V. Larribau-Terneyre; *RTD civ.* 2013.95, obs. J. Hauser; *RTD civ.* 2013, p. 657, obs. B. Vareille; Rép. Def. 2013, p. 413, obs. J. Massip; JCP éd. N. 2013, p. 1101, note M. Nicod.

beni della coppia senza tuttavia sconvolgere le situazioni giuridiche create dalla pronuncia di divorzio.

53. Per concludere, il nuovo divorzio consensuale senza ricorso al giudice solleva numerose difficoltà e quesiti che la giurisprudenza francese dovrà risolvere. Al momento, questa nuova forma di divorzio costituisce un'ardua scommessa. Si tratta di puntare su coloro i quali redigono gli atti e sull'attitudine dei coniugi a gestire una negoziazione. In tal senso la sparizione dell'omologazione giudiziale testimonia un movimento che interessa profondamente il diritto di famiglia francese. A lungo sottoposto a un ordine pubblico forte e vincolante, questo ramo del diritto si rivela sempre più ridotto entro l'ambito del diritto comune delle obbligazioni e dei beni. Tale distacco dal diritto speciale costituisce senza dubbio l'elemento più significativo delle nuove regole in materia di divorzio entrate in vigore il 1° gennaio 2017. Rimane da vedere se i destinatari del nuovo istituto, membri della famiglia e redattori dell'accordo, coglieranno queste opportunità o se la riforma non è che una tappa verso una liberalizzazione totale delle modifiche degli atti dello stato civile.

MARIA FEDERICA MOSCATI

Lecturer in Family-Law, University of Sussex

Risoluzione dei conflitti alternativa al giudizio e diritto di famiglia in Inghilterra*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione della *Family Justice*. – 3. Risoluzione dei conflitti alternativa al giudizio e scioglimento dei matrimoni e *civil partnerships*. – 4. Riflessioni finali.

1. Introduzione

Questo contributo intende analizzare criticamente alcuni aspetti che riguardano il ricorso alla mediazione per la risoluzione di conflitti intra-familiari in Inghilterra¹. L'argomento che guida la presente analisi conferma la tesi per cui se, da un lato, il pluralismo dei metodi di risoluzione rappresenta un vantaggio per le parti in conflitto, dall'altro le recenti riforme al sistema della giustizia familiare in Inghilterra sollevano dubbi circa la piena tutela dell'accesso alla giustizia delle parti coinvolte in un conflitto familiare. Inoltre, l'utilizzo di metodi alternativi al giudizio non sempre tiene in considerazione la varietà di modelli familiari e la molteplicità di aspetti problematici che i conflitti familiari presentano in una società come quella attuale caratterizzata da multiculturalità e globalizzazione.

Il contributo si articola in due parti. La prima parte analizza gli sviluppi che hanno contraddistinto la *Family Justice* (giustizia familiare) in

* L'autrice ringrazia la professoressa Chiara Besso per averla coinvolta in questo interessante progetto e la dottoressa Anna Lorenzetti per gli utili commenti offerti sulla bozza del presente scritto.

1 Il sistema legale considerato è costituito dall'Inghilterra e dal Galles.

Inghilterra nell'ultimo decennio. La seconda parte si concentra sulle procedure di divorzio e scioglimento di matrimoni e *civil partnerships*². In entrambe le sezioni saranno analizzati alcuni dati che riguardano le difficoltà che i *litigants in person* – ossia coloro che non avendo accesso al gratuito patrocinio si difendono da soli – affrontano durante la risoluzione giudiziale di separazioni e divorzi.

Prima di addentrarsi nell'analisi della giustizia familiare è importante inquadrare il tema all'interno del più ampio sviluppo di ADR (acronimo che sta per *Alternative Dispute Resolution*, ossia modi di risoluzione del conflitto alternativi al giudizio) in Inghilterra.

In Inghilterra l'utilizzo di metodi di risoluzione alternativi al giudizio ha ricevuto uno specifico interesse a livello parlamentare e accademico sin dalla fine degli anni novanta del secolo scorso. Inoltre, un'importante spinta all'uso di metodi extragiudiziali è giunta dai giudici, che hanno contribuito alla crescita di una cultura tendente al ricorso ad ADR non solo attraverso le loro decisioni, ma anche attraverso guide giudiziarie specializzate e sistemi di mediazione giudiziaria³. A tal proposito è importante notare come Simon Roberts, basandosi su un suo studio etnografico, abbia sostenuto come sia importante ripensare al ruolo dei tribunali (*courts*) non più attraverso il modello neo-classico di sede deputata esclusivamente alla produzione di decisioni giudiziarie. Secondo Roberts i tribunali svolgono funzioni pluralistiche formali e informali, incluso il facilitare la risoluzione di conflitti in modo amichevole e stragiudiziale⁴. Altri fattori indicativi dell'importanza che i metodi extragiudiziali stanno assumendo in Inghilterra comprendono la nascita di nuove figure professionali quali i mediatori, la creazione di corsi di formazione per la mediazione e l'arbitrato, il coinvolgimento degli avvocati come mediatori, la creazione di nuovi meccanismi di ADR come il *collaborative law*, nonché l'inclusione di corsi sulle ADRs all'interno dei *curricula* accademici.

In tale contesto, particolare importanza hanno rivestito le riforme del si-

2 Le coppie di persone dello stesso sesso hanno la possibilità di registrare la propria unione come *civil partnership* regolata dal *Civil Partnership Act 2004*, o come matrimonio regolato dal *Marriage (Same-Sex) Act 2013*.

3 V. ad es.: *Cowl v Plymouth City Council* [2002] 1 WLR 803; *Burchell v Bullard* [2005] BLR 330; *Egan v Motor Services (Bath) Ltd* [2008] 1 WLR 1589. Ma in *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] ECWA Civ 576 la *Court of Appeal* ha specificato che il giudice ha solo in potere di suggerire alla parti di considerare la mediazione, ma non di ordinare loro la mediazione come stadio obbligatorio della risoluzione della controversia.

4 S. ROBERTS, *The Changing Face of the English Court in the Early Twenty-First Century: a Neo Pluralistic Approach*, in *International Journal of Legal Discourse*, 2016, vol.1, 87.

stema di giustizia civile sviluppate da Lord Woolf⁵ che verranno analizzate tra breve. L'obiettivo era quello di trovare misure che offrissero alternative volte a ovviare alle disfunzioni della giustizia civile e allo stesso tempo capaci di introdurre un approccio culturale non conflittuale alla risoluzione dei conflitti che quindi privilegiasse procedure non giudiziali, ma basate su soluzioni prese dalle parti stesse. Occorre tuttavia precisare che l'enfasi posta in particolare sulla mediazione solleva interrogativi circa l'accesso alla giustizia e l'istituzionalizzazione di metodi che nascono come informali.

Roberts e Palmer⁶ sottolineano che il ricorso a meccanismi extragiudiziali per la risoluzione delle controversie può essere trovato in tutte le società e in ogni epoca storica. E così quello che viene comunemente considerato una novità – il c.d. *ADR movement* – non è in realtà che una rinnovata, e alcune volte istituzionalizzata, visione di sistemi di giustizia informale. Infatti, come pregevolmente dimostrato da Aurbach⁷, Abel⁸ e Nader⁹, in numerosi contesti sociali è possibile riscontrare l'alternarsi di giustizia formale e informale. A determinare quale sia la forma di giustizia prevalente sono fattori sociali e storici che vanno analizzati empiricamente e caso per caso, senza che sia possibile proporre una loro generalizzazione. Questo alternarsi fra giustizia formale e giustizia informale sussiste secondo caratteristiche analoghe anche in Inghilterra. Ad esempio a parere della scrivente, e basandosi su una ricerca ancora in itinere, una spinta verso l'utilizzo di forme di giustizia alternativa deriva anche dal periodo di austerità economica e dalla necessità di contenere la spesa pubblica che il Paese sta affrontando.

Per quanto il primo atto normativo di introduzione di un meccanismo extragiudiziale per la risoluzione dei conflitti risalga al 1697 con l'emanazione dell'*Arbitration Act*, è nella seconda metà del ventesimo secolo che si è assistito ad un incremento dell'interesse legislativo e dottrinale verso le ADRs. Anche se analizzare i principali sviluppi dei metodi di ADR in Inghilterra nel dettaglio non rientra nell'obiettivo del presente lavoro, in un quadro di insieme vanno ricordati alcuni importanti passaggi verso il loro

5 I due *report* sull'*Access to Justice* sviluppati da Lord Woolf sono liberamente accessibili sui seguenti siti internet: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk> e <http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>.

6 S. ROBERTS e M. PALMER, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, 2^a ed., Cambridge 2005.

7 J.S. AUERBACH, *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*, Oxford, 1983.

8 R.L. ABEL, *The Politics of Informal Justice*, Vol.1: *The American Experience*, New York, in particolare *Introduction*, 1982.

9 L. NADER, *The Recurrent Dialectic Between Legality and its Alternatives: The Limits of Binary Thinking*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1986, vo. 132, 621.

riconoscimento giuridico, come ad esempio l'istituzione del *Parliamentary Ombudsman* nel 1967¹⁰, la creazione del Servizio di consulenza, conciliazione e arbitrato (ACAS) nel 1975, l'emanazione dell'*Arbitration Act* nel 1996 e la *General Practice Direction* nel 1995, nonché il lancio di due progetti pilota di mediazione nella *Central County Court* di Londra¹¹.

Questi sviluppi sono stati accompagnati da una crescente insoddisfazione quanto al vigente sistema della giustizia civile, percepita come troppo costosa, complessa e lenta. Nel 1994, al fine di analizzare le regole e le procedure dei tribunali civili in Inghilterra e Galles, Lord Woolf fu incaricato di sviluppare un'indagine conoscitiva sullo stato della giustizia. In particolare il risultato dell'indagine conoscitiva evidenziò quali caratteristiche del sistema di giustizia civile gli eccessivi costi, la lunghezza dei processi e la generale complessità delle norme procedurali. Tutto questo si poneva in netta contraddizione con i principi del sistema della giustizia civile che, come sottolineato da Lord Woolf, per essere accessibile, deve essere equo, reattivo, proporzionale, ragionevolmente rapido e comprensibile. Per ovviare a tali disfunzioni, Lord Woolf propose nuove norme sulla procedura civile (CPR), orientate all'obiettivo prioritario di consentire al giudice di trattare i casi con celerità e costi proporzionati, ma nel rispetto del principio di accesso alla giustizia, l'incoraggiamento della risoluzione anticipata attraverso i cd *pre-action protocols*, il raggruppamento delle norme procedurali in un unico *corpus* normativo, un ricorso maggiore alla tecnologia durante il procedimento e un generale incoraggiamento a risolvere le dispute nella fase pre-giudiziale. Ancora più rilevante è il chiaro riconoscimento, nel *Practice Direction Pre-Action Protocol*, del ruolo dei tribunali a sostegno di una cultura dell'ADR. Ad esempio, ai sensi del CPR 3 (c) e (d), prima di iniziare il procedimento giudiziario il giudice chiede alle parti se abbiano considerato di addivenire ad un accordo facendo ricorso ad un metodo di risoluzione extragiudiziale. Ancora l'art. 8 chiarisce che il ricorso alla procedura giudiziale debba essere considerato come la soluzione estrema, in quanto le parti sono chiamate a considerare la negoziazione, mediazione o altre forme di ADR. Infine, in tutto il quadro normativo delle *Practice Direction* si fa esplicito riferimento ad una varietà di meccanismi stragiudiziali, inclusi la negocia-

10 Introdotta dal *Parliamentary Commissioner Act* 1967. Dal 1967 in tutta la Gran Bretagna l'istituzione di *Ombudsman* ha caratterizzato diversi settori pubblici e privati. Si veda: N. CREUTZFELDT, *What Do We Expect From An Ombudsman? Narratives of Everyday Engagement With the Informal Justice System in Germany and the UK*, in *International Journal of Law in Context* 12 (4), 2016.

11 Per una disamina completa si veda: H. Genn, *The Central London County Court Pilot Mediation Scheme: Evaluation Report*, London, 1998; H. GENN et al, *Twisting arms: court referred and court linked mediation under judicial pressure*, London, 2007.

zione, la mediazione, l'*early neutral evaluation* e l'*Ombudsman*.

In una prospettiva cronologica, l'ultimo significativo cambiamento riguardante il sistema di giustizia civile risale al 2012 con le riforme apportate da Lord Jackson che, benché orientate all'accesso alla giustizia¹², hanno in realtà e paradossalmente contribuito alla creazione di nuovi ostacoli. In particolare, il fine dell'indagine conoscitiva, prima, e delle riforme, dopo, è stato di accelerare la chiusura dei processi apportando tagli consistenti al *legal aid*. Al centro delle riforme e oggetto di un controverso e acceso dibattito vi è il *Legal Aid, Sentencing and Punishment Act 2012* (LASPO), redatto perseguendo una serie di obiettivi, tra cui limitare indebiti e inutili ricorsi alla giustizia. Di fatto sia il fine, sia le conseguenze di LASPO devono considerarsi contrari ai principi di accesso alla giustizia.

2. L'evoluzione della *Family Justice*

I diversi percorsi di sviluppo che hanno caratterizzato la giustizia civile in Inghilterra non hanno risparmiato la giustizia in tema di conflitti familiari. L'attuale regolamentazione del sistema di giustizia familiare è frutto di un lungo e controverso dibattito. In particolare, a partire dalla fine degli anni settanta del secolo scorso, tre relazioni e progetti governativi hanno posto i presupposti all'attuale quadro normativo. Come si vedrà tra breve il *leit motiv* di tutti e tre gli interventi governativi è stata l'enfasi circa l'importanza di ridurre la conflittualità durante la risoluzione dei conflitti attraverso il ricorso a vari metodi di ADR.

In primo luogo va ricordato il *report* di Sir Morris Finer *One-Parent Families* (1974) in cui si sottolineava l'importanza di incoraggiare le parti di un divorzio a utilizzare la conciliazione, per giungere a soluzioni ragionevoli in grado di salvaguardare le relazioni affettive a lungo termine che derivano dai vincoli familiari. L'uso del termine conciliazione non è casuale. Come ricorda Marian Roberts¹³, l'inserimento di un riferimento alla conciliazione nella relazione Finer ha lo scopo di lasciare alle parti la principale responsabilità nella soluzione dei propri conflitti familiari. Bisogna sottolineare che l'intero assetto del diritto di famiglia inglese cerca di incoraggiare le parti a raggiungere soluzioni conciliative e appropriate per tutti coloro che sono coinvolti nel conflitto. Ad esempio il *Children Act* del 1989 fu emanato con l'obiettivo, tra gli altri, di bilanciare l'intervento pubblico con l'autonomia

12 Si veda in particolare: Lord Jackson R, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report* (TSO 2009).

13 M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes. Principles of Practice*, Aldershot, 2014.

dei genitori, incoraggiare la collaborazione tra i genitori e incrementare l'uso di accordi privati¹⁴.

Il secondo importante passaggio verso la creazione di una giustizia familiare più aperta a metodi informali giunge con la relazione *Booth* laddove si fa espresso riferimento alla essenza della conciliazione quale metodo di risoluzione in cui le parti mantengono il controllo sulla risoluzione dei conflitti che le vedono protagoniste e per questo più consona del processo a raggiungere soluzioni che proteggano relazioni affettive a lungo termine. Infine, la *Law Commission*, nella relazione *Family Law and the Ground for Divorce* (1990, n. 192), ha espressamente precisato che l'obiettivo della conciliazione o della mediazione "è aiutare la coppia a raggiungere un accordo sul futuro, migliorare la comunicazione, e aiutare i genitori a cooperare nel far crescere i propri figli" (par. 5.30.iii). Un importante passo per l'inserimento della mediazione per la risoluzione delle controversie familiari è avvenuto con il primo Libro Verde del 1993 e successivamente con il Libro Bianco del 1995, che ha suggerito la mediazione quale parte integrante del processo di divorzio. Tuttavia, nessuno dei documenti su citati introduce la mediazione quale passaggio obbligatorio per la risoluzione delle dispute familiari. Pertanto, l'obiettivo delle riforme proposte è stato quello di informare i contendenti circa i vantaggi e gli svantaggi della mediazione.

Sulla base dei tre *report* su analizzati, nel 1996 il Governo aveva introdotto il *Family Law Act* che avrebbe dovuto apportare consistenti e significativi cambiamenti all'allora sistema di giustizia familiare. In particolare, benché in assenza della previsione del ricorso alla mediazione obbligatoria, nella parte III del disegno di legge si creava una serie di opportunità per la mediazione. In particolare, si prevedeva che le parti fossero indirizzate verso la mediazione in casi di gratuito patrocinio o a seguito di un *meeting* obbligatorio pre-giudiziale in cui le parti ricevono informazioni in proposito. Per quanto mai approvato, il *Family Law Act* 1996 ha comunque esercitato una certa influenza sulla legislazione successiva e in specie sulla procedura divorzile. In particolare la *Practice Direction* 12B prevede il cd. *First Hearing Dispute Resolution Appointment* cui partecipano le parti, un dipendente del *Children and Family Court Advisory and Support Service* (Cafcass)¹⁵ e un giudice. Un mediatore è sempre disponibile qualora le parti decidano di iniziare la mediazione. Tale udienza ha lo scopo di assistere le parti nel trovare una soluzione partecipata ed extragiudiziale.

Inoltre, il *Pre-Application Protocol for Mediation Information and Assessment Meeting* (2011) sottolinea l'importanza che le parti siano infor-

14 J. HERRING, *Family Law*, London, 2017.

15 Il ruolo di Cafcass è rappresentare bambini e adolescenti durante i procedimenti di adozione, divorzio e separazione, affidamento.

mate sulle caratteristiche di meccanismi risoluzione extragiudiziali. Ciò è ottenuto attraverso un “*Meeting Information and Assessment Mediation*” (MIAM). In base al *Children and Families Act* 2014 il MIAM è obbligatorio¹⁶ per tutti i *partner* sposati di sesso opposto e dello stesso sesso o in *civil partnership* che hanno un conflitto familiare e desiderano divorziare o sciogliere la loro relazione. L’art. 10 (1) dispone che le parti partecipino all’incontro di informazione sulla mediazione prima di iniziare il procedimento giudiziale. Il MIAM ha due scopi. Il primo importante scopo è determinare se la mediazione sia appropriata per la risoluzione di quel determinato conflitto. È in questa fase che il mediatore/mediatrice procede a verificare se ci siano stati episodi di abuso familiare tra le parti. Il secondo scopo del MIAM è informare le parti riguardo il processo di mediazione. Seppur il *Children and Families Act* 2014 non renda la mediazione obbligatoria, prevede comunque che il giudice possa sospendere il procedimento allo scopo di esaminare questa opzione (s.3.3 (1)).

L’ultimo grande e significativo cambiamento al sistema di giustizia familiare si è avuto nel 2012 a seguito della già menzionata entrata in vigore del *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* 2012 (LASPO). Prima di entrare nel dettaglio dell’analisi dell’impatto che il LASPO ha avuto sul sistema di giustizia familiare è importante ripercorrere le fasi che hanno condotto ad esso.

Nel 2011, il Ministero di giustizia ha pubblicato il *report Family Justice Review*, in cui dopo una meticolosa analisi dello stato della giustizia in tema di conflitti familiari, sono emersi gravi disfunzioni quali il ritardo nella conclusione dei processi e la natura estremamente conflittuale del contraddittorio. In particolare il *report* conclude che troppo spesso durante la procedura giudiziale di divorzio le coppie si trovano coinvolte in discussioni estremamente aggressive su temi sensibili, quando in realtà optare per procedure alternative al giudizio potrebbe offrire la possibilità di raggiungere velocemente accordi amichevoli e più appropriati alle esigenze di tutte le parti coinvolte. Inoltre, sottolinea il *report*, si assiste a una limitata ottemperanza alle decisioni giudiziali.

A seguito del *Family Law Review*, il Governo ha proceduto all’attuazione di una serie di riforme ispirate al rispetto del superiore interesse dei minori, alla necessità di un loro coinvolgimento nella risoluzione del conflitto familiare e all’importanza di ricorrere a metodi alternativi al giudizio nei casi di divorzio e separazione. Le riforme si sostanziano, in particolare, nella creazione di una *Combined Family Court*, un unico tribunale di famiglia, nel taglio significativo del sistema di gratuito patrocinio e nell’inserimento del

16 Ci sono delle eccezioni. In particolare nel caso di abuso domestico o di tentata e fallita mediazione, il MIAM non è obbligatorio.

MIAM. Inoltre, come segnalato, le riforme introdotte enfatizzano l'importanza di privilegiare metodi di risoluzione alternativi al giudizio e di ricorrere al giudice solo in casi estremi.

Vi è da ritenere che le riforme sopra riepilogate, per quanto ricondotte alla garanzia dell'accesso alla giustizia delle parti coinvolte, violano in realtà l'accesso alla giustizia, frapponendo ostacoli significativi. Come ha sottolineato Mauro Cappelletti, una delle principali barriere all'accesso alla giustizia è la disponibilità di finanziamenti e il taglio al gratuito patrocinio introdotto con il LASPO rappresenta una violazione evidente dei principi di accesso alla giustizia. Il gratuito patrocinio in tema di giustizia familiare è ora possibile solo per i cd. *public law cases* e per cause in cui ci sia stato abuso domestico o il pericolo di abuso nei confronti di minorenni parte della famiglia. Tuttavia, per la mediazione rimane il *legal aid*.

Ci sono dubbi circa le barriere che sia il MIAM sia la mediazione potrebbero presentare per l'accesso alla giustizia. Come suggerito, il MIAM ha due obiettivi principali, ossia valutare se la controversia e le parti siano idonee alla mediazione e fornire informazioni alle parti in materia di mediazione. Vanno segnalati alcuni problemi al riguardo. In particolare, alcuni mediatori – intervistati dalla scrivente per una ricerca ancora in corso – hanno segnalato che durante il MIAM lo *screening* della violenza domestica potrebbe essere gestito male, potrebbero esserci differenze significative per quanto riguarda la preparazione dei mediatori e i mediatori stessi potrebbero non fornire informazioni complete e precise sulla mediazione. Inoltre, in molti casi la tempistica dedicata al MIAM potrebbe non essere sufficiente per valutare se la mediazione risulti appropriata per la risoluzione dello specifico conflitto.

In mediazione l'accesso alla giustizia potrebbe essere compromesso da altre limitazioni. Si pensi, ad esempio, al fatto che una delle caratteristiche fondamentali della mediazione è il suo carattere volontario, per cui dovrebbe essere una scelta e non una fase obbligatoria della risoluzione di una controversia; tuttavia, sembra che i tagli all'assistenza legale abbiano invece introdotto una mediazione implicitamente obbligatoria, con il risultato che le parti che non vogliono mediare, non necessariamente partecipano al processo in buona fede o al contrario il ricorso alla mediazione può risultare considerevolmente limitato. Inoltre, l'Inghilterra e il Galles non presentano regolamenti professionali nazionali per i mediatori e pertanto le mediazioni familiari condotte da mediatori privati potrebbero non essere ben gestite. Infine, come chiaramente evidenziato da parte della letteratura femminista, l'uso della mediazione potrebbe esacerbare i conflitti e gli squilibri di potere tra uomo e donna.

Ma cosa accade a coloro che, non avendo *legal aid* e non confidando nel-

la mediazione, optano per il giudizio? Diventano *litigants in person*, ossia hanno la possibilità di rappresentarsi da soli in tribunale. Quanto ai *litigants in person* nel sistema di giustizia familiare, e sulla base dei risultati iniziali di una ricerca empirica (ancora in corso) sull'impatto di *legal clinic* sull'accesso alla giustizia, è possibile individuare una serie di limitazioni specifiche all'accesso alla giustizia. In particolare, sono segnalati limiti circa la lingua, la conoscenza del diritto di famiglia e della procedura civile, limiti ulteriori derivanti dal carico emotivo che le dispute familiari comportano, dalla mancata conoscenza dei vari formulari da compilare prima di essere ammessi al giudizio, dalla disparità che si crea tra un *litigant in person* e la controparte legalmente rappresentata in giudizio e il timore che ha del giudice e del sistema giudiziario chi non è professionalmente qualificato.

3. Risoluzione dei conflitti alternativa al giudizio e scioglimento dei matrimoni e *civil partnerships*

Nel prestare attenzione a divorzi e *dissolution of civil partnership* occorre sottolineare che, come disciplinato dal *Matrimonial Causes Act 1973*, *Civil Partnership Act 2004* e *Marriage (Same-Sex) Act 2013*, le parti devono dimostrare che la relazione sia *irretrievably broken down* (definitivamente compromessa). Questo va dimostrato sulla base di cinque fatti, ossia adulterio della controparte, comportamento della controparte, abbandono del tetto coniugale, due anni di separazione con il consenso della controparte, cinque anni di separazione. Va sottolineato che il criterio dell'adulterio non si applica alle coppie *same-sex*.

Se pure il ricorso alla mediazione non è obbligatorio, lo è il *Mediation Information and Assessment Meeting* (MIAM), che tuttavia può essere evitato se le parti hanno raggiunto un accordo su tutti gli aspetti del divorzio. L'intera procedura del divorzio e della *dissolution*, tuttavia, incoraggia un approccio amichevole e non contenzioso. Ad esempio, le parti devono partecipare al *Dispute Resolution Meeting* (letteralmente: incontro di risoluzione della disputa) durante il quale il giudice constaterà se il ricorso alla mediazione sia possibile.

Il ricorso a metodi alternativi al giudizio per la risoluzione dei conflitti familiari è ormai comune in Inghilterra. Insieme alla mediazione¹⁷, le parti

17 La mediazione familiare va distinta da altri istituti simili come terapia familiare e *counseling*. Si veda M. ROBERTS, *A view from the coal face: interdisciplinary influences on family mediation in the United Kingdom*, in *The Journal of Comparative Law (Special Issue on Interdisciplinary Studies and Comparative Law)*, vol. IX, Is. 2.

hanno comunque la possibilità di optare per il *collaborative law*, la negoziazione tra avvocati e l'arbitrato familiare. Un'importante recente ricerca¹⁸ ha dimostrato che spesso le coppie procedono attraverso diverse soluzioni prima di giungere alla conclusione del rapporto affettivo.

Limitando la disamina alla mediazione familiare e richiamando quanto concluso da Marian Roberts¹⁹, si possono individuare quattro fasi di sviluppo della mediazione familiare nel Regno Unito. La prima fase, che coincide con l'inizio degli anni ottanta del secolo scorso ed è influenzata dalla presenza di mediatori formati prima come assistenti sociali o psicoterapeuti, ha visto al centro della mediazione familiare dispute concernenti i figli. La seconda fase, che si colloca tra la fine degli anni ottanta e gli inizi degli anni novanta, è stata caratterizzata da un ampio dibattito tra mediatori familiari e terapisti familiari che ricorrevano alla mediazione. Roberts suggerisce che i due interventi – la mediazione familiare e la terapia familiare – sono radicalmente distinti e vanno mantenuti separati in quanto i metodi e il fine che perseguono sono essenzialmente diversi. In particolare, se la terapia familiare approccia il conflitto come patologia, la mediazione tende al contrario alla sua soluzione con il supporto del mediatore che facilita la comunicazione tra le parti per giungere all'accordo che considerano più appropriato per le proprie esigenze e dinamiche familiari.

Con il nuovo millennio, la mediazione familiare riscuote successo tra gli avvocati che sino ad allora si erano mostrati alquanto scettici a riguardo. La conseguenza di tale interesse ha portato a un incremento di avvocati qualificatisi come mediatori e all'adozione da parte della *Law Society* di uno specifico codice professionale per *solicitor mediator*. Non è possibile, in questa sede, analizzare in dettaglio l'interessante – e acceso – dibattito sugli aspetti controversi della mediazione familiare condotta dagli avvocati, ma occorre comunque sottolineare che in particolare la decisione della *Law Society* si dimostra controproducente rispetto alla necessità di creare una dettagliata regolamentazione sulla mediazione. L'ultima fase individuata da Marian Roberts è quella attuale, sopra analizzata, e che vede la mediazione trovare spazio all'interno del sistema di giustizia familiare.

Per quanto riguarda la ricerca sulla mediazione familiare, vivace è l'interesse; il dibattito attuale è incentrato sulla necessità di creare regole professionali armonizzate e obbligatorie per l'accesso alla professione di mediatore, su considerazioni circa la mediazione obbligatoria, sull'uso della

18 A. BARLOW; R. HUNTER; L. SMITHSON; J. EWING, *Mapping Paths to Family Justice*, London, 2017.

19 M. ROBERTS, *A view from the coal face: interdisciplinary influences on family mediation in the United Kingdom*, in *The Journal of Comparative Law (Special Issue on Interdisciplinary Studies and Comparative Law)*, vol. IX, Is. 2, 108-118.

mediazione in casi di conflitti familiari internazionali, ma anche sul coinvolgimento di figli minori di età durante la mediazione, come pure sulle scelte dei mediatori circa lo stile da adottare e quanto all'utilizzo della mediazione in casi di abuso domestico; da ultimo, riguarda il ricorso alla mediazione per la risoluzione di conflitti in famiglie non basate su relazioni etero-normative tipiche e a carattere binario²⁰.

4. Riflessioni finali

La breve disamina presentata ha analizzato alcuni aspetti critici generati dalle recenti riforme del sistema di giustizia familiare in Inghilterra. Si è sostenuto che le norme vigenti in materia di risoluzione delle controversie familiari hanno creato ostacoli legali, pratici e soggettivi all'accesso alla giustizia. Queste barriere si rinvengono sia all'interno che all'esterno del sistema giudiziario e talvolta non risultano così immediatamente evidenti da poter essere identificate e individuate. Vi sono ostacoli generali per l'accesso alla giustizia, come i tagli al *legal aid*. Maggiore attenzione va prestata alle specifiche barriere che singoli individui e gruppi affrontano, nei diversi contesti presi a riferimento.

Posizionato all'interno di un più ampio discorso sull'accesso alla giustizia e circa la risoluzione alternativa delle controversie e in particolare nel quadro teorico sviluppato da Mauro Cappelletti²¹, il presente lavoro giunge alla conclusione che, sebbene le modifiche al sistema della giustizia civile e familiare siano spesso introdotte ed etichettate come volte a rafforzare l'accesso alla giustizia, la pratica di tali riforme tradisce l'obiettivo e conduce a una grave violazione dell'accesso alla giustizia stessa. A parere della scrivente, le riforme in Inghilterra sono state animate non dalla centralità dei litiganti, ma dalla necessità di ridurre il carico di lavoro dei tribunali e delle spese pubbliche, con l'effetto esiziale di limitare l'accesso alla giustizia. Ad esempio, nella prefazione alla revisione dei costi per i contenziosi civili Lord Justice Jackson scrive che “in alcune aree di contenzioso civile i costi sono sproporzionati e ostacolano l'accesso alla giustizia. Propongo quindi

20 Si veda in particolare: M.F. MOSCATI, *Pasolini's Italian Premonitions: Same-Sex Unions and the Law in Comparative Perspective*, London, 2014, Chapter 7; M.F. MOSCATI (ed.), *Same-Sex Couples and Mediation in the EU*, London, 2016; M.F. MOSCATI, *Together Forever? Are you Kidding Me. Catholicism, Same-Sex Couples, Disputes and Dispute Resolution in Italy*, in S. Bano (ed.) *Gender and Justice in Family Law Disputes. Women, Mediation, and Religious Arbitration*, Waltham, 2017, 292-317.

21 M. CAPPELLETTI; B. GARTH, *Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in *Buffalo Law Review*, 1977-1978, vol. 27, 181.

un pacchetto coerente di riforme progettato per controllare i costi e promuovere l'accesso alla giustizia". Occorre domandarsi se questo obiettivo sia stato raggiunto. Come questo scritto ha tentato di mostrare, la risposta non può che essere negativa, posto che l'accento sui costi trascura molti altri ostacoli che i contendenti incontrano.

Come dimostra Cappelletti, i sistemi di giustizia civile presentano una serie di barriere tra cui ad esempio, i ritardi dei tribunali, i costi elevati, le complesse regole, la limitata disponibilità di meccanismi di risoluzione delle controversie, la posizione dei tribunali, la struttura delle aule di tribunale, il limitato numero di interpreti, le difficoltà nell'accesso ai documenti e la carenza di personale. Ci sono poi ostacoli aggiuntivi che gruppi specifici di persone potrebbero incontrare, posto che le barriere all'accesso alla giustizia aumentano a seconda dell'etnia, del reddito basso, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere e dell'età²².

Per quanto la *Family Justice* in Inghilterra privilegi il ricorso a metodi alternativi al giudizio e in particolare alla mediazione, occorre considerare che la mediazione non può certo essere considerata una panacea. Se è vero che può offrire alle parti la possibilità di affrontare gli aspetti non legali del conflitto familiare che è di per se policentrico²³ e che dà la possibilità anche ai terzi o a coloro che non avrebbero voce in tribunale di dire la loro, è però vero che ci sono dispute che richiedono l'intervento del giudice. Da ultimo, il fulcro dei principi dell'accesso alla giustizia è dare la possibilità alle parti di scegliere il metodo che considerano più appropriato per la risoluzione del loro specifico conflitto. Ovviamente rendere disponibili e gratuiti tutti i mezzi di risoluzione dei conflitti comporterebbe un impegno consistente di fondi pubblici che purtroppo non sembra essere un orizzonte possibile.

22 Su come il concetto di accesso alla giustizia evolva e così i limiti posti allo stesso v. M. GALANTER, *Access to Justice in a World of Expanding Social Capability*, in *Fordham Urban Law Journal*, 2010, vol. 37, 115.

23 L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, 1978, vol. 92, 353.

ELENA D'ALESSANDRO

Professore associato di diritto processuale civile, Università di Torino

La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale civile europeo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ambito spaziale di operatività dell'art. 6 della legge n. 162/2014. – 3. La possibilità di utilizzare la negoziazione assistita per siglare un accordo di divorzio disciplinato da una legge sostanziale straniera ai sensi del regolamento Roma III. – 4. La circolazione dell'accordo di separazione, divorzio ovvero di modifica delle condizioni di separazione o divorzio nello spazio giudiziario europeo.

1. Introduzione

L'art. 6 del d.l. 12 settembre n. 132, convertito con modifiche nella l. 10 novembre 2014, n. 162, ha reso possibile, all'esito di un procedimento di negoziazione assistita da almeno un avvocato per coniuge, la conclusione di accordi di separazione, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso (limitatamente all'ipotesi di cui all'art. 3, lett. b, l. n. 898/1970), nonché di accordi di modifica delle condizioni di separazione e divorzio.

Qualora sussista accordo tra i coniugi, la negoziazione assistita costituisce un'alternativa all'impiego dei mezzi di tutela giurisdizionale e, segnatamente, al giudizio di separazione consensuale (art. 711 c.p.c.), a quello di divorzio su domanda congiunta (limitatamente all'ipotesi di cui all'art. 3, lett. b, l. n. 898/1970) ovvero al procedimento di modifica o revoca delle condizioni di separazione o divorzio di cui all'art. 710 c.p.c. o art. 9 l. n. 898/1970.

Dal 13 settembre 2014, e fino al momento dell'entrata in vigore della l. n. 162/2014, la disposizione dell'art. 6 era applicabile soltanto alle coppie senza figli minorenni o maggiorenni portatori di handicap o maggiorenni non economicamente autosufficienti. La legge di conversione ne ha poi ampliato la sfera di validità, estendendola anche a tali categorie di coppie con figli a partire dal giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della l. n. 162/2014, ossia dal 12 novembre 2014.

La disciplina della negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio non esaurisce la sua rilevanza sul piano nazionale, suscitando viceversa numerose questioni interpretative sul versante della cooperazione giudiziaria civile. In quest'ottica, l'obiettivo che ci si prefigge con il presente contributo è quello di esaminare i profili di interesse euro-unitario della disciplina della negoziazione assistita in materia familiare, i quali sono essenzialmente tre e riguardano:

- a) l'ambito spaziale di operatività dell'art. 6 l. n. 162/2014;
- b) la possibilità di utilizzare la negoziazione assistita per siglare un accordo di divorzio disciplinato da una legge sostanziale straniera applicabile in base al reg. n. 1259/2010 (Roma III);
- c) la circolazione dell'accordo di separazione, divorzio ovvero di modifica delle condizioni di separazione o divorzio all'interno dello spazio giudiziario europeo.

2. L'ambito spaziale di operatività dell'art. 6 della legge n. 162/2014

Il testo dell'art. 6 l. n. 162/2014 induce a ritenere che la procedura di negoziazione assistita abbia un ambito spaziale limitato alle vicende di separazione, divorzio ovvero modifica delle condizioni di separazione o divorzio per le quali sussiste la giurisdizione italiana. Infatti, se è vero che l'accordo suscettibile di essere concluso all'esito del procedimento di negoziazione assistita in materia familiare ha valenza negoziale (il che, a prima vista, potrebbe indurre a negare la necessità di un legame necessario tra la giurisdizione italiana e la procedura di negoziazione assistita in materia familiare), è parimenti vero che, per poter produrre effetti giuridici, l'accordo raggiunto dai coniugi in sede di negoziazione assistita deve ottenere il nulla osta (in caso di coppia senza figli) ovvero l'autorizzazione da parte del procuratore della Repubblica presso il tribunale "competente". In quest'ultimo caso, se il procuratore della Repubblica ritiene di non concedere l'autorizzazione è tenuto a trasmettere l'accordo al presidente del tribunale, sul presupposto – implicito – che quest'ultima autorità giurisdizionale sia munita di competenza e, prima ancora, di giurisdizione.

È dunque il legislatore che, subordinando l'efficacia dell'accordo al nulla osta ovvero all'autorizzazione del procuratore della Repubblica presso il tribunale competente ovvero del tribunale, limita la portata spaziale di operatività dell'art. 6 l. n. 162/2014 ai casi di separazione, divorzio ovvero modifica delle condizioni di separazione o divorzio per le quali sussiste la giurisdizione italiana. Infatti, come recentemente ribadito da Cass., sez. un., 5 gennaio 2016, n. 29 essendo la questione della giurisdizione preliminare rispetto a quella della competenza, soltanto nella misura in cui sussista la giurisdizione italiana per la separazione o il divorzio sarà possibile individuare un tribunale italiano territorialmente competente¹ e, dunque, una procura della Repubblica presso il tribunale competente in grado di rilasciare il nulla osta o l'autorizzazione

Per stabilire se sussiste la giurisdizione italiana, quand'anche, come in questo contributo si intenda circoscrivere l'analisi allo spazio giudiziario europeo (esclusa la Danimarca), occorrerà fare riferimento a ben tre regolamenti, e segnatamente:

- i) per la questione concernente lo *status* (separazione, divorzio) e responsabilità genitoriale il regolamento di riferimento sarà il n. 2201/2003;
- ii) per la questione concernente il mantenimento dell'altro coniuge ovvero dei figli, il regolamento di riferimento sarà il n. 4/2009 sulla legge applicabile al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari²;
- iii) per le questioni attinenti al rapporto patrimoniale tra coniugi, il regolamento di riferimento sarà, a decorrere dal 29 gennaio 2019, il n. 1103/2016 sulla

1 Il procuratore della Repubblica presso il tribunale competente a cui fa riferimento l'art. 6, 2° comma, l. n. 162/2014 è il procuratore presso il tribunale ordinario civile individuato secondo le regole di competenza applicabili in caso di separazione consensuale (residenza comune dei coniugi), di divorzio congiunto (indifferentemente luogo di residenza di uno o dell'altro coniuge) ovvero di modifica delle condizioni di separazione o divorzio. In tal senso v. espressamente le linee guida adottate il 16 dicembre 2014 dalla procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano in merito alle convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio e il *vademecum* per la presentazione di convenzioni di negoziazione assistita ex art. 6 l. n. 162/14 della procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli del 23 ottobre 2015.

2 L'espressione "obbligazioni alimentari", nel contesto del reg. n. 4/2009, assume un significato ben più ampio dell'omonimo istituto di diritto interno. Per analoghi rilievi v., senza pretesa di completezza, F. VILLATA, *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 731 ss. e MARTONE, *Il regolamento (Ce) n. 4/2009 e la «codificazione» europea della disciplina in materia di obbligazioni alimentari (commento al regolamento Ce del consiglio 18 dicembre 2008 n. 4/2009)*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2012, 319 ss.

competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, il quale è tuttavia applicabile solamente nei rapporti tra Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Cipro, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Croazia, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Slovenia, Finlandia e Svezia.

In caso di coppia senza figli minori o maggiorenni portatori di handicap, la giurisdizione italiana per la separazione o il divorzio sussisterà qualora siano soddisfatti i requisiti di cui all'art. 3, lett. a), reg. n. 2201/2003, il quale, in particolare, stabilisce che la giurisdizione per la domanda congiunta di separazione o divorzio spetta allo Stato membro in cui almeno uno dei coniugi ha la residenza abituale.

In altri termini: se almeno uno dei coniugi ha la residenza abituale in Italia, sussisterà la giurisdizione italiana.

Per effetto della *vis attractiva* di cui agli artt. 3, lett. c), reg. n. 4/2009³ e (dal 29 gennaio 2019) 5 reg. n. 1103/2016 la giurisdizione italiana per la causa di separazione o divorzio attrarrà a sé la competenza a decidere anche delle questioni concernenti il mantenimento dell'altro coniuge e quelle concernenti il regime patrimoniale e sarà dunque possibile accedere alla procedura *ex art.* 6 l. n. 162/2014 con riferimento a tutti questi aspetti, con l'aspettativa di raggiungere un accordo produttivo di effetti a seguito dell'intervento della procura della Repubblica.

Nell'ipotesi di accordo concernente la modifica delle condizioni di separazione o divorzio di coppie senza figli minori o maggiorenni portatori di handicap (laddove, dunque, la modifica inevitabilmente riguarderà solo aspetti patrimoniali) la giurisdizione italiana sussisterà qualora siano integrati gli estremi dell'art. 3 (ed, eventualmente, 4) del reg. n. 4/2009, essendo la fattispecie esclusa dalla sfera applicativa del reg. n. 2201/2003.

In caso di coppie con figli minorenni ovvero maggiorenni portatori di handicap, la giurisdizione italiana per la separazione o il divorzio su domanda congiunta sussisterà se almeno uno dei coniugi è residente abitualmente in Italia (ovvero quando sia integrato almeno uno dei requisiti di cui all'art. 3, lett. a, del reg. n. 2201/2003).

In tal caso, per effetto della previsione di cui all'art. 12 del reg. n. 2201/2003, la giurisdizione italiana attrarrà a sé anche la giurisdizione a decidere della responsabilità genitoriale.

Con riferimento alle previsioni concernenti il mantenimento, tuttavia, la *vis attractiva* a favore della giurisdizione italiana si produrrà solo se il minore sia abitualmente residente in Italia⁴.

3 Che, però, a differenza del reg. n. 2201/2003 non è applicabile alla Gran Bretagna.

4 Cfr. Corte di giustizia, 16 luglio 2015, causa C-184/14, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2016, 103 e *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 278, la quale ha chiarito che l'art. 3, lett. c) e

Soltanto qualora siano integrati questi requisiti sarà possibile utilizzare la procedura di negoziazione assistita in materia familiare *ex art.* 6 l. n. 162/2014 anche in riferimento alle questioni concernenti il mantenimento del figlio.

3. La possibilità di utilizzare la negoziazione assistita per siglare un accordo di divorzio disciplinato da una legge sostanziale straniera ai sensi del regolamento Roma III

La seconda questione di interesse euro-unitario riguardante l'art. 6 l. n. 162/2014 è quella relativa alla possibilità di utilizzare la negoziazione assistita per siglare un accordo di divorzio disciplinato da una legge sostanziale straniera applicabile in base al reg. n. 1259/2010 (Roma III). Il problema si pone in quanto l'art. 6 l. n. 162/2014, per delimitare l'ambito di operatività della negoziazione assistita in caso di divorzio, espressamente richiama il solo art. 3, lett. b), l. n. 898/1970, ossia ammette la possibilità di un accordo di divorzio raggiunto all'esito della negoziazione solo quando vi sia stata una preventiva separazione e quando sia trascorso il lasso di tempo indicato dalla legge italiana sul divorzio.

Il quesito, oltre ad essere estremamente delicato, ha un'indubbia rilevanza pratica, posto che un'interpretazione fedele al tenore letterale dell'art. 6 avrebbe come conseguenza quella di escludere la negoziazione assistita, quale alternativa alla tutela giurisdizionale tutte le volte in cui i coniugi intendano ottenere immediatamente lo scioglimento del matrimonio, senza lo *step* intermedio della separazione, in base ad una legge straniera che risulti applicabile ai sensi del reg. n. 1259/2010.

A favore della soluzione di segno negativo⁵, oltre al dato letterale, milita anche un'altra considerazione ossia quella per cui il controllo meramente formale compiuto dal procuratore della Repubblica in sede di concessione

d), reg. (Ce) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, dev'essere interpretato nel senso che, qualora un giudice di uno Stato membro sia investito di un'azione relativa alla separazione o allo scioglimento del vincolo coniugale tra i genitori di un figlio minore e un giudice di un altro Stato membro sia chiamato a pronunciarsi su un'azione per responsabilità genitoriale riguardante detto figlio, una domanda relativa a un'obbligazione alimentare nei confronti di quello stesso figlio è unicamente accessoria all'azione relativa alla responsabilità genitoriale, ai sensi dell'art. 3, lett. d), di tale regolamento.

⁵ Recentemente accolta, in giurisprudenza, da Trib. Torino, decr. 1° giugno 2018, www.ilcaso.it

del nulla osta ovvero dell'autorizzazione (laddove i controlli sono più incisivi, ma unicamente con riferimento alle questioni concernenti l'interesse dei figli) non ha la stessa intensità di quello posto in essere dall'autorità giurisdizionale, in applicazione del principio *jura novit curia*, al fine di verificare se la legge straniera invocata dai coniugi è effettivamente applicabile al divorzio in base al regolamento Roma III. Questa potrebbe essere la ragione che ha indotto il legislatore ad escludere l'impiego della negoziazione assistita per l'ottenimento immediato del divorzio in base ad una legge sostanziale straniera.

4. La circolazione dell'accordo di separazione, divorzio ovvero di modifica delle condizioni di separazione o divorzio nello spazio giudiziario europeo

L'art. 6, 3° comma, l. n. 162/2014 prevede che vi sia fungibilità tra il provvedimento giurisdizionale che omologa la separazione consensuale ovvero la sentenza di divorzio su richiesta di entrambi i coniugi e l'accordo emesso all'esito della negoziazione assistita. Tuttavia, affinché vi sia effettiva equiparazione tra il provvedimento giurisdizionale e l'accordo, non è sufficiente che quest'ultimo abbia, in Italia, gli stessi effetti del corrispondente provvedimento giurisdizionale, essendo parimenti necessario che esso sia idoneo a circolare all'estero e, in particolare, per quel che qui interessa, all'interno dello spazio giudiziario europeo.

Nel caso di specie, a dover essere riconosciuto all'interno dello spazio giudiziario europeo è un accordo munito di nulla osta o di autorizzazione dalla procura della Repubblica, per cui, in primo luogo, occorre stabilire se esso debba circolare come accordo, ossia come un contratto secondo la tecnica del c.d. riconoscimento internazionalprivatistico, dunque al di fuori dei regolamenti europei n. 2201/2003 e n. 4/2009 (ma, piuttosto, come atto sostanziale in base alla normativa di diritto internazionale privato della *lex fori*⁶) oppure se la sua circolazione avvenga con le stesse modalità di un provvedimento giurisdizionale, ossia secondo la tecnica del riconoscimento processuale solitamente utilizzata per le sentenze straniere⁷, in virtù dei succitati regolamenti.

6 Non essendo applicabile il regolamento Roma III quante volte la separazione o il divorzio abbiano luogo senza l'intervento costitutivo di una pubblica autorità, come chiarito da Corte di giustizia, sentenza 20 dicembre 2017, causa C-372/16, *Sahyouni*, ECLI:EU:C:2017:988, che può essere letta nell'Appendice del volume.

7 A proposito della tecnica del riconoscimento processuale si rinvia a quanto detto in D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 10 ss.

In considerazione del legame, che la l. n. 162/2014 ha inteso costituire, tra la procedura di negoziazione assistita in materia familiare e la giurisdizione italiana ai sensi dei regolamenti n. 2201/2003 e 4/2009, anche la circolazione dell'accordo di negoziazione, ci sembra, dovrebbe avvenire in forza della tecnica riconoscimento processuale utilizzata dai regolamenti europei sulla cooperazione giurisdiziativa poco più sopra citati⁸.

Essendo plurimi i regolamenti europei che disciplinano le materie solitamente poste ad oggetto dell'accordo di separazione o di divorzio, per valutarne l'idoneità alla circolazione quest'ultimo dovrà essere scomposto nelle sue singole previsioni.

Iniziando dalle previsioni concernenti lo *status* (separazione e divorzio), qualora si voglia ricondurre la fattispecie alla sfera di operatività del regolamento n. 2201/2003, a venire in gioco potrebbero essere le disposizioni dell'art. 39 o dell'art. 46. Quest'ultima disposizione, in particolare, stabilisce che gli accordi in materia di separazione e divorzio che siano esecutivi nello Stato di origine⁹ sono idonei a circolare nello spazio giudiziario europeo (*rectius*, negli Stati membri vincolati dal reg. n. 2201/2003) alle stesse condizioni delle decisioni giurisdizionali, in base al medesimo regolamento.

Non è tuttavia chiaro se l'art. 46 del reg. n. 2201/2003, che indubbiamente impiega una tecnica di riconoscimento processuale, sia utilizzabile unicamente per la circolazione dell'efficacia esecutiva (indubbiamente processuale) degli accordi sulla responsabilità genitoriale ovvero se la sua portata possa essere estesa fino a comprendere anche la circolazione degli accordi concernenti lo *status* dei coniugi. La Corte di giustizia, nella recente pronuncia *Sahyouni*, sebbene chiamata a pronunciarsi su di un quesito interpretativo riguardante il regolamento Roma III, sembrerebbe aver optato per la soluzione di segno negativo¹⁰.

8 Argomenti in tal senso possono evincersi dalla motivazione di Corte di giustizia, sentenza 20 dicembre 2017, causa C-467/16, *Brigitte Schlömp v. Landratsamt Schwäbisch Hall*, punti 56-57 della motivazione. I giudici di Lussemburgo, chiamati a chiarire la portata dell'espressione "giudice" nel contesto della Convenzione di Lugano del 2007 hanno optato per un approccio funzionale «in base al quale un'autorità è qualificata come giudice in considerazione delle funzioni che essa esercita piuttosto che della classificazione formale cui appartiene in forza del diritto nazionale».

9 La precisazione è equivoca posto che, come chiarito dal considerando n. 8, gli effetti del matrimonio sui rapporti patrimoniali tra coniugi sono esclusi dall'ambito di operatività del reg. n. 2201/2003. Dunque, non dovrebbero venire in gioco le disposizioni degli accordi concernenti obbligazioni pecuniarie suscettibili di essere titolo esecutivo nel loro Stato di origine. La disposizione è viceversa riferibile alle previsioni sulla responsabilità genitoriale.

10 Corte di giustizia, sentenza 20 dicembre 2017, causa C-372/16, cit., punto 48 della motivazione: «alla luce della definizione della nozione di «divorzio» di cui al regolamen-

A favore della utilizzabilità della tecnica del riconoscimento processuale ai sensi dell'art. 39 del reg. n.2201/2003 si è però espressa la circolare del Ministero della Giustizia del 23 maggio 2018, la quale ha precisato che il certificato *ex art. 39* reg. n. 2201/2003 deve essere emesso dalla procura della Repubblica che ha autorizzato l'accordo o ha rilasciato il nullaosta, atteso che l'avvocato non è qualificabile come "autorità" ai fini del regolamento¹¹.

Passiamo, adesso, alla verifica della sorte delle previsioni dell'accordo concernenti la responsabilità genitoriale. Anche in questo caso, il regolamento sulla cui base occorre verificarne l'idoneità alla circolazione, è il n. 2201/2003.

L'articolo di riferimento sarà il 46, non essendovi dubbio che la fattispecie è da comprendersi entro la sfera di applicazione di siffatta disposizione.

A fronte di fattispecie di tal fatta, sussistono plurimi inconvenienti alla circolazione. Infatti, oltre all'incertezza circa il soggetto legittimato a rilasciare il certificato, un ulteriore ostacolo alla circolazione è costituito dall'art. 23 del reg. n. 2201/2003 secondo cui la decisione o l'accordo di cui all'art. 46 reg. n. 2201/2003 concernente la responsabilità genitoriale reso senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, non è riconoscibile nello spazio giudiziario europeo¹². Si tratta di un punto debole

to n. 2201/2003, risulta dagli obiettivi perseguiti dal regolamento n. 1259/2010 che esso ricomprende unicamente i divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo»; resta, però, da stabilire se, con riferimento allo scioglimento del matrimonio, il controllo meramente formale esercitato dalla Procura della Repubblica al momento del rilascio del nulla osta o dell'autorizzazione possa considerarsi un controllo o se sia tale solo quello di carattere anche sostanziale.

11 Circolare del Ministero della Giustizia, 23 maggio 2018, che può essere letta nell'Appendice del volume.

Volgendo lo sguardo oltre i confini nazionali si osserva che, in Francia, l'art. 509-3 del codice di procedura civile conferisce il compito di rilasciare il certificato al notaio presso cui è depositata la convenzione di divorzio *par consentement mutuel*.

Con riferimento alla Romania, si evince dal testo della circolare del nostro Ministero dell'Interno n. 13 del 22 maggio 2014 (in Appendice al volume) che in quello Stato, nell'ipotesi di divorzio concluso dinanzi al notaio il certificato è rilasciato dal notaio che ha rogato l'atto, mentre nell'ipotesi di divorzio davanti all'Ufficiale di Stato civile, il certificato è rilasciato dal tribunale che sarebbe stato competente per il divorzio in assenza di accordo tra le parti.

12 Siffatto requisito ostativo non è più contemplato dalla proposta di regolamento concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e la sottrazione internazionale di minori (rifusione) [SWD(2016) 207 *final*] [SWD(2016) 208 *final*] del 30 giugno 2016, sostituito dall'art. 20 (diritto del minore ad esprimere la propria opinione) secondo cui «nell'esercitare la competenza ai sensi della sezione 2 del presente capo, le autorità degli Stati membri garantiscono che al minore capace di discernimento sia data la possibilità concreta ed effettiva di esprimere

della disciplina della negoziazione assistita in materia familiare posto che né gli avvocati in sede di procedimento di negoziazione né il procuratore della Repubblica, in sede di concessione dell'autorizzazione hanno la concreta possibilità di sentire il minore¹³.

Residua da esaminare la sorte delle disposizioni dell'accordo concernenti obbligazioni "alimentari" (*id est*: mantenimento dell'altro coniuge e/o dei figli) contenute nell'accordo. Vi è da stabilire se esse siano idonee a circolare ai sensi del reg. n. 4/2009, ossia in virtù di norme sul riconoscimento processuale ovvero come meri contratti.

Non sembra dubbio che l'accordo autorizzato dal presidente del tribunale (ove si ritenga percorribile tale via) sia suscettibile di circolare secondo la tecnica del riconoscimento processuale in forza del reg. n. 4/2009 (negli Stati membri vincolati dal medesimo) in quanto transazione giudiziaria, *i.e.* approvata da una autorità giurisdizionale ai sensi dell'art. 2, n. 2, reg. n. 4/2009.

Problemi interpretativi, invece, si pongono per l'accordo autorizzato o munito di nulla osta da parte del procuratore della repubblica posto che non è agevole stabilire (e un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sarebbe di ausilio) se la fattispecie possa essere ricondotta sotto la sfera di operatività dell'art. 2, n. 2, reg. n. 4/2009 equiparando il controllo effettuato dal procuratore della Repubblica in sede di nulla osta o autorizzazione all'approvazione del giudice richiesta dal regolamento per la circolazione delle transazioni giudiziarie.

liberamente la propria opinione durante il procedimento». Tuttavia, mentre il certificato che accompagna le decisioni giudiziarie (allegato II) prevede che l'autorità giudiziaria dichiari se, nello Stato di origine, al minore è stata data la effettiva possibilità di esprimere la propria opinione e se tale opinione è stata presa in considerazione, una analoga dichiarazione non è prevista dal certificato che dovrebbe accompagnare gli accordi (allegato III).

13 Giova segnalare che, per ovviare al medesimo inconveniente il legislatore francese ha previsto che, in caso di coppia con figli, il divorzio *par consentement mutuel* con l'assistenza di almeno un avvocato per parte e registrato dal notaio, possa avere luogo solo se il figlio o i figli minori della coppia espressamente dichiarano di non voler usufruire del diritto ad essere ascoltati dall'autorità giurisdizionale. A tal fine, e con apposita circolare, è stato predisposto un modello (*Modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du divorce prévu à l'article 229-1 du code civil*) che deve essere compilato dal minore capace di discernimento. Spetta ai genitori valutare se il minore è capace di discernimento e, qualora non sappia leggere, saranno i genitori ad esporne il contenuto (così si legge nella circolare del 26 gennaio 2017, p. 3 laddove si aggiunge che la firma del minore non è richiesta a pena di nullità). Spetterà poi agli avvocati del coniuge e al notaio che deve recepire l'accordo in atto pubblico verificare "*l'effectivité de la mention prévue a l'article 229-3 du code civil*".

Materiali
collazionati da Davide Castagno

I – Unione europea

1. 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 genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

Estratto

CAPO I AMBITO D'APPLICAZIONE E DEFINIZIONI

Articolo 1

Ambito d'applicazione

1. Il presente regolamento si applica, indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale, alle materie civili relative:

- a) al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio;
- b) all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale.

2. Le materie di cui al paragrafo 1, lettera b), riguardano in particolare:

- a) il diritto di affidamento e il diritto di visita;
- b) la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi;
- c) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano;
- d) la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto;
- e) le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore.

3. Il presente regolamento non si applica:

- a) alla determinazione o all'impugnazione della filiazione;
- b) alla decisione relativa all'adozione, alle misure che la preparano o all'annullamento o alla revoca dell'adozione;

- c) ai nomi e ai cognomi del minore;
- d) all'emancipazione;
- e) alle obbligazioni alimentari;
- f) ai trust e alle successioni;
- g) ai provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi da minori.

Articolo 2 Definizioni

Ai fini del presente regolamento valgono le seguenti definizioni:

- 1) "autorità giurisdizionale": tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo di applicazione del presente regolamento a norma dell'articolo 1;
- 2) "giudice": designa il giudice o il titolare di competenze equivalenti a quelle del giudice nelle materie che rientrano nel campo di applicazione del presente regolamento;
- 3) "Stato membro": tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca;
- 4) "decisione": una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio emessa dal giudice di uno Stato membro, nonché una decisione relativa alla responsabilità genitoriale, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza;
- 5) "Stato membro d'origine": lo Stato membro in cui è stata resa la decisione da eseguire;
- 6) "Stato membro dell'esecuzione": lo Stato membro in cui viene chiesta l'esecuzione della decisione;
- 7) "responsabilità genitoriale": i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita;
- 8) "titolare della responsabilità genitoriale": qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di genitore su un minore;
- 9) "diritto di affidamento": i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza;
- 10) "diritto di visita": in particolare il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo;
- 11) "trasferimento illecito o mancato ritorno del minore": il trasferimento o il mancato rientro di un minore:
 - a) quando avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro
 - e
 - b) se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi. L'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quanto uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il

luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale.

CAPO II COMPETENZA

SEZIONE I

DIVORZIO, SEPARAZIONE PERSONALE E ANNULLAMENTO DEL MATRIMONIO

Articolo 3

Competenza generale

1. Sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio le autorità giurisdizionali 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 o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio "domicile";
- b) di cui i due coniugi sono cittadini o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del "domicile" di entrambi i coniugi.

2. Ai fini del presente regolamento la nozione di "domicile" cui è fatto riferimento è quella utilizzata negli ordinamenti giuridici del Regno Unito e dell'Irlanda.

Articolo 4

Domanda riconvenzionale

L'autorità giurisdizionale davanti alla quale pende un procedimento in base all'articolo 3 è competente anche per esaminare la domanda riconvenzionale in quanto essa rientri nel campo d'applicazione del presente regolamento.

Articolo 5

Conversione della separazione personale in divorzio

Fatto salvo l'articolo 3, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro che ha reso la decisione sulla separazione personale è altresì competente per convertirla in una decisione di divorzio, qualora ciò sia previsto dalla legislazione di detto Stato.

Articolo 6

Carattere esclusivo della competenza giurisdizionale di cui agli articoli 3, 4 e 5
Il coniuge che:

- a) risiede abitualmente nel territorio di uno Stato membro o

b) ha la cittadinanza di uno Stato membro o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha il proprio "domicile" nel territorio di uno di questi Stati membri può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro soltanto in forza degli articoli 3, 4 e 5.

Articolo 7

Competenza residua

1. Qualora nessun giudice di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli 3, 4 e 5, la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato.

2. Il cittadino di uno Stato membro che ha la residenza abituale nel territorio di un altro Stato membro può, al pari dei cittadini di quest'ultimo, invocare le norme sulla competenza qui in vigore contro un convenuto che non ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro né ha la cittadinanza di uno Stato membro o che, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, non ha il proprio "domicile" nel territorio di uno di questi Stati membri.

SEZIONE 2

RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Omissis

Articolo 12

Proroga della competenza

1. Le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui viene esercitata, ai sensi dell'articolo 5, la competenza a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio sono competenti per le domande relative alla responsabilità dei genitori che si ricollegano a tali domande se:

a) almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio;

e

b) la competenza giurisdizionale di tali autorità giurisdizionali è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite, ed è conforme all'interesse superiore del minore.

2. La competenza esercitata conformemente al paragrafo 1 cessa non appena:

a) la decisione che accoglie o respinge la domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio sia passata in giudicato;

o

b) nei casi in cui il procedimento relativo alla responsabilità genitoriale è ancora pendente alla data di cui alla lettera a), la decisione relativa a tale procedimento sia passata in giudicato;

o

c) il procedimento di cui alle lettere a) e b) sia terminato per un'altra ragione.

3. Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti in materia di responsabilità dei genitori nei procedimenti diversi da quelli di cui al primo paragrafo se:

MATERIALI

a) il minore ha un legame sostanziale con quello Stato membro, in particolare perché uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente o perché è egli stesso cittadino di quello Stato

e

b) la loro competenza è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti al procedimento alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite ed è conforme all'interesse superiore del minore.

4. Se il minore ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato che non è parte della convenzione dell'Aia, del 19 ottobre 1996, concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori, si presume che la competenza fondata sul presente articolo sia nell'interesse del minore, in particolare quando un procedimento si rivela impossibile nel paese terzo interessato.

Articolo 13

Competenza fondata sulla presenza del minore

1. Qualora non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore né determinare la competenza ai sensi dell'articolo 12, sono competenti i giudici dello Stato membro in cui si trova il minore.

2. Il paragrafo 1 si applica anche ai minori rifugiati o ai minori sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro paesi.

Articolo 14

Competenza residua

Qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli da 8 a 13 la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato.

Articolo 15

Trasferimento delle competenze a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso

1. In via eccezionale le autorità giurisdizionali di uno Stato membro competenti a conoscere del merito, qualora ritengano che l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare sia più adatto a trattare il caso o una sua parte specifica e ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore, possono:

a) interrompere l'esame del caso o della parte in questione e invitare le parti a presentare domanda all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro conformemente al paragrafo 4 oppure

b) chiedere all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro di assumere la competenza ai sensi del paragrafo 5.

2. Il paragrafo 1 è applicabile:

a) su richiesta di una parte o

b) su iniziativa dell'autorità giurisdizionale o

c) su iniziativa di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con cui il minore abbia un legame particolare, conformemente al paragrafo 3.

Il trasferimento della causa può tuttavia essere effettuato su iniziativa dell'autorità giurisdizionale o su richiesta di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro soltanto se esso è accettato da almeno una delle parti.

3. Si ritiene che il minore abbia un legame particolare con uno Stato membro, ai sensi del paragrafo 1, se tale Stato membro

a) è divenuto la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale di cui al paragrafo 1 è stata adita; o

b) è la precedente residenza abituale del minore; o

c) è il paese di cui il minore è cittadino; o

d) è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale; o

e) la causa riguarda le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore situati sul territorio di questo Stato membro.

4. L'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente a conoscere del merito fissa un termine entro il quale le autorità giurisdizionali dell'altro Stato membro devono essere adite conformemente al paragrafo 1.

Decorso inutilmente tale termine, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita ai sensi degli articoli da 8 a 14.

5. Le autorità giurisdizionali di quest'altro Stato membro possono accettare la competenza, ove ciò corrisponda, a motivo delle particolari circostanze del caso, all'interesse superiore del minore, entro 6 settimane dal momento in cui sono adite in base al paragrafo 1, lettere a) o b). In questo caso, l'autorità giurisdizionale preventivamente adita declina la propria competenza. In caso contrario, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adito ai sensi degli articoli da 8 a 14.

6. Le autorità giurisdizionali collaborano, ai fini del presente articolo, direttamente ovvero attraverso le autorità centrali nominate a norma dell'articolo 53.

SEZIONE 3

DISPOSIZIONI COMUNI

Articolo 16

Adizione di un'autorità giurisdizionale

1. L'autorità giurisdizionale si considera adita:

a) alla data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è depositato presso l'autorità giurisdizionale, purché successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché fosse effettuata la notificazione al convenuto;

o

b) se l'atto deve essere notificato prima di essere depositato presso l'autorità giurisdizionale, alla data in cui l'autorità competente ai fini della notificazione lo riceve, purché successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché l'atto fosse depositato presso l'autorità giurisdizionale.

Articolo 17

Verifica della competenza

L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, investita di una controversia per la quale il presente regolamento non prevede la sua competenza e per la quale, in base al presente regolamento, è competente un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, dichiara d'ufficio la propria incompetenza.

Articolo 18

Esame della procedibilità

1. Se la persona che ha la residenza abituale in uno Stato diverso dallo Stato membro in cui l'azione è stata proposta non compare, l'autorità giurisdizionale competente è tenuta a sospendere il procedimento fin quando non si sarà accertato che al convenuto è stata data la possibilità di ricevere la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile perché questi possa presentare le proprie difese, ovvero che è stato fatto tutto il possibile a tal fine.

2. In luogo delle disposizioni del paragrafo 1 del presente articolo, si applica l'articolo 19 del regolamento (CE) n. 1348/2000 qualora sia stato necessario trasmettere la domanda giudiziale o un atto equivalente da uno Stato membro a un altro a norma di tale regolamento.

3. Ove non si applichino le disposizioni del regolamento (CE) n. 1348/2000, si applica l'articolo 15 della convenzione dell'Aia del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, qualora sia stato necessario trasmettere la domanda giudiziale o un atto equivalente all'estero a norma di tale convenzione.

Articolo 19

Litispendenza e connessione

1. Qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diverse e tra le stesse parti siano state proposte domande di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

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

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

In tal caso la parte che ha proposto la domanda davanti all'autorità giurisdizionale successivamente adita può promuovere l'azione dinanzi all'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

Articolo 20

Provvedimenti provvisori e cautelari

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

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

CAPO III

RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE

SEZIONE I

RICONOSCIMENTO

Articolo 21

Riconoscimento delle decisioni

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

2. In particolare, e fatto salvo il paragrafo 3, non è necessario alcun procedimento per l'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.

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

La competenza territoriale degli organi giurisdizionali indicati nell'elenco, comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 68, è determinata dal diritto interno dello Stato membro nel quale è proposta l'istanza di riconoscimento o di non riconoscimento.

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

Articolo 22

Motivi di non riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio

La decisione di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio non è riconosciuta nei casi seguenti:

a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;

b) quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo

MATERIALI

tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione;

c) se la decisione è incompatibile con una decisione resa in un procedimento tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; o

d) se la decisione è incompatibile con una decisione anteriore avente le stesse parti, resa in un altro Stato membro o in un paese terzo, purché la decisione anteriore soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto.

Articolo 23

Motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale

Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nei casi seguenti:

a) se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;

b) se, salvo i casi d'urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto;

c) quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione;

d) su richiesta di colui che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale, se è stata emessa senza dargli la possibilità di essere ascoltato;

e) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa nello Stato membro richiesto;

f) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa in un altro Stato membro o nel paese terzo in cui il minore risiede, la quale soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto;

o

g) se la procedura prevista dall'articolo 56 non è stata rispettata.

Articolo 24

Divieto di riesame della competenza giurisdizionale dell'autorità giurisdizionale d'origine

Non si può procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro d'origine. Il criterio dell'ordine pubblico di cui agli articoli 22, lettera a), e 23, lettera a), non può essere applicato alle norme sulla competenza di cui agli articoli da 3 a 14.

Articolo 25

Divergenze fra le leggi

Il riconoscimento di una decisione non può essere negato perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede per i medesimi fatti il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio.

Articolo 26

Divieto di riesame del merito

In nessun caso la decisione può formare oggetto di un riesame del merito.

Articolo 27

Sospensione del procedimento

1. L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro dinanzi alla quale è richiesto il riconoscimento di una decisione pronunciata in un altro Stato membro può sospendere il procedimento se la decisione è stata impugnata con un mezzo ordinario.

2. L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro dinanzi alla quale è richiesto il riconoscimento di una decisione emessa in Irlanda o nel Regno Unito e la cui esecuzione è sospesa nello Stato membro d'origine per la presentazione di un ricorso può sospendere il procedimento.

SEZIONE 2

ISTANZA PER LA DICHIARAZIONE DI ESECUTIVITÀ

Articolo 28

Decisioni esecutive

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

2. Tuttavia la decisione è eseguita in una delle tre parti del Regno Unito (Inghilterra e Galles, Scozia e Irlanda del Nord) soltanto dopo esservi stata registrata per esecuzione, su istanza di una parte interessata.

Articolo 29

Giudici territorialmente competenti

1. L'istanza per la dichiarazione di esecutività è proposta ai giudici che figurano nell'elenco comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 68.

2. La competenza territoriale è determinata dalla residenza abituale della parte contro cui è chiesta l'esecuzione oppure dalla residenza abituale del minore cui l'istanza si riferisce.

Quando nessuno dei luoghi di cui al primo comma si trova nello Stato membro dell'esecuzione, la competenza territoriale è determinata dal luogo dell'esecuzione.

Articolo 30

Procedimento

1. Le modalità del deposito dell'istanza sono determinate in base alla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

2. L'istante elegge il proprio domicilio nella circoscrizione dell'autorità giurisdizionale adita. Tuttavia, se la legge dello Stato membro dell'esecuzione non prevede l'elezione del domicilio, l'istante designa un procuratore.

3. All'istanza vengono allegati i documenti di cui agli articoli 37 e 39.

Articolo 31

Decisione dell'autorità giurisdizionale

1. L'autorità giurisdizionale adita decide senza indugio. In questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni.

2. L'istanza può essere respinta solo per uno dei motivi di cui agli articoli 22, 23 e 24.

3. In nessun caso la decisione può formare oggetto di un riesame del merito.

Articolo 32

Comunicazione della decisione

La decisione resa su istanza di parte è senza indugio portata a conoscenza del richiedente, a cura del cancelliere, secondo le modalità previste dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

Articolo 33

Opposizione

1. Ciascuna delle parti può proporre opposizione contro la decisione resa sull'istanza intesa a ottenere una dichiarazione di esecutività.

2. L'opposizione è proposta davanti all'autorità giurisdizionale di cui all'elenco comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 68.

3. Il ricorso è esaminato secondo le norme sul procedimento in contraddittorio.

4. Se l'opposizione è proposta dalla parte che ha richiesto la dichiarazione di esecutività, la parte contro cui l'esecuzione viene fatta valere è chiamata a comparire davanti all'autorità giurisdizionale dell'opposizione. In caso di contumacia, si applicano le disposizioni dell'articolo 18.

5. L'opposizione contro una dichiarazione di esecutività deve essere proposta nel termine di un mese dalla notificazione della stessa. Se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione ha la residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata rilasciata la dichiarazione di esecutività, il termine è di due mesi a decorrere dalla data della notificazione in mani proprie o nella residenza. Detto termine non è prorogabile per ragioni inerenti alla distanza.

Articolo 34

Autorità giurisdizionale dell'opposizione e ulteriori mezzi di impugnazione

La decisione resa sull'opposizione può costituire unicamente oggetto delle procedure di cui all'elenco comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 68.

Articolo 35

Sospensione del procedimento

1. L'autorità giurisdizionale dinanzi alla quale è proposta l'opposizione a norma dell'articolo 33 o dell'articolo 34 può, su istanza della parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, sospendere il procedimento di esecuzione se la decisione è stata impu-

gnata nello Stato membro d'origine con un mezzo ordinario o se il termine per proporre l'impugnazione non è ancora scaduto. In quest'ultimo caso l'autorità giurisdizionale può fissare un termine per proporre tale impugnazione.

2. Qualora la decisione sia stata emessa in Irlanda o nel Regno Unito, qualsiasi mezzo di impugnazione esperibile nello Stato membro d'origine è considerato "impugnazione ordinaria" ai sensi del paragrafo 1.

Articolo 36

Esecuzione parziale

1. Se la decisione ha statuito su vari capi della domanda e l'esecuzione non può essere concessa per tutti i capi, l'autorità giurisdizionale autorizza l'esecuzione solo per uno o taluni di essi.

2. L'istante può chiedere un'esecuzione parziale.

SEZIONE 3

DISPOSIZIONI COMUNI ALLE SEZIONI 1 E 2

Articolo 37

Documenti

1. La parte che chiede o contesta il riconoscimento o che chiede una dichiarazione di esecutività deve produrre quanto segue:

a) una copia della decisione, che presenti le condizioni di autenticità prescritte;

e

b) il certificato di cui all'articolo 39.

2. Se si tratta di decisione contumaciale, la parte che ne chiede il riconoscimento o l'esecuzione deve inoltre produrre:

a) l'originale o una copia autenticata del documento comprovante che la domanda giudiziale o l'atto equivalente è stato notificato o comunicato al contumace;

o

b) un documento comprovante che il convenuto ha inequivocabilmente accettato la decisione.

Articolo 38

Mancata produzione di documenti

1. Qualora i documenti di cui all'articolo 37, paragrafo 1, lettera b), o paragrafo 2, non vengano prodotti, l'autorità giurisdizionale può fissare un termine per la loro presentazione o accettare documenti equivalenti ovvero, qualora ritenga di essere informato a sufficienza, disporre l'esonero della presentazione degli stessi.

2. Qualora l'autorità giurisdizionale lo richieda, è necessario produrre una traduzione dei documenti richiesti. La traduzione è autenticata da una persona a tal fine abilitata in uno degli Stati membri.

MATERIALI

Articolo 39

Certificato relativo alle decisioni rese nelle cause matrimoniali e in materia di responsabilità genitoriale

L'autorità giurisdizionale o l'autorità competente dello Stato membro d'origine rilascia, su richiesta di qualsiasi parte interessata, un certificato utilizzando il modello standard di cui all'allegato I (decisioni in materia matrimoniale) o all'allegato II (decisioni in materia di responsabilità genitoriale).

SEZIONE 4

ESECUZIONE DI TALUNE DECISIONI IN MATERIA DI DIRITTO DI VISITA E DI TALUNE DECISIONI CHE PRESCRIVONO IL RITORNO DEL MINORE

Omissis

SEZIONE 5

ATTI PUBBLICI E ACCORDI

Articolo 46

Gli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni.

SEZIONE 6

ALTRE DISPOSIZIONI

Articolo 47

Procedimento di esecuzione

1. Il procedimento di esecuzione è disciplinato dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

2. Ogni decisione pronunciata dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro e dichiarata esecutiva ai sensi della sezione 2 o certificata conformemente all'articolo 41, paragrafo 1, o all'articolo 42, paragrafo 1, è eseguita nello Stato membro dell'esecuzione alle stesse condizioni che si applicherebbero se la decisione fosse stata pronunciata in tale Stato membro.

In particolare una decisione certificata conformemente all'articolo 41, paragrafo 1, o all'articolo 42, paragrafo 1, non può essere eseguita se è incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente.

Articolo 48

Modalità pratiche per l'esercizio del diritto di visita

1. L'autorità giurisdizionale dello Stato membro dell'esecuzione possono stabilire modalità pratiche volte ad organizzare l'esercizio del diritto di visita, qualora le modalità necessarie non siano o siano insufficientemente previste nella decisione emessa dalle autorità giurisdizionali dello Stato membro competente a conoscere del merito e a condizione che siano rispettati gli elementi essenziali di quella decisione.

2. Le modalità pratiche stabilite a norma del paragrafo 1 cessano di essere applicabili in virtù di una decisione posteriore emessa dalle autorità giurisdizionali dello Stato membro competenti a conoscere del merito.

Articolo 49

Spese

Le disposizioni del presente capo, eccettuate quelle previste alla sezione 4, si applicano altresì alla determinazione dell'importo delle spese per i procedimenti instaurati in base al presente regolamento nonché all'esecuzione di qualsiasi decisione relativa a tali spese.

Articolo 50

Patrocinio a spese dello Stato

L'istante che nello Stato membro d'origine ha usufruito in tutto o in parte del patrocinio a spese dello Stato o dell'esenzione dalle spese beneficia, nel procedimento di cui agli articoli 21, 28, 41, 42 e 48, dell'assistenza più favorevole o dell'esenzione più ampia prevista dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

Articolo 51

Cauzione o deposito

Non può essere imposta la costituzione di cauzioni o depositi, comunque denominati, alla parte che chiede l'esecuzione in uno Stato membro di una decisione pronunciata in un altro Stato membro per i seguenti motivi:

- a) per il difetto di residenza abituale nello Stato membro richiesto, o
- b) per la sua qualità di straniero oppure, qualora l'esecuzione sia richiesta nel Regno Unito o in Irlanda, per difetto di "domicile" in uno di tali Stati membri.

Articolo 52

Legalizzazione o altra formalità analoga

Non è richiesta alcuna legalizzazione o altra formalità analoga per i documenti indicati negli articoli 37, 38 e 45, né per l'eventuale procura alle liti.

CAPO IV

COOPERAZIONE FRA AUTORITÀ CENTRALI IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Omissis

CAPO V

RELAZIONI CON GLI ALTRI ATTI NORMATIVI

Articolo 59

Relazione con altri strumenti

1. Fatti salvi gli articoli 60, 63, 64 e il paragrafo 2 del presente articolo, il presente regolamento sostituisce, nei rapporti tra gli Stati membri, le convenzioni vigenti alla data

della sua entrata in vigore, concluse tra due o più Stati membri su materie disciplinate dal presente regolamento.

2. a) La Finlandia e la Svezia hanno facoltà di dichiarare che nei loro rapporti reciproci, in luogo delle norme del presente regolamento, si applica in tutto o in parte la convenzione del 6 febbraio 1931 tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia contenente disposizioni di diritto internazionale privato in materia di matrimonio, adozione e tutela, nonché il relativo protocollo finale. Queste dichiarazioni sono pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea in allegato al presente regolamento. Tali Stati membri possono dichiarare in qualsiasi momento di rinunciare in tutto o in parte.

b) È fatto obbligo di rispettare il principio di non discriminazione in base alla cittadinanza tra i cittadini dell'Unione europea.

c) I criteri di competenza giurisdizionale di qualsiasi accordo che sarà concluso tra gli Stati membri di cui alla lettera a) su materie disciplinate dal presente regolamento devono corrispondere a quelli stabiliti dal regolamento stesso.

d) Le decisioni pronunciate in uno degli Stati nordici che abbia reso la dichiarazione di cui alla lettera a), in base a un criterio di competenza giurisdizionale corrispondente a quelli previsti nel capo II del presente regolamento, sono riconosciute ed eseguite negli altri Stati membri secondo le disposizioni del capo III del regolamento stesso.

3. Gli Stati membri comunicano alla Commissione:

a) copia degli accordi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), e delle relative leggi uniformi di applicazione;

b) qualsiasi denuncia o modifica di tali accordi o leggi uniformi.

Articolo 60

Relazione con talune convenzioni multilaterali

Nei rapporti tra gli Stati che ne sono parti, il presente regolamento prevale sulle convenzioni seguenti, nella misura in cui queste riguardino materie da esso disciplinate:

a) convenzione dell'Aia, del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori;

b) convenzione del Lussemburgo, dell'8 settembre 1967, sul riconoscimento delle decisioni relative al vincolo matrimoniale;

c) convenzione dell'Aia, del 1o giugno 1970, sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali;

d) convenzione europea, del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento;

e

e) convenzione dell'Aia, del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori.

Articolo 61

Relazioni con la convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione, in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori

Nelle relazioni con la convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori, il presente regolamento si applica:

- a) se il minore in questione ha la sua residenza abituale nel territorio di uno Stato membro;
- b) per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione emessa dal giudice competente di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, anche se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato non membro che è parte contraente di detta convenzione.

Articolo 62

Portata degli effetti

1. Gli accordi e le convenzioni di cui all'articolo 59, paragrafo 1, e agli articoli 60 e 61 continuano a produrre effetti nelle materie non disciplinate dal presente regolamento.
2. Le convenzioni di cui all'articolo 60, in particolare la convenzione dell'Aia del 1980, continuano ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne sono parti contraenti, conformemente all'articolo 60.

Articolo 63

Trattati con la Santa Sede

1. Il presente regolamento fa salvo il trattato internazionale (Concordato) concluso fra la Santa Sede e il Portogallo, firmato nella Città del Vaticano il 7 maggio 1940.
2. Ogni decisione relativa all'invalidità di un matrimonio disciplinata dal trattato di cui al paragrafo 1 è riconosciuta negli Stati membri a norma del capo III, sezione 1, del presente regolamento.
3. Le disposizioni di cui ai paragrafi 1 e 2 si applicano altresì ai seguenti trattati internazionali (Concordati) conclusi con la Santa Sede:
 - a) "Concordato lateranense", dell'11 febbraio 1929, tra l'Italia e la Santa Sede, modificato dall'accordo, con protocollo aggiuntivo, firmato a Roma il 18 febbraio 1984;
 - b) accordo tra la Santa Sede e la Spagna su questioni giuridiche del 3 gennaio 1979.
4. L'Italia e la Spagna possono sottoporre il riconoscimento delle decisioni di cui al paragrafo 2 alle procedure e ai controlli applicabili alle sentenze dei tribunali ecclesiastici pronunciate in base ai trattati internazionali con la Santa Sede di cui al paragrafo 3.
5. Gli Stati membri comunicano alla Commissione:
 - a) una copia dei trattati di cui ai paragrafi 1 e 3;
 - b) eventuali denunce o modificazioni di tali trattati.

CAPO VI DISPOSIZIONI TRANSITORIE

Articolo 64

1. Il presente regolamento si applica solo alle azioni proposte, agli atti pubblici formati e agli accordi tra le parti conclusi posteriormente alla data in cui il presente regolamento entra in applicazione secondo l'articolo 72.

MATERIALI

2. Le decisioni pronunciate dopo l'entrata in applicazione del presente regolamento, relative ad azioni proposte prima di tale termine ma dopo l'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1347/2000, sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo III del presente regolamento se la norma sulla competenza era fondata su regole conformi a quelle contenute nel capo II del regolamento stesso, ovvero nel regolamento (CE) n. 1347/2000, ovvero in una convenzione in vigore tra lo Stato membro d'origine e lo Stato membro richiesto al momento della proposizione dell'azione.

3. Le decisioni pronunciate prima dell'entrata in applicazione del presente regolamento, relative ad azioni proposte dopo l'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1347/2000, sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo III del presente regolamento, purché siano decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, ovvero decisioni relative alla responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune, emesse in occasione di quei procedimenti matrimoniali.

4. Le decisioni pronunciate prima dell'entrata in applicazione del presente regolamento ma dopo l'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1347/2000, relative ad azioni proposte prima dell'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1347/2000, sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo III del presente regolamento, purché siano decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, ovvero decisioni relative alla responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune, emesse in occasione di quei procedimenti matrimoniali, e se la norma sulla competenza era fondata su regole conformi a quelle contenute nel capo II del presente regolamento, ovvero nel regolamento (CE) n. 1347/2000, ovvero in una convenzione in vigore tra lo Stato membro d'origine e lo Stato membro richiesto al momento della proposizione dell'azione.

CAPO VII DISPOSIZIONI FINALI *Omissis*

2. Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008

Relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

Estratto

CAPO I AMBITO DI APPLICAZIONE E DEFINIZIONI

Articolo 1 Ambito di applicazione

1. Il presente regolamento si applica alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità.

2. Nel presente regolamento, per «Stato membro» si intendono tutti gli Stati membri ai quali si applica il presente regolamento.

Articolo 2 Definizioni

1. Ai fini del presente regolamento si intende per:

1) «decisione»: la decisione in materia di obbligazioni alimentari emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, a prescindere dalla denominazione usata, quale ad esempio decreto, sentenza, ordinanza o mandato di esecuzione, nonché la liquidazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere. Ai fini dei capi VII e VIII, per «decisione» s'intende anche una decisione in materia di obbligazioni alimentari emessa in uno Stato terzo;

2) «transazione giudiziaria»: la transazione in materia di obbligazioni alimentari approvata dall'autorità giurisdizionale o conclusa dinanzi all'autorità giurisdizionale nel corso di un procedimento;

3) «atto pubblico»:

a) qualsiasi documento in materia di obbligazioni alimentari che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico nello Stato membro d'origine e la cui autenticità:

i) riguardi la firma e il contenuto dell'atto pubblico;

e

ii) sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità a tal fine autorizzata;

o

b) qualsiasi convenzione in materia di obbligazioni alimentari conclusa con le autorità amministrative dello Stato membro d'origine o da queste autenticata;

4) «Stato membro d'origine»: lo Stato membro nel quale, a seconda dei casi, è stata emessa la decisione, è stata approvata o conclusa la transazione giudiziaria ed è stato redatto l'atto pubblico;

5) «Stato membro dell'esecuzione»: lo Stato membro in cui viene chiesta l'esecuzione della decisione, della transazione giudiziaria o dell'atto pubblico;

6) «Stato membro richiedente»: lo Stato membro la cui autorità centrale trasmette una domanda a norma del capo VII;

7) «Stato membro richiesto»: lo Stato membro la cui autorità centrale riceve una domanda a norma del capo VII;

8) «Stato contraente della convenzione dell'Aia del 2007»: la parte contraente della convenzione dell'Aia del 23 novembre 2007 sull'esecuzione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia («convenzione dell'Aia del 2007») nella misura in cui detta convenzione si applica tra la Comunità e lo Stato in questione;

9) «autorità giurisdizionale d'origine»: l'autorità giurisdizionale che ha emesso la decisione da eseguire;

10) «creditore»: qualsiasi persona fisica a cui sono dovuti o si presume siano dovuti alimenti;

11) «debitore»: qualsiasi persona fisica che deve corrispondere alimenti o alla quale sono richiesti alimenti;

2. Ai fini del presente regolamento la nozione di «autorità giurisdizionale» include le autorità amministrative degli Stati membri competenti in materia di obbligazioni alimentari purché offrano garanzie circa l'imparzialità e il diritto di audizione delle parti e purché le decisioni che prendono ai sensi della legge dello Stato membro in cui sono stabilite

i) possano formare oggetto di ricorso o riesame dinanzi a un'autorità giudiziaria e
ii) abbiano forza e effetto equivalenti a quelli di una decisione dell'autorità giudiziaria nella stessa materia.

Tali autorità amministrative figurano nell'allegato X. Quest'ultimo è stabilito e modificato secondo la procedura di gestione di cui all'articolo 73, paragrafo 2, su richiesta dello Stato membro nel quale è stabilita l'autorità amministrativa interessata.

3. Ai fini degli articoli 3, 4 e 6, il concetto di «domicile» sostituisce quello di «cittadinanza» negli Stati membri che utilizzano tale concetto quale criterio di collegamento in materia familiare.

Ai fini dell'articolo 6 si considera che le parti aventi il loro «domicile» in unità territoriali diverse di uno stesso Stato membro abbiano il loro «domicile» comune in detto Stato membro.

CAPO II COMPETENZA

Articolo 3 Disposizioni generali

Sono competenti a pronunciarsi in materia di obbligazioni alimentari negli Stati membri:

- a) l'autorità giurisdizionale del luogo in cui il convenuto risiede abitualmente;
o
- b) l'autorità giurisdizionale del luogo in cui il creditore risiede abitualmente;
o
- c) l'autorità giurisdizionale competente secondo la legge del foro a conoscere di un'azione relativa allo stato delle persone qualora la domanda relativa a un'obbligazione alimentare sia accessoria a detta azione, salvo che tale competenza sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti; o
- d) l'autorità giurisdizionale competente secondo la legge del foro a conoscere di un'azione relativa alla responsabilità genitoriale qualora la domanda relativa a un'obbligazione alimentare sia accessoria a detta azione, salvo che tale competenza sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti.

Articolo 4 Elezione del foro

1. Le parti possono convenire che siano competenti a conoscere delle controversie tra di esse in materia di obbligazioni alimentari la o le autorità giurisdizionali seguenti di uno Stato membro:

- a) la o le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui una delle parti risiede abitualmente;
- b) la o le autorità giurisdizionali dello Stato membro di cittadinanza di una delle parti;
- c) per quanto riguarda le obbligazioni alimentari tra coniugi o ex coniugi:
 - i) l'autorità giurisdizionale competente a conoscere delle loro controversie in materia matrimoniale; o
 - ii) la o le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui essi hanno avuto l'ultima residenza abituale comune per un periodo di almeno un anno.

Le condizioni di cui alle lettere a), b) o c) devono risultare soddisfatte al momento della conclusione dell'accordo relativo all'elezione del foro o nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale.

La competenza conferita dall'accordo è esclusiva, salvo che le parti non dispongano diversamente.

2. L'accordo relativo all'elezione del foro è concluso per iscritto. Si considera forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo.

3. Il presente articolo non si applica nelle controversie concernenti un'obbligazione alimentare nei confronti di un minore di diciotto anni.

4. Se le parti hanno convenuto di attribuire competenza esclusiva alla o alle autorità giurisdizionali di uno Stato parte della convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (18), firmata il 30 ottobre 2007 a Lugano («convenzione di Lugano») che non sia uno Stato membro, detta convenzione si applica tranne per quanto concerne le controversie di cui al paragrafo 3.

Articolo 5

Competenza fondata sulla comparizione del convenuto

Oltre che nei casi in cui la sua competenza risulta da altre disposizioni del presente regolamento, è competente l'autorità giurisdizionale dello Stato membro dinanzi alla quale compare il convenuto. Tale norma non è applicabile se la comparizione è intesa a eccepire l'incompetenza.

Articolo 6

Competenza sussidiaria

Se nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro è competente ai sensi degli articoli 3, 4 e 5 e nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato parte della convenzione di Lugano che non sia uno Stato membro è competente in virtù delle disposizioni di detta convenzione, sono competenti le autorità giurisdizionali dello Stato membro di cittadinanza comune delle parti.

Articolo 7

Forum necessitatis

Qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli 3, 4, 5 e 6, in casi eccezionali le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possono conoscere della controversia se un procedimento non può ragionevolmente

essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento.

La controversia deve presentare un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita.

Articolo 8

Limitazione dell'azione

1. Qualora sia emessa una decisione in uno Stato membro o uno Stato contraente della convenzione dell'Aia del 2007 in cui il creditore risiede abitualmente, il debitore non può promuovere un'azione per modificare la decisione o ottenere una decisione nuova in un altro Stato membro, fintantoché il creditore continui a risiedere abitualmente nello Stato in cui è stata emessa la decisione.

2. Il paragrafo 1 non si applica:

a) qualora le parti si siano accordate sulla competenza delle autorità giurisdizionali dell'altro Stato membro in conformità dell'articolo 4;

b) qualora il creditore si sottoponga alla competenza delle autorità giurisdizionali dell'altro Stato membro di cui all'articolo 5;

c) qualora l'autorità competente dello Stato d'origine contraente della convenzione dell'Aia del 2007 non possa o rifiuti di esercitare la competenza a modificare la decisione o a emetterne una nuova;

o

d) qualora la decisione emessa nello Stato d'origine contraente della convenzione dell'Aia del 2007 non possa essere riconosciuta o dichiarata esecutiva nello Stato membro in cui è prevista l'azione per modificare la decisione o ottenerne una nuova.

Articolo 9

Adizione dell'autorità giurisdizionale

Ai fini del presente capo, un'autorità giurisdizionale è considerata adita:

a) alla data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è depositato presso l'autorità giurisdizionale, a condizione che il ricorrente non abbia in seguito omissso di prendere le misure che era tenuto a prendere affinché l'atto fosse notificato o comunicato al convenuto;

o

b) qualora l'atto debba essere notificato o comunicato prima di essere depositato presso l'autorità giurisdizionale, alla data della sua ricezione da parte dell'autorità incaricata della notificazione o comunicazione, a condizione che il ricorrente non abbia in seguito omissso di prendere le misure che era tenuto a prendere affinché l'atto fosse depositato presso l'autorità giurisdizionale.

Articolo 10

Verifica della competenza

L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro investita di una controversia per la quale non è competente in base al presente regolamento dichiara d'ufficio la propria incompetenza.

Articolo 11
Verifica della ricevibilità

1. Se il convenuto che ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato diverso dallo Stato membro in cui l'azione è stata proposta non compare, l'autorità giurisdizionale competente sospende il procedimento finché non sia accertato che il convenuto è stato messo nelle condizioni di ricevere la domanda giudiziale o atto equivalente in tempo utile a consentirgli di presentare le proprie difese o che sono stati effettuati tutti gli adempimenti in tal senso.

2. In luogo delle disposizioni del paragrafo 1 del presente articolo si applica l'articolo 19 del regolamento (CE) n. 1393/2007 qualora sia stato necessario trasmettere da uno Stato membro ad un altro la domanda giudiziale o un atto equivalente a norma di tale regolamento.

3. Ove non siano applicabili le disposizioni del regolamento (CE) n. 1393/2007, si applica l'articolo 15 della convenzione dell'Aia del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale qualora sia stato necessario trasmettere all'estero la domanda giudiziale o un atto equivalente a norma di tale convenzione.

Articolo 12
Litispendenza

1. Qualora davanti ad autorità giurisdizionali di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita in precedenza.

2. Ove sia accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita per prima, l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore della prima.

Articolo 13
Connessione

1. Ove più cause connesse siano pendenti dinanzi ad autorità giurisdizionali di diversi Stati membri, l'autorità giurisdizionale successivamente adita può sospendere il procedimento.

2. Se tali cause sono pendenti in primo grado, l'autorità giurisdizionale successivamente adita può parimenti dichiarare la propria incompetenza su richiesta di una delle parti a condizione che l'autorità giurisdizionale adita per prima sia competente a conoscere delle domande proposte e la sua legge consenta la riunione dei procedimenti.

3. Ai sensi del presente articolo sono connesse le cause aventi tra di loro un legame così stretto da rendere opportune una trattazione e una decisione uniche per evitare soluzioni tra loro incompatibili ove le cause fossero trattate separatamente.

Articolo 14
Provvedimenti provvisori e cautelari

I provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti alle autorità giudiziarie di tale Stato anche se, in forza del presente

MATERIALI

regolamento, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

CAPO III LEGGE APPLICABILE

Articolo 15

Determinazione della legge applicabile

La legge applicabile alle obbligazioni alimentari è determinata secondo il protocollo dell'Aia del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari («protocollo dell'Aia del 2007») negli Stati membri vincolati da tale strumento.

CAPO IV RICONOSCIMENTO, ESECUTIVITÀ ED ESECUZIONE DELLE DECISIONI

Articolo 16

Ambito di applicazione del presente capo

1. Il presente capo disciplina il riconoscimento, l'esecutività e l'esecuzione delle decisioni che rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento
2. La sezione 1 si applica alle decisioni emesse in uno Stato membro vincolato dal protocollo dell'Aia del 2007.
3. La sezione 2 si applica alle decisioni emesse in uno Stato membro non vincolato dal protocollo dell'Aia del 2007.
4. La sezione 3 si applica a tutte le decisioni.

SEZIONE 1

DECISIONI EMESSE IN UNO STATO MEMBRO VINCOLATO DAL PROTOCOLLO DELL'AIA DEL 2007

Articolo 17

Abolizione dell'exequatur

1. La decisione emessa in uno Stato membro vincolato dal protocollo dell'Aia del 2007 è riconosciuta in un altro Stato membro senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura particolare e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento.
2. Le decisioni emesse in uno Stato membro vincolato dal protocollo dell'Aia del 2007 che sono esecutive in tale Stato lo sono anche in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione che attesti l'esecutività.

Articolo 18

Provvedimenti cautelari

Una decisione esecutiva implica di diritto l'autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari previsti dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

Articolo 19

Diritto di chiedere il riesame

1. Il convenuto che non sia comparso nello Stato membro d'origine ha il diritto di chiedere il riesame della decisione all'autorità giurisdizionale competente di tale Stato membro se:

a) non gli sono stati comunicati o notificati la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile e in modo tale da consentirgli di presentare le proprie difese;

o

b) non ha avuto la possibilità di contestare il credito alimentare a causa di forza maggiore o di circostanze eccezionali a lui non imputabili, eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, non abbia impugnato la decisione.

2. Il termine per chiedere il riesame decorre dal giorno in cui il convenuto ha avuto effettivamente conoscenza del contenuto della decisione ed è stato posto nelle condizioni di agire, al più tardi dal giorno della prima misura di esecuzione avente l'effetto di rendere i suoi beni indisponibili in tutto o in parte. Il convenuto agisce tempestivamente, in ogni caso entro un termine di 45 giorni. Detto termine non è prorogabile per ragioni inerenti alla distanza.

3. Se l'autorità giurisdizionale respinge la domanda di riesame di cui al paragrafo 1 ritenendo che non sia soddisfatta alcuna condizione di riesame di cui al detto paragrafo, la decisione resta valida.

Se l'autorità giurisdizionale decide che il riesame si giustifica per uno dei motivi di cui al paragrafo 1, la decisione è nulla. Tuttavia, il creditore non perde i benefici dell'interruzione dei termini di prescrizione o decadenza né il diritto di chiedere retroattivamente gli alimenti derivanti dal primo procedimento.

Articolo 20

Documenti ai fini dell'esecuzione

1. Per l'esecuzione di una decisione in un altro Stato membro, il ricorrente fornisce alle competenti autorità incaricate dell'esecuzione:

a) una copia della decisione che soddisfi le condizioni necessarie per stabilirne l'autenticità;

b) l'estratto della decisione rilasciato dall'autorità giurisdizionale d'origine mediante il modulo di cui all'allegato I;

c) se del caso, un documento che stabilisca lo stato degli arretrati e indichi la data in cui è stato effettuato il calcolo;

d) se del caso, la traslitterazione o la traduzione del contenuto del modulo di cui alla lettera b) nella lingua ufficiale dello Stato membro dell'esecuzione oppure, ove tale Stato membro abbia più lingue ufficiali, nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dei procedimenti giudiziari del luogo in cui viene chiesta l'esecuzione, conformemente alla legge dello Stato membro in questione, o in un'altra lingua che lo Stato membro dell'esecuzione abbia dichiarato di accettare. Ciascuno Stato membro può indicare la lingua o le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione europea, diversa o diverse dalla sua o dalle sue, in cui ammette la compilazione del modulo.

2. Le autorità competenti dello Stato membro dell'esecuzione non possono esigere che il ricorrente fornisca una traduzione della decisione. Tuttavia, una traduzione può essere richiesta se l'esecuzione della decisione è contestata.

3. Qualsiasi traduzione ai sensi del presente articolo deve essere effettuata da una persona abilitata ad effettuare traduzioni in uno degli Stati membri.

Articolo 21

Diniego o sospensione dell'esecuzione

1. I motivi di diniego o sospensione dell'esecuzione previsti dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione si applicano purché non siano incompatibili con l'applicazione dei paragrafi 2 e 3.

2. Su istanza del debitore, l'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione nega, in tutto o in parte, l'esecuzione della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine se il diritto di ottenere l'esecuzione della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine è prescritto a norma della legislazione dello Stato membro d'origine o a norma della legislazione dello Stato membro dell'esecuzione, se quest'ultima prevede un termine di prescrizione più lungo.

Inoltre, su istanza del debitore, l'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione può negare, in tutto o in parte, l'esecuzione della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine se è inconciliabile con una decisione emessa nello Stato membro dell'esecuzione o con una decisione emessa in un altro Stato membro o in uno Stato terzo che soddisfi i requisiti necessari al suo riconoscimento nello Stato membro dell'esecuzione.

La decisione che abbia l'effetto di modificare una precedente decisione in materia di obbligazioni alimentari a motivo di un mutamento delle circostanze non è considerata una decisione inconciliabile ai sensi del secondo comma.

3. Su istanza del debitore, l'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione può sospendere, in tutto o in parte, l'esecuzione della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine se l'autorità giurisdizionale competente dello Stato membro d'origine è investita di una domanda di riesame della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine a norma dell'articolo 19.

Inoltre, su istanza del debitore, l'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione sospende l'esecuzione della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine se l'esecutività della stessa è sospesa nello Stato membro d'origine.

Articolo 22

Assenza di effetti sull'esistenza di rapporti di famiglia

Il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione in materia di obbligazioni alimentari a norma del presente regolamento non implicano in alcun modo il riconoscimento del rapporto di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità alla base dell'obbligazione alimentare che ha dato luogo alla decisione.

SEZIONE 2

DECISIONI EMESSE IN UNO STATO MEMBRO NON VINCOLATO DAL PROTOCOLLO DELL'AIA DEL 2007

Articolo 23

Riconoscimento

1. Le decisioni emesse in uno Stato membro non vincolato dal protocollo dell'Aia del 2007 sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento.

2. In caso di contestazione, ogni parte interessata che chieda il riconoscimento in via principale di una decisione può far constatare, secondo il procedimento di cui alla presente sezione, che la decisione deve essere riconosciuta.

3. Se il riconoscimento è richiesto in via incidentale davanti ad un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, tale autorità giurisdizionale è competente al riguardo.

Articolo 24

Motivi di rifiuto del riconoscimento

Le decisioni non sono riconosciute:

a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento. Le norme sulla competenza non riguardano l'ordine pubblico;

b) se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da consentirgli di presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione;

c) se sono incompatibili con una decisione emessa tra le stesse parti nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento;

d) se sono incompatibili con una decisione emessa precedentemente tra le stesse parti in un altro Stato membro o in un paese terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, qualora tale decisione soddisfi le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento.

La decisione che abbia l'effetto di modificare una precedente decisione in materia di obbligazioni alimentari a causa di un mutamento delle circostanze non è considerata una decisione inconciliabile ai sensi delle lettere c) o d).

Articolo 25

Sospensione del procedimento di riconoscimento

L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro davanti alla quale è chiesto il riconoscimento di una decisione emessa in uno Stato membro non vincolato dal protocollo dell'Aia del 2007 sospende il procedimento se l'esecutività della decisione è sospesa nello Stato membro di origine per la presentazione di un ricorso.

MATERIALI

Articolo 26 Esecutività

Le decisioni emesse in uno Stato membro non vincolato dal protocollo dell'Aia del 2007 e ivi esecutive sono eseguite in un altro Stato membro dopo essere state ivi dichiarate esecutive su istanza di una parte interessata.

Articolo 27 Competenza territoriale

1. L'istanza di dichiarazione di esecutività è proposta all'autorità giurisdizionale o all'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione comunicata da tale Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 71.

2. La competenza territoriale è determinata dalla residenza abituale della parte contro cui viene chiesta l'esecuzione, o dal luogo dell'esecuzione.

Articolo 28 Procedura

1. La domanda di dichiarazione di esecutività è corredata dei seguenti documenti:

a) una copia della decisione che soddisfi le condizioni necessarie per stabilirne l'autenticità;

b) un estratto della decisione rilasciato dall'autorità giurisdizionale d'origine utilizzando il modulo di cui all'allegato II, fatto salvo l'articolo 29;

c) se del caso, la traslitterazione o la traduzione del contenuto del modulo di cui alla lettera b) nella lingua ufficiale dello Stato membro dell'esecuzione oppure, ove tale Stato membro abbia più lingue ufficiali, nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dei procedimenti giudiziari del luogo in cui viene presentata la domanda, conformemente alla legge dello Stato membro in questione, o in un'altra lingua che lo Stato membro dell'esecuzione abbia dichiarato di accettare. Ciascuno Stato membro può indicare la lingua o le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione europea, diversa o diverse dalla sua o dalle sue, in cui ammette la compilazione del modulo.

2. L'autorità giurisdizionale o l'autorità competente investita della domanda non può esigere che l'istante fornisca una traduzione della decisione. Tuttavia, una traduzione può essere richiesta nel quadro del ricorso di cui agli articoli 32 o 33.

3. Qualsiasi traduzione ai sensi del presente articolo deve essere effettuata da una persona abilitata ad effettuare traduzioni in uno degli Stati membri.

Articolo 29 Mancata produzione dell'estratto

1. Qualora l'estratto di cui all'articolo 28, paragrafo 1, lettera b), non venga prodotto, l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente possono fissare un termine per la sua presentazione o accettare un documento equivalente ovvero, qualora ritengano di essere informate a sufficienza, dispensare dalla sua produzione.

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, qualora l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente lo richiedano, deve essere presentata una traduzione dei documenti. La traduzione è effettuata da una persona abilitata a eseguire traduzioni in uno degli Stati membri.

Articolo 30

Dichiarazione di esecutività

La decisione è dichiarata esecutiva senza alcun esame ai sensi dell'articolo 24 non appena espletate le formalità di cui all'articolo 28 e al più tardi entro trenta giorni dopo l'espletamento di tali formalità, salvo impossibilità dovuta a circostanze eccezionali. La parte contro cui l'esecuzione viene chiesta non può, in tale fase del procedimento, presentare osservazioni.

Articolo 31

Notificazione della decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione

1. La decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività è immediatamente comunicata all'istante secondo le modalità previste dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

2. La dichiarazione di esecutività è notificata o comunicata alla parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, corredata della decisione qualora quest'ultima non sia già stata notificata o comunicata a tale parte.

Articolo 32

Ricorso contro la decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione

1. Ciascuna delle parti può proporre ricorso contro la decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività.

2. Il ricorso è proposto dinanzi all'autorità giurisdizionale notificata dallo Stato membro interessato alla Commissione in conformità dell'articolo 71.

3. Il ricorso è esaminato secondo le norme sul procedimento in contraddittorio.

4. Se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione non compare davanti all'autorità giurisdizionale investita del ricorso nel procedimento riguardante l'azione proposta dall'istante, si applicano le disposizioni dell'articolo 11 anche se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione non risiede abitualmente nel territorio di uno degli Stati membri.

5. Il ricorso contro la dichiarazione di esecutività deve essere proposto entro un termine di trenta giorni dalla notificazione o comunicazione della stessa. Se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata rilasciata la dichiarazione di esecutività, il termine è di quarantacinque giorni a decorrere dalla data della notificazione o comunicazione in mani proprie o nella residenza. Detto termine non è prorogabile per ragioni inerenti alla distanza.

Articolo 33

Impugnazione della decisione emessa sul ricorso

La decisione emessa sul ricorso può costituire oggetto solo delle procedure comunicate dallo Stato membro interessato alla Commissione conformemente all'articolo 71.

Articolo 34

Rifiuto o revoca di una dichiarazione di esecutività

1. L'autorità giurisdizionale davanti alla quale è stato proposto un ricorso ai sensi degli articoli 32 o 33 rifiuta o revoca la dichiarazione di esecutività solo per uno dei motivi contemplati dall'articolo 24.

2. Fatto salvo l'articolo 32, paragrafo 4, l'autorità giurisdizionale davanti alla quale è stato proposto un ricorso ai sensi dell'articolo 32 si pronuncia entro un termine di novanta giorni a decorrere dalla sua adizione, salvo impossibilità dovuta a circostanze eccezionali.

3. L'autorità giurisdizionale davanti alla quale è stato proposto un ricorso ai sensi dell'articolo 33 si pronuncia senza indugio.

Articolo 35

Sospensione del procedimento

L'autorità giurisdizionale davanti alla quale è proposto un ricorso ai sensi degli articoli 32 o 33, su istanza della parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, sospende il procedimento se l'esecutività della decisione è sospesa nello Stato membro d'origine a causa della presentazione di un ricorso.

Articolo 36

Provvedimenti provvisori e cautelari

1. Qualora una decisione debba essere riconosciuta in conformità della presente sezione, nulla osta a che l'istante chieda provvedimenti provvisori o cautelari in conformità della legge dello Stato membro dell'esecuzione, senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività ai sensi dell'articolo 30.

2. La dichiarazione di esecutività implica di diritto l'autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari.

3. In pendenza del termine di cui all'articolo 32, paragrafo 5, per proporre il ricorso contro la dichiarazione di esecutività e fino a quando non sia stata adottata alcuna decisione su di esso, può procedersi solo a provvedimenti cautelari sui beni della parte contro cui è chiesta l'esecuzione.

Articolo 37

Esecutività parziale

1. Se la decisione ha statuito su vari capi della domanda e la dichiarazione di esecutività non può essere rilasciata per tutti i capi, l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente rilasciano la dichiarazione di esecutività solo per uno o più di essi.

2. L'istante può richiedere una dichiarazione di esecutività parziale.

Articolo 38

Assenza di imposte, diritti o tasse

Nei procedimenti relativi al rilascio di una dichiarazione di esecutività non vengono riscossi, nello Stato membro dell'esecuzione, imposte, diritti o tasse proporzionali al valore della controversia.

SEZIONE 3
DISPOSIZIONI COMUNI

Articolo 39
Esecutività provvisoria

L'autorità giurisdizionale d'origine può dichiarare la decisione provvisoriamente esecutiva, nonostante un eventuale ricorso, anche se la legislazione nazionale non prevede l'esecutività di diritto.

Articolo 40
Invocazione di una decisione riconosciuta

1. La parte che desidera invocare in un altro Stato membro una decisione riconosciuta ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, o riconosciuta a norma della sezione 2, produce una copia della decisione che soddisfi le condizioni necessarie per stabilirne l'autenticità.

2. Se necessario, l'autorità giurisdizionale dinanzi alla quale è invocata la decisione riconosciuta può chiedere alla parte che intende avvalersene di produrre un estratto rilasciato dall'autorità giurisdizionale d'origine compilato utilizzando il modulo di cui, secondo i casi, all'allegato I o all'allegato II.

L'autorità giurisdizionale d'origine rilascia tale estratto anche su istanza di qualsiasi parte interessata.

3. Se del caso, la parte che invoca la decisione riconosciuta fornisce la traslitterazione o la traduzione del contenuto del modulo di cui al paragrafo 2 nella lingua ufficiale dello Stato membro interessato oppure, ove tale Stato membro abbia più lingue ufficiali, nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dei procedimenti giudiziari del luogo in cui è invocata la decisione riconosciuta, conformemente alla legge dello Stato membro in questione, o in un'altra lingua che lo Stato membro interessato abbia dichiarato di accettare. Ciascuno Stato membro può indicare la lingua o le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione europea, diversa o diverse dalla sua o dalle sue, in cui ammette la compilazione del modulo.

4. Qualsiasi traduzione ai sensi del presente articolo deve essere effettuata da una persona abilitata ad effettuare traduzioni in uno degli Stati membri.

Articolo 41
Procedimento e condizioni d'esecuzione

1. Fatte salve le disposizioni del presente regolamento, il procedimento d'esecuzione delle decisioni emesse in un altro Stato membro è disciplinato dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione. Le decisioni emesse in uno Stato membro che sono esecutive nello Stato membro dell'esecuzione sono eseguite alle stesse condizioni delle decisioni emesse nello Stato membro dell'esecuzione.

2. La parte che richiede l'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro non è obbligata ad avere un recapito postale o un rappresentante autorizzato nello Stato membro dell'esecuzione, fatta eccezione per le persone competenti in materia di procedura d'esecuzione.

MATERIALI

Articolo 42

Divieto di riesame del merito

In nessun caso una decisione emessa in uno Stato membro può formare oggetto di un riesame del merito nello Stato membro in cui sono richiesti il riconoscimento, l'esecutività o l'esecuzione.

Articolo 43

Recupero non prioritario dei costi

Il recupero dei costi derivanti dall'applicazione del presente regolamento non è prioritario rispetto al recupero di crediti alimentari.

CAPO V

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

Omissis

CAPO VI

TRANSAZIONI GIUDIZIARIE E ATTI PUBBLICI

Articolo 48

Applicazione del presente regolamento alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici

1. Le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici esecutivi nello Stato membro d'origine sono riconosciuti in un altro Stato membro e hanno la stessa esecutività delle decisioni ai sensi del capo IV.

2. Le disposizioni del presente regolamento sono applicabili, se del caso, alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici.

3. L'autorità competente dello Stato membro d'origine rilascia, su istanza di qualsiasi parte interessata, un estratto della transazione giudiziaria o dell'atto pubblico utilizzando, a seconda dei casi, il modulo di cui agli allegati I e II ovvero agli allegati III e IV.

CAPO VII

COOPERAZIONE TRA AUTORITÀ CENTRALI

Omissis

CAPO VIII

ENTI PUBBLICI

Omissis

CAPO IX

DISPOSIZIONI GENERALI E FINALI

Omissis

Articolo 68

Relazioni con altri strumenti comunitari

1. Fatto salvo l'articolo 75, paragrafo 2, il presente regolamento modifica il regolamento (CE) n. 44/2001 sostituendone le disposizioni applicabili in materia di obbligazioni alimentari.

2. Il presente regolamento sostituisce, in materia di obbligazioni alimentari, il regolamento (CE) n. 805/2004, tranne per i titoli esecutivi europei riguardanti obbligazioni alimentari emessi in uno Stato membro non vincolato dal protocollo dell'Aia del 2007.

3. In materia di obbligazioni alimentari, il presente regolamento lascia impregiudicata l'applicazione della direttiva 2003/8/CE, fatto salvo il capo V.

4. Il presente regolamento lascia impregiudicata l'applicazione della direttiva 95/46/CE.

Articolo 69

Relazioni con le convenzioni e gli accordi internazionali in vigore

1. Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle convenzioni e degli accordi bilaterali o multilaterali di cui uno o più Stati membri sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento, fatti salvi gli obblighi che incombono agli Stati membri in virtù dell'articolo 307 del trattato.

2. Nonostante il paragrafo 1 e fatto salvo il paragrafo 3, il presente regolamento prevale, tra gli Stati membri, sulle convenzioni e gli accordi che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento e di cui sono parte gli Stati membri.

3. Il presente regolamento non osta all'applicazione della convenzione del 23 marzo 1962 tra la Svezia, la Danimarca, la Finlandia, l'Islanda e la Norvegia sul recupero dei crediti alimentari da parte degli Stati membri che ne sono parte, considerato che detta convenzione prevede, per quanto riguarda il riconoscimento, l'esecutività e l'esecuzione di decisioni:

a) procedure semplificate e accelerate per l'esecuzione di decisioni in materia di alimenti;

e

b) disposizioni relative al patrocinio a spese dello Stato più favorevoli di quelle previste al capo V del presente regolamento.

Tuttavia, l'applicazione di tale convenzione non priva il convenuto della tutela offerta dagli articoli 19 e 21 del presente regolamento.

Articolo 70

Informazioni messe a disposizione dei cittadini

Gli Stati membri forniscono le seguenti informazioni, nel quadro della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale istituita con decisione 2001/470/CE, affinché siano messe a disposizione dei cittadini:

a) una descrizione dell'ordinamento giuridico e delle procedure nazionali in materia di obbligazioni alimentari;

b) una descrizione delle misure adottate per conformarsi agli obblighi di cui all'articolo 51;

c) una descrizione delle modalità per assicurare un effettivo accesso alla giustizia, come previsto all'articolo 44;

d) una descrizione delle norme e procedure nazionali in materia di esecuzione, comprese le informazioni su eventuali limitazioni a tale riguardo, in particolare le norme relative alla tutela del debitore e ai periodi di prescrizione o decadenza.

Gli Stati membri tengono costantemente aggiornate tali informazioni.

Omissis

Articolo 75

Disposizioni transitorie

1. Il presente regolamento si applica solo ai procedimenti avviati, alle transazioni giudiziarie approvate o concluse e agli atti pubblici redatti successivamente alla data di applicazione, fatti salvi i paragrafi 2 e 3.

2. Le sezioni 2 e 3 del capo IV si applicano:

a) alle decisioni emesse negli Stati membri anteriormente alla data di applicazione del presente regolamento per le quali il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività sono richiesti dopo tale data;

b) alle decisioni emesse successivamente alla data di applicazione del presente regolamento a seguito di procedimenti avviati prima di tale data, a condizione che tali decisioni rientrino, ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione, nell'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001.

Il regolamento (CE) n. 44/2001 continua ad applicarsi ai procedimenti di riconoscimento e di esecuzione in corso alla data di applicazione del presente regolamento.

I commi primo e secondo si applicano, *mutatis mutandis*, alle transazioni giudiziarie approvate o concluse e agli atti pubblici redatti negli Stati membri.

3. Il capo VII sulla cooperazione tra autorità centrali si applica alle richieste e domande pervenute all'autorità centrale a decorrere dalla data di applicazione del presente regolamento.

Articolo 76

Entrata in vigore

Il presente regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

L'articolo 2, paragrafo 2, l'articolo 47, paragrafo 3, e gli articoli 71, 72 e 73 si applicano dal 18 settembre 2010.

Il presente regolamento si applica, fatta eccezione per le disposizioni di cui al secondo comma, dal 18 giugno 2011, a condizione che il protocollo dell'Aia del 2007 sia applicabile nella Comunità in tale data. In caso contrario, il presente regolamento si applica a decorrere dalla data di applicazione di detto protocollo nella Comunità.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile negli Stati membri conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea.

3. Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010

Relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

Estratto

CAPO I

AMBITO DI APPLICAZIONE, RELAZIONE CON IL REGOLAMENTO (CE) N. 2201/2003, DEFINIZIONI E CARATTERE UNIVERSALE

Articolo 1

Ambito di applicazione

1. Il presente regolamento si applica, in circostanze che comportino un conflitto di leggi, al divorzio e alla separazione personale.

2. Il presente regolamento non si applica alle seguenti materie, anche se si presentano semplicemente come questioni preliminari nell'ambito di un procedimento di divorzio o separazione personale:

- a) la capacità giuridica delle persone fisiche;
- b) l'esistenza, la validità e il riconoscimento di un matrimonio;
- c) l'annullamento di un matrimonio;
- d) il nome dei coniugi;
- e) gli effetti patrimoniali del matrimonio;
- f) la responsabilità genitoriale;
- g) le obbligazioni alimentari;
- h) i trust o le successioni.

Articolo 2

Relazione con il regolamento (CE) n. 2201/2003

Il presente regolamento fa salva l'applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003.

Articolo 3

Definizione

Ai fini del presente regolamento valgono le definizioni seguenti:

1) «Stato membro partecipante»: uno Stato membro che partecipa alla cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale in virtù della decisione 2010/405/UE o in virtù di una decisione adottata ai sensi dell'articolo 331, paragrafo 1, secondo o terzo comma, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea;

2) «autorità giurisdizionale»: tutte le autorità degli Stati membri partecipanti competenti per le materie rientranti nell'ambito di applicazione del presente regolamento.

Articolo 4

Carattere universale

La legge designata dal presente regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro partecipante.

CAPO II
NORME UNIFORMI SULLA LEGGE APPLICABILE AL
DIVORZIO E ALLA SEPARAZIONE PERSONALE

Articolo 5

Scelta della legge applicabile dalle parti

1. I coniugi possono designare di comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale purché si tratti di una delle seguenti leggi:

- a) la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell'accordo; o
- b) la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora al momento della conclusione dell'accordo; o
- c) la legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo; o
- d) la legge del foro.

2. Fatto salvo il paragrafo 3, l'accordo che designa la legge applicabile può essere concluso e modificato in qualsiasi momento, ma al più tardi nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale.

3. Ove previsto dalla legge del foro, i coniugi possono del pari designare la legge applicabile nel corso del procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale. In tal caso, quest'ultima mette agli atti tale designazione in conformità della legge del foro.

Articolo 6

Consenso e validità sostanziale

1. L'esistenza e la validità di un accordo sulla scelta della legge o di una sua disposizione si stabiliscono in base alla legge che sarebbe applicabile in virtù del presente regolamento se l'accordo o la disposizione fossero validi.

2. Tuttavia, un coniuge, al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, può riferirsi alla legge del paese in cui ha la residenza abituale nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, se dalle circostanze risulta che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del suo comportamento secondo la legge prevista nel paragrafo 1.

Articolo 7

Validità formale

1. L'accordo di cui all'articolo 5, paragrafi 1 e 2, è redatto per iscritto, datato e firmato da entrambi i coniugi. La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione elettronica che permetta una registrazione durevole dell'accordo.

2. Tuttavia, se la legge dello Stato membro partecipante in cui entrambi i coniugi hanno la residenza abituale nel momento in cui è concluso l'accordo prevede requisiti di forma supplementari per tali accordi, si applicano tali requisiti.

3. Se, nel momento in cui è concluso l'accordo, la residenza abituale dei coniugi si trova in Stati membri partecipanti diversi e se la legge di tali Stati prevede requisiti di forma differenti, l'accordo è valido, quanto alla forma, se soddisfa i requisiti della legge di uno dei due Stati.

4. Se, nel momento in cui è concluso l'accordo, uno solo dei coniugi ha la residenza abituale in uno Stato membro partecipante e se tale Stato prevede requisiti di forma supplementari per questo tipo di accordo, si applicano tali requisiti.

Articolo 8

Legge applicabile in mancanza di scelta ad opera delle parti

In mancanza di una scelta ai sensi dell'articolo 5, il divorzio e la separazione personale sono disciplinati dalla legge dello Stato:

- a) della residenza abituale dei coniugi nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, o, in mancanza;
- b) dell'ultima residenza abituale dei coniugi sempre che tale periodo non si sia concluso più di un anno prima che fosse adita l'autorità giurisdizionale, se uno di essi vi risiede ancora nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; o, in mancanza;
- c) di cui i due coniugi sono cittadini nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; o, in mancanza;
- d) in cui è adita l'autorità giurisdizionale.

Articolo 9

Conversione della separazione personale in divorzio

1. In caso di conversione della separazione personale in divorzio, la legge applicata alla separazione personale si applica anche al divorzio, a meno che le parti abbiano convenuto diversamente ai sensi dell'articolo 5.

2. Tuttavia, se la legge applicata alla separazione personale non prevede la conversione della separazione in divorzio, si applica l'articolo 8, a meno che le parti abbiano convenuto diversamente ai sensi dell'articolo 5.

Articolo 10

Applicazione della legge del foro

Qualora la legge applicabile ai sensi dell'articolo 5 o dell'articolo 8 non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale, si applica la legge del foro.

Articolo 11

Esclusione del rinvio

Quando prescrive l'applicazione della legge di uno Stato, il presente regolamento si riferisce alle norme giuridiche in vigore in quello Stato, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato.

Articolo 12

Ordine pubblico

L'applicazione di una norma della legge designata in virtù del presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro.

MATERIALI

Articolo 13

Divergenze fra le legislazioni nazionali

Nessuna disposizione del presente regolamento obbliga le autorità giurisdizionali di uno Stato membro partecipante la cui legge non prevede il divorzio o non considera valido il matrimonio in questione ai fini del procedimento di divorzio ad emettere una decisione di divorzio in virtù dell'applicazione del regolamento stesso.

Articolo 14

Stati con due o più sistemi giuridici - conflitti territoriali di leggi

Ove uno Stato si componga di più unità territoriali, ciascuna con il proprio sistema giuridico o complesso di norme per materie disciplinate dal presente regolamento:

- a) ogni riferimento alla legge di tale Stato è inteso, ai fini della determinazione della legge applicabile ai sensi del presente regolamento, come riferimento alla legge in vigore nell'unità territoriale pertinente;
- b) ogni riferimento alla residenza abituale in quello Stato è inteso come riferimento alla residenza abituale in un'unità territoriale;
- c) ogni riferimento alla cittadinanza è inteso come riferimento all'appartenenza all'unità territoriale designata dalla legge di detto Stato o, in mancanza di norme pertinenti, all'unità territoriale scelta dalle parti o, in mancanza di scelta, all'unità territoriale con la quale il coniuge o i coniugi hanno il legame più stretto.

Articolo 15

Stati con due o più sistemi giuridici - conflitti interpersonali di leggi

In relazione ad uno Stato con due o più sistemi giuridici o complessi di norme applicabili a categorie diverse di persone riguardanti materie disciplinate dal presente regolamento, ogni riferimento alla legge di tale Stato è inteso come riferimento al sistema giuridico determinato dalle norme in vigore in tale Stato. In mancanza di tali norme, si applica il sistema giuridico o il complesso di norme con cui il coniuge o i coniugi hanno il legame più stretto.

Articolo 16

Non applicazione del presente regolamento ai conflitti interni di leggi

Uno Stato membro partecipante in cui diversi sistemi giuridici o complessi di norme si applicano a materie disciplinate dal presente regolamento non è tenuto ad applicare il presente regolamento a conflitti di leggi che riguardano unicamente tali diversi sistemi giuridici o complessi di norme.

CAPO III ALTRE DISPOSIZIONI

Articolo 17

Informazioni da parte degli Stati membri partecipanti

1. Entro il 21 settembre 2011 gli Stati membri partecipanti comunicano alla Commissione le eventuali disposizioni nazionali riguardo:

- a) ai requisiti di forma per gli accordi sulla scelta della legge applicabile, conformemente all'articolo 7, paragrafi da 2 a 4; e

b) alla possibilità di designare la legge applicabile in conformità dell'articolo 5, paragrafo 3.

Gli Stati membri partecipanti comunicano alla Commissione qualsiasi successiva modifica di tali disposizioni.

2. La Commissione rende pubblicamente accessibili le informazioni comunicate conformemente al paragrafo 1 con mezzi appropriati, in particolare tramite il sito web della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale.

Articolo 18

Disposizioni transitorie

1. Il presente regolamento si applica ai procedimenti avviati e agli accordi di cui all'articolo 5 conclusi a decorrere dal 21 giugno 2012.

Producono tuttavia effetti anche gli accordi sulla scelta della legge applicabile conclusi prima del 21 giugno 2012, a condizione che siano conformi agli articoli 6 e 7.

2. Il presente regolamento fa salvi gli accordi sulla scelta della legge applicabile conclusi conformemente alla legge di uno Stato membro partecipante la cui autorità giurisdizionale sia stata adita prima del 21 giugno 2012.

Articolo 19

Relazione con altre convenzioni internazionali in vigore

1. Fatti salvi gli obblighi degli Stati membri partecipanti ai sensi dell'articolo 351 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il presente regolamento non osta all'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri sono parti al momento dell'adozione del presente regolamento o al momento dell'adozione della decisione ai sensi dell'articolo 331, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e che disciplinano i conflitti di leggi in materia di divorzio o separazione.

2. Tuttavia, il presente regolamento prevale, tra gli Stati membri partecipanti, sulle convenzioni concluse esclusivamente tra due o più di essi nella misura in cui esse riguardano materie disciplinate dal presente regolamento.

Articolo 20

Clausola di revisione

1. Entro il 31 dicembre 2015 e successivamente ogni cinque anni, la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una relazione sull'applicazione del presente regolamento. Tale relazione è corredata, se del caso, di opportune proposte di modifica.

2. A tal fine gli Stati membri partecipanti comunicano alla Commissione le informazioni pertinenti in ordine all'applicazione del presente regolamento da parte delle rispettive autorità giurisdizionali.

CAPO IV
DISPOSIZIONI FINALI

Articolo 21

Entrata in vigore e data di applicazione

Il presente regolamento entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Si applica a decorrere dal 21 giugno 2012, ad eccezione dell'articolo 17, che si applica a decorrere dal 21 giugno 2011.

Per gli Stati membri partecipanti che partecipano a una cooperazione rafforzata in forza di una decisione adottata ai sensi dell'articolo 331, paragrafo 1, secondo comma o terzo comma, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il presente regolamento si applica dalla data indicata nella relativa decisione.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri partecipanti conformemente ai trattati.

4. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 20 dicembre 2017 causa C-372/16, Soha Sahyouni contro Raja Mamisch

Estratto

Nella causa C-372/16, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'*Oberlandesgericht München* (tribunale regionale superiore di Monaco di Baviera, Germania), con decisione del 29 giugno 2016, pervenuta in cancelleria il 6 luglio 2016, nel procedimento *Soha Sahyouni* contro *Raja Mamisch*,

Omissis

Sulla prima questione

35. Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1 del regolamento n. 1259/2010 vada interpretato nel senso che il divorzio risultante da una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso, come quello oggetto del procedimento principale, ricade nella sfera di applicazione *ratione materiae* di detto regolamento.

36. Per rispondere a tale quesito, occorre interpretare detta disposizione, che definisce la sfera di applicazione *ratione materiae* di tale regolamento, tenendo conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2013, *Csonka* e a., C-409/11, EU:C:2013:512, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

37. Per quanto riguarda, in primo luogo, la lettera dell'articolo 1 del regolamento n. 1259/2010, tale articolo si limita a indicare, al suo paragrafo 1, che il regolamento si applica, in circostanze che comportino un conflitto di leggi, al divorzio e alla separazione personale. Al paragrafo 2, tale articolo elenca le questioni escluse dalla sfera di applicazione del regolamento medesimo, «anche se si presentano semplicemente come questioni preliminari nell'ambito di un procedimento di divorzio o separazione

personale». La lettera di detto articolo, pertanto, non fornisce alcun elemento utile per definire la nozione di «divorzio» ai sensi dell'articolo medesimo.

38. Per quanto riguarda, in secondo luogo, il contesto nel quale si iscrive l'articolo 1 del regolamento n. 1259/2010, anzitutto, occorre rilevare che nessuna altra disposizione di detto regolamento fornisce una definizione della nozione di «divorzio» ai sensi del regolamento stesso. In particolare, l'articolo 3 di detto regolamento si limita a definire le nozioni di «Stato membro partecipante» e di «autorità giurisdizionale», ove quest'ultima va intesa come riferita a «tutte le autorità degli Stati membri partecipanti competenti».

39. Inoltre, se è pur vero che i divorzi privati non sono esplicitamente esclusi dalla sfera di applicazione del regolamento n. 1259/2010, come rileva l'avvocato generale al paragrafo 60 delle conclusioni, i riferimenti all'intervento di un'«autorità giurisdizionale» e all'esistenza di un «procedimento», che si riscontrano in diverse disposizioni di detto regolamento, come l'articolo 1, paragrafo 2, l'articolo 5, paragrafi 2 e 3, gli articoli 8 e 13, nonché l'articolo 18, paragrafo 2, di detto regolamento mettono in risalto che quest'ultimo riguarda esclusivamente i divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo. Del resto, il fatto che l'articolo 18, paragrafo 1, del regolamento medesimo menzioni i «procedimenti avviati» supporta tale considerazione.

40. Infine, a termini del considerando 10 del regolamento n. 1259/2010, la sua sfera di applicazione *ratione materiae* e le sue disposizioni dovrebbero essere coerenti con il regolamento n. 2201/2003.

41. Orbene, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), di quest'ultimo regolamento, esso «si applica, indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale, (...) al divorzio». Quanto all'articolo 2, punto 4, di detto regolamento, esso definisce la nozione di «decisione» ai sensi del regolamento medesimo come relativa, segnatamente, a «una decisione di divorzio (...) emessa dal giudice di uno Stato membro (...), a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza».

42. Non sarebbe coerente definire in modo diverso lo stesso termine di divorzio impiegato nei due regolamenti e, pertanto, far divergere le loro rispettive sfere di applicazione.

43. Sotto quest'ultimo profilo, occorre ricordare che sia il regolamento n. 1259/2010 sia il regolamento n. 2201/2003 sono stati adottati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile. Risulta inoltre dalle osservazioni della Commissione che essa aveva anche preso in considerazione, nella proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento n. 2201/2003 quanto alla competenza e che istituisce norme relative alla legge applicabile in materia matrimoniale [COM(2006) 399], di inserire nel regolamento n. 2201/2003 le norme sul conflitto di leggi in materia di divorzio, ma che, dal momento che tale proposta non è stata accolta, tali norme sono state poi oggetto di un regolamento distinto, nella specie il regolamento n. 1259/2010.

44. Per quanto riguarda, in terzo luogo, l'obiettivo perseguito dal regolamento n. 1259/2010, esso prevede, come risulta dal suo titolo, una cooperazione rafforzata tra gli Stati membri partecipanti nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

45. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 65 delle conclusioni, in occasione dell'adozione di tale regolamento, negli ordinamenti giuridici degli Stati membri partecipanti a detta cooperazione rafforzata, solo organi di natura pubblica potevano adottare decisioni munite di valore giuridico in materia. Occorre pertanto considerare che, adottando tale regolamento, il legislatore dell'Unione si è limitato a tener presenti le situazioni nelle quali il divorzio è pronunciato da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo e che, pertanto, non intendeva far applicare il medesimo regolamento ad altri tipi di divorzi, quali quelli che, come nella specie, si fondano su «una dichiarazione di volontà privata unilaterale» pronunciata dinanzi a un tribunale religioso.

46. Una siffatta interpretazione è corroborata dalla circostanza, invocata dalla Commissione in udienza, che non è stata fatta menzione alcuna, nel corso dei lavori preparatori sfociati nell'adozione del regolamento n. 1259/2010, di una sua applicazione ai divorzi privati.

47. A tal riguardo, se è pur vero che diversi Stati membri hanno introdotto nei loro ordinamenti giuridici, dopo l'adozione del regolamento n. 1259/2010, la possibilità di pronunciare divorzi senza l'intervento di un'autorità statale, cionondimeno, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 66 delle conclusioni, l'inclusione dei divorzi di natura privata nell'ambito di applicazione di detto regolamento richiederebbe scelte che ricadono nella competenza del solo legislatore dell'Unione.

48. In tal senso, alla luce della definizione della nozione di «divorzio» di cui al regolamento n. 2201/2003, risulta dagli obiettivi perseguiti dal regolamento n. 1259/2010 che esso ricomprende unicamente i divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo.

49. Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima questione affermando che l'articolo 1 del regolamento n. 1259/2010 va interpretato nel senso che il divorzio risultante da una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso, come quello oggetto del procedimento principale, non ricade nella sfera di applicazione *ratione materiae* di detto regolamento.

II – Italia

1. Decreto Legge n. 132 del 12 settembre 2014, convertito con modificazioni in L. n. 162 del 10 novembre 2014

“Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile”

Estratto

Articolo 6

Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

1. La convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte può essere conclusa tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all’articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

2. In mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, l’accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3. In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l’accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l’accordo risponde all’interesse dei figli, lo autorizza. Quando ritiene che l’accordo non risponde all’interesse

dei figli, il procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo. All'accordo autorizzato si applica il comma 3.

3. L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Nell'accordo si dà atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare e che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori. L'avvocato della parte è obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'articolo 5.

4. All'avvocato che viola l'obbligo di cui al comma 3, terzo periodo, è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.000 ad euro 10.000. Alla irrogazione della sanzione di cui al periodo che precede è competente il Comune in cui devono essere eseguite le annotazioni previste dall'articolo 69 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

5. *Omissis*

Articolo 12

Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile.

1. I coniugi possono concludere, innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile a norma dell'articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

2. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti.

3. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. Allo stesso modo si procede per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale. L'atto contenente l'accordo è compilato e sottoscritto immediatamente dopo il ricevimento delle dichiarazioni di cui al presente comma. L'accordo tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti

di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Nei soli casi di separazione personale, ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio secondo condizioni concordate, l'ufficiale dello stato civile, quando riceve le dichiarazioni dei coniugi, li invita a comparire di fronte a sé non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo anche ai fini degli adempimenti di cui al comma 5. La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo.

4. *Omissis*

5. *Omissis*

2. Circolare n. 13 del 22 maggio 2014 del Ministero dell'Interno

(Dipartimento per gli affari interni e territoriali - Direzione centrale per i servizi demografici)

“Repubblica di Romania - Riconoscimento in Italia dei divorzi consensuali dinanzi agli ufficiali dinanzi agli ufficiali dello stato civile e ai notai”

Estratto

Il Ministero degli Affari Esteri interessato da questo Ufficio, circa la problematica in oggetto indicata, a seguito degli accertamenti esperiti presso le competenti autorità locali, ha rappresentato che in base alla legislazione vigente in Romania, gli atti di volontaria giurisdizione (tra cui anche il divorzio), ove sussista il consenso delle parti, possono essere effettuati anche dinanzi ai notai e agli ufficiali di stato civile.

In particolare, le autorità estere hanno chiarito che nell'ipotesi di divorzio consensuale effettuato davanti al notaio, spetta a questo ultimo la competenza a rilasciare il certificato di divorzio di cui all'art. 39 del Regolamento CE n. 2201/2003, secondo il modello standard di cui all'allegato I, mentre nell'ipotesi di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile è competente al rilascio del certificato standard il Tribunale che sarebbe stato competente a giudicare sulla richiesta di divorzio, in mancanza di accordo tra le parti.

Pertanto, in applicazione del citato Regolamento CE possono essere riconosciuti e trascritti i citati atti di divorzio emessi dal notaio e dall'ufficiale dello stato civile romeni, previa verifica dei requisiti ivi previsti.

Omissis

3. Circolare n. 6 del 24 aprile 2015 del Ministero dell'Interno

(Dipartimento per gli affari interni e territoriali - Direzione centrale per i servizi demografici)

“Articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132. Chiarimenti applicativi”

Estratto

Omissis

Premesso quanto innanzi, si vanno ad esporre le nuove e specifiche indicazioni concernenti le principali problematiche interpretative che hanno anche formato oggetto di quesiti inoltrati a questa Direzione Centrale.

1. Applicabilità dell'istituto di cui all'art. 12 nei casi in cui siano presenti figli minori di uno solo dei coniugi.

La disposizione di cui all'articolo 12, comma 2, del decreto legge in esame, in forza della quale è escluso il ricorso all'istituto in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, va intesa nel senso che è possibile accedere al procedimento di cui al citato articolo 12 in tutti i casi in cui i coniugi che chiedono all'ufficiale dello stato civile la separazione o il divorzio nonché la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio già intervenuti, non abbiano figli in comune che si trovino nelle condizioni richiamate nell'articolo.

Non osta, invece, l'eventuale presenza di figli minori, portatori di handicap grave, maggiorenni incapaci o economicamente non autosufficienti, non comuni ma di uno soltanto dei coniugi richiedenti.

Ne consegue che, il termine “figlio” ove ricorra nelle formule approvate con decreto del Ministro dell'Interno del 9 dicembre 2014, deve essere riferito ai figli comuni dei coniugi richiedenti.

2. Ambito di applicazione dell'articolo 12 con riferimento alla previsione di cui al comma 3, terzo periodo (patti di trasferimento patrimoniale).

Stante la complessità nonché la varietà delle fattispecie riconducibili all'istituto sopra rubricato, appare opportuno rivisitare l'orientamento già espresso con la citata circolare n. 19/2014.

La disposizione di cui all'articolo 12, comma 3, del decreto-legge in esame, vieta espressamente che l'accordo possa contenere “patti di trasferimento patrimoniale” produttivi di effetti traslativi di diritti reali.

Non rientra, invece, nel divieto della norma la previsione, nell'accordo concluso davanti all'ufficiale dello stato civile, di un obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di assegno periodico, sia nel caso di separazione consensuale (c.d. assegno di mantenimento), sia nel caso di richiesta congiunta di cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio (c. d. assegno divorzile).

Le parti possono inoltre richiedere, sempre congiuntamente, la modifica delle precedenti condizioni di separazione o di divorzio già stabilite ed in particolare possono

chiedere l'attribuzione di un assegno periodico (di separazione o di divorzio) o la sua revoca o ancora la sua revisione quantitativa.

Si tratta infatti di disposizioni negoziali che determinano tra i coniugi l'insorgenza di un rapporto obbligatorio che non produce effetti traslativi su di un bene determinato preclusi dalla norma.

Al riguardo, appare opportuno precisare che l'ufficiale dello stato civile è tenuto a recepire quanto concordato dalle parti, senza entrare nel merito della somma consensualmente decisa, né della congruità della stessa.

Non può invece costituire oggetto di accordo la previsione della corresponsione, in unica soluzione, dell'assegno periodico di divorzio (c.d. liquidazione una tantum) in quanto si tratta di attribuzione patrimoniale (mobiliare o immobiliare).

3. Decorrenza del termine entro cui l'avvocato della parte deve trasmettere l'accordo autorizzato dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'articolo 6.

In relazione a quanto rappresentato con la circolare ministeriale n. 16/14, appare utile specificare che il termine dei 10 giorni entro il quale l'avvocato della parte è obbligato a trasmettere all'ufficiale dello stato civile copia dell'accordo, decorre dalla data di comunicazione alle parti del provvedimento (nulla osta o autorizzazione) del Procuratore della Repubblica o del Presidente del Tribunale a cura della segreteria o della cancelleria (in forza del principio generale, di cui all'art. 136 c.p.c., per cui tutti i provvedimenti resi fuori udienza devono essere portati a conoscenza delle parti mediante comunicazione).

4. Possibilità che le parti della convenzione di cui all'art. 6 si avvalgono del medesimo avvocato.

Il dato letterale della disposizione normativa, secondo cui, in materia di separazione e di divorzio, la convenzione di negoziazione è conclusa con l'assistenza di "almeno un avvocato per parte" preclude l'interpretazione tesa a consentire alle parti di avvalersi di un unico avvocato.

A tal proposito, appare utile chiarire che alla trasmissione è sufficiente che provveda uno soltanto degli avvocati che abbia assistito uno dei coniugi ed ha autenticato la sottoscrizione.

La sanzione amministrativa pecuniaria sarà applicata pertanto solo qualora nessuno degli avvocati dei due coniugi abbia provveduto alla trasmissione nei termini di cui al punto 3.

4. Circolare del 23 maggio 2018 del Ministero della Giustizia

“Accordi conclusi davanti all'ufficiale di stato civile o a seguito di negoziazione assistita: sull'autorità competente a rilasciare il certificato ex art. 39 Reg. (CE) n. 2201 del 2003”

Estratto

Come noto, il decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, ha – per quanto qui di interesse – introdotto misure di degiurisdizionalizzazione agli articoli 6 e 12.

In particolare, ai sensi dell'art. 6, la convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte può essere conclusa tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. In mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti di competenza. Invece, in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. Quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, il procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo.

Ai sensi del successivo art. 12, in assenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, i coniugi possono altresì concludere innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile, un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1 dicembre 1970, n. 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. Allo stesso modo si procede per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

Le disposizioni degli articoli 6 e 12 si applicano anche agli uniti civilmente (ex art. 1, comma 25, legge n. 76 del 2016).

La normativa del 2014 – così sinteticamente richiamata – nulla ha però previsto per il caso in cui una parte sia interessata a far riconoscere o a far eseguire l'atto contenente l'accordo in un altro Paese dell'Unione Europea.

A tale riguardo, giova premettere che il Regolamento (CE) n. 2201 del 2003 prevede che il richiedente debba produrre, nello Stato in cui vuole ottenere il riconoscimento o l'esecuzione, a seconda del caso, uno dei certificati previsti dall'articolo 39 (allegato I: sulle decisioni in materia matrimoniale; allegato II: sulle decisioni relative alla responsabilità genitoriale). I certificati in parola devono essere rilasciati «dall'autorità giurisdizionale o dall'autorità competente dello Stato membro d'origine». L'autorità competente per l'emissione del certificato è, in linea di principio, quella che ha formato l'atto e ben può essere una autorità non giurisdizionale (ma amministrativa) tenuto conto del campo di applicazione del Regolamento n. 2201 del 2003 (v. art. 2, nn. 1 e 2).

Orbene, in tale contesto è tuttavia accaduto che, nel caso di procedimento concluso davanti all'ufficiale di stato civile o con l'assistenza degli avvocati, in alcuni casi le richieste di certificato siano state presentate ai tribunali o alle procure del luogo in cui

l'accordo è stato concluso. Si tratta di questione che ha una incidenza diretta sui servizi di cancelleria e che soprattutto ha già condotto, almeno in un caso, a una segnalazione alla Commissione Europea. Pare dunque opportuno, in attesa di eventuali interventi legislativi specifici, fornire alcune indicazioni in ordine alla corretta individuazione dell'autorità competente al rilascio del certificato in esame.

Nel caso in cui l'accordo sia stato concluso davanti all'ufficiale di stato civile, non è predicabile una competenza del tribunale per il rilascio del certificato in questione, atteso che l'atto destinato a circolare non è stato formato né davanti né con l'intervento dell'ufficio giudiziario. Come ha chiarito il Ministero dell'Interno con la circolare 28 novembre 2014, n. 19, "l'ufficiale non appena ricevute le dichiarazioni degli interessati" deve "procedere a redigere, senza indugio, l'atto destinato a «contenere» l'accordo", la cui efficacia decorre, per l'appunto, dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 12, comma 4, del decreto-legge in esame). Si tratta, quindi, di atto formato in modo integrale dall'autorità amministrativa. A ciò si aggiunga che, per inferire nella materia in esame la competenza del tribunale, occorrerebbe in sostanza introdurre un criterio di distribuzione della competenza che non è al momento previsto dalla legge, attribuendo la competenza all'ufficio giudiziario che sarebbe stato astrattamente competente se la controversia se non fosse stata degiurisdizionalizzata. Pertanto, nel silenzio della legge, l'adempimento in parola non può certo essere richiesto al tribunale e, applicando i principi generali, dovrebbe essere invece richiesto all'autorità pubblica che ha formato l'atto, ossia, nella specie, all'ufficiale di stato civile. In questo senso è il pensiero della quasi unanime dottrina, secondo la quale, in caso di accordo di fronte all'ufficiale di stato civile, è quest'ultimo ad emettere il certificato previsto dall'art. 39 del Regolamento n. 2201 del 2003.

Con riguardo, invece, agli accordi conclusi in sede di negoziazione assistita da avvocati, deve ritenersi che il certificato ex art. 39 cit. debba essere emesso dalla procura della Repubblica che ha autorizzato l'accordo o ha rilasciato il nullaosta, atteso che l'avvocato non è qualificabile come "autorità" ai fini del Regolamento n. 2201 del 2003, nonché in considerazione del fatto che solo il provvedimento conclusivo del pubblico ministero rende l'accordo valido ed efficace, e dunque riconoscibile ed eseguibile all'estero. Da ciò consegue che, ove il pubblico ministero si sia rifiutato di autorizzare l'accordo e l'autorizzazione sia stata adottata dal presidente del tribunale (ex art. 6, comma 2, del decreto-legge), sarà invece l'ufficio giudiziario giudicante a dover rilasciare il certificato in parola.

Si pregano le SS.LL. di voler assicurare idonea diffusione della presente nota presso gli uffici giudiziari dei distretti di rispettiva competenza.

III – FRANCIA

1. Code civil

Estratto

LIVRE IER : DES PERSONNES
TITRE VI : DU DIVORCE
CHAPITRE IER : DES CAS DE DIVORCE

Art. 229

Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.

Le divorce peut être prononcé en cas :

- soit de consentement mutuel, dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- soit de faute.

SECTION 1

DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Paragraphe 1

Du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire (Articles 229-1 à 229-4)

Art. 229-1

Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.

FRANCIA

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.

Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire.

Art. 229-2

Les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque :

1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge ;

2° L'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre.

Art. 229-3

Le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas.

La convention comporte expressément, à peine de nullité :

1° Les nom, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants ;

2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ;

3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ;

4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du présent titre, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ;

5° L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ;

6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté.

Art. 229-4

L'avocat adresse à l'époux qu'il assiste, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un projet de convention, qui ne peut être signé, à peine de nullité, avant l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de quinze jours à compter de la réception.

La convention a force exécutoire au jour où elle acquiert date certaine.

MATERIALI

Paragraphe 2 Du divorce par consentement mutuel judiciaire

Article 230

Dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce.

Article 232

Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.

Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.

SECTION 2

DU DIVORCE ACCEPTÉ

Article 233

Le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci.

Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel.

Article 234

S'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, le juge prononce le divorce et statue sur ses conséquences.

SECTION 3

DU DIVORCE POUR ALTÉRATION DÉFINITIVE DU LIEN CONJUGAL

Article 237

Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré.

Article 238

L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce.

Nonobstant ces dispositions, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal dans le cas prévu au second alinéa de l'article 246, dès lors que la demande présentée sur ce fondement est formée à titre reconventionnel.

FRANCIA

SECTION 4 DU DIVORCE POUR FAUTE

Article 242

Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune.

Article 244

La réconciliation des époux intervenue depuis les faits allégués empêche de les invoquer comme cause de divorce.

Le juge déclare alors la demande irrecevable. Une nouvelle demande peut cependant être formée en raison de faits survenus ou découverts depuis la réconciliation, les faits anciens pouvant alors être rappelés à l'appui de cette nouvelle demande.

Le maintien ou la reprise temporaire de la vie commune ne sont pas considérés comme une réconciliation s'ils ne résultent que de la nécessité ou d'un effort de conciliation ou des besoins de l'éducation des enfants.

Article 245

Les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêchent pas d'examiner sa demande ; elles peuvent, cependant, enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce.

Ces fautes peuvent aussi être invoquées par l'autre époux à l'appui d'une demande reconventionnelle en divorce. Si les deux demandes sont accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés.

Même en l'absence de demande reconventionnelle, le divorce peut être prononcé aux torts partagés des deux époux si les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre.

Article 245-1

A la demande des conjoints, le juge peut se limiter à constater dans les motifs du jugement qu'il existe des faits constituant une cause de divorce, sans avoir à énoncer les torts et griefs des parties.

Article 246

Si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute.

S'il rejette celle-ci, le juge statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal.

SECTION 5 DES MODIFICATIONS DU FONDEMENT D'UNE DEMANDE EN DIVORCE

Article 247

Les époux peuvent, à tout moment de la procédure :

MATERIALI

1° Divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ;

2° Dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci.

Article 247-1

Les époux peuvent également, à tout moment de la procédure, lorsque le divorce aura été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage.

Article 247-2

Si, dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur demande reconventionnellement le divorce pour faute, le demandeur peut invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande.

CHAPITRE II DE LA PROCEDURE DU DIVORCE JUDICIAIRE

SECTION 1 DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 248

Les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires ne sont pas publics.

Article 249

Si une demande en divorce doit être formée au nom d'un majeur en tutelle, elle est présentée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille s'il a été institué ou du juge des tutelles. Elle est formée après avis médical et, dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé, selon le cas, par le conseil de famille ou le juge.

Le majeur en curatelle exerce l'action lui-même avec l'assistance du curateur.

Article 249-1

Si l'époux contre lequel la demande est formée est en tutelle, l'action est exercée contre le tuteur ; s'il est en curatelle, il se défend lui-même, avec l'assistance du curateur.

Article 249-2

Un tuteur ou un curateur ad hoc est nommé lorsque la tutelle ou la curatelle avait été confiée au conjoint de la personne protégée.

Article 249-3

Si l'un des époux se trouve placé sous la sauvegarde de justice, la demande en divorce ne peut être examinée qu'après organisation de la tutelle ou de la curatelle. Tou-

FRANCIA

tefois, le juge peut prendre les mesures provisoires prévues aux articles 254 et 255 et les mesures urgentes prévues à l'article 257.

Article 249-4

Lorsque l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre, aucune demande en divorce par consentement mutuel ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut être présentée.

SECTION 2

DE LA PROCÉDURE APPLICABLE AU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL JUDICIAIRE

Article 250

La demande en divorce est présentée par les avocats respectifs des parties ou par un avocat choisi d'un commun accord.

Le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Il appelle ensuite le ou les avocats.

Article 250-1

Lorsque les conditions prévues à l'article 232 sont réunies, le juge homologue la convention réglant les conséquences du divorce et, par la même décision, prononce celui-ci.

Article 250-2

En cas de refus d'homologation de la convention, le juge peut cependant homologuer les mesures provisoires au sens des articles 254 et 255 que les parties s'accordent à prendre jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce passe en force de chose jugée, sous réserve qu'elles soient conformes à l'intérêt du ou des enfants.

Une nouvelle convention peut alors être présentée par les époux dans un délai maximum de six mois.

Article 250-3

A défaut de présentation d'une nouvelle convention dans le délai fixé à l'article 250-2 ou si le juge refuse une nouvelle fois l'homologation, la demande en divorce est caduque.

SECTION 3

DE LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX AUTRES CAS DE DIVORCE JUDICIAIRE

Paragraphe 1

De la requête initiale

Article 251

L'époux qui forme une demande en divorce présente, par avocat, une requête au juge, sans indiquer les motifs du divorce.

MATERIALI

Paragraphe 2 De la conciliation

Article 252

Une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire. Elle peut être renouvelée pendant l'instance.

Le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences.

Article 252-1

Lorsque le juge cherche à concilier les époux, il doit s'entretenir personnellement avec chacun d'eux séparément avant de les réunir en sa présence.

Les avocats sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien.

Dans le cas où l'époux qui n'a pas formé la demande ne se présente pas à l'audience ou se trouve hors d'état de manifester sa volonté, le juge s'entretient avec l'autre conjoint et l'invite à la réflexion.

Article 252-2

La tentative de conciliation peut être suspendue et reprise sans formalité, en ménageant aux époux des temps de réflexion dans une limite de huit jours.

Si un plus long délai paraît utile, le juge peut décider de suspendre la procédure et de recourir à une nouvelle tentative de conciliation dans les six mois au plus. Il ordonne, s'il y a lieu, les mesures provisoires nécessaires.

Article 252-3

Lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande, il incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable.

Il leur demande de présenter pour l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce. A cet effet, il peut prendre les mesures provisoires prévues à l'article 255.

Article 252-4

Ce qui a été dit ou écrit à l'occasion d'une tentative de conciliation, sous quelque forme qu'elle ait eu lieu, ne pourra pas être invoqué pour ou contre un époux ou un tiers dans la suite de la procédure.

Article 253

Les époux ne peuvent accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 que s'ils sont chacun assistés par un avocat.

Paragraphe 3 Des mesures provisoires

Article 254

Lors de l'audience prévue à l'article 252, le juge prescrit, en considération des accords éventuels des époux, les mesures nécessaires pour assurer leur existence et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée.

Article 255

Le juge peut notamment :

1° Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ;

2° Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation ;

3° Statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux ;

4° Attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation ;

5° Ordonner la remise des vêtements et objets personnels ;

6° Fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint, désigner celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes ;

7° Accorder à l'un des époux des provisions à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire ;

8° Statuer sur l'attribution de la jouissance ou de la gestion des biens communs ou indivis autres que ceux visés au 4°, sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial ;

9° Désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux ;

10° Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager.

Article 256

Les mesures provisoires relatives aux enfants sont réglées selon les dispositions du chapitre Ier du titre IX du présent livre.

Article 257

Le juge peut prendre, dès la requête initiale, des mesures d'urgence.

Il peut, à ce titre, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec ses enfants mineurs.

Il peut aussi, pour la garantie des droits d'un époux, ordonner toutes mesures conservatoires telles que l'apposition de scellés sur les biens communs. Les dispositions de l'article 220-1 et du titre XIV du présent livre et les autres sauvegardes instituées par le régime matrimonial demeurent cependant applicables.

Paragraphe 4

De l'introduction de l'instance en divorce

Article 257-1

Après l'ordonnance de non-conciliation, un époux peut introduire l'instance ou former une demande reconventionnelle pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute.

MATERIALI

Toutefois, lorsqu'à l'audience de conciliation les époux ont déclaré accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233, l'instance ne peut être engagée que sur ce même fondement.

Article 257-2

A peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux.

Article 258

Lorsqu'il rejette définitivement la demande en divorce, le juge peut statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

Paragraphe 5 Des preuves

Article 259

Les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu. Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux.

Article 259-1

Un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude.

Article 259-2

Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée.

Article 259-3

Les époux doivent se communiquer et communiquer au juge ainsi qu'aux experts et aux autres personnes désignées par lui en application des 9° et 10° de l'article 255, tous renseignements et documents utiles pour fixer les prestations et pensions et liquider le régime matrimonial.

Le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé.

FRANCIA

CHAPITRE III DES CONSEQUENCES DU DIVORCE

SECTION 1

DE LA DATE À LAQUELLE SE PRODUISENT LES EFFETS DU DIVORCE

Article 260

Le mariage est dissous :

1° Par la convention de divorce conclue par acte sous signature privée contresigné par avocats, à la date à laquelle elle acquiert force exécutoire ;

2° Par la décision qui prononce le divorce, à la date à laquelle elle prend force de chose jugée.

Article 262

La convention ou le jugement de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies.

Article 262-1

La convention ou le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens :

-lorsqu'il est constaté par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, à la date à laquelle la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce acquiert force exécutoire, à moins que cette convention n'en stipule autrement ;

-lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à moins que celle-ci n'en dispose autrement ;

-lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de l'ordonnance de non-conciliation.

A la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce. La jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, sauf décision contraire du juge.

Article 262-2

Toute obligation contractée par l'un des époux à la charge de la communauté, toute aliénation de biens communs faite par l'un d'eux dans la limite de ses pouvoirs, postérieurement à la requête initiale, sera déclarée nulle, s'il est prouvé qu'il y a eu fraude aux droits de l'autre conjoint.

MATERIALI

SECTION 2

DES CONSÉQUENCES DU DIVORCE POUR LES ÉPOUX

Omissis

SECTION 3

DES CONSÉQUENCES DU DIVORCE POUR LES ENFANTS

Omissis

CHAPITRE IV

DE LA SEPARATION DE CORPS

Omissis

CHAPITRE V

DU CONFLIT DES LOIS RELATIVES AU DIVORCE ET A LA SEPARATION
DE CORPS

Omissis

2. Code de procédure civile

Estratto

LIVRE IER : DISPOSITIONS COMMUNES A TOUTES LES JURIDICTIONS
TITRE XV : L'EXECUTION DU JUGEMENT

CHAPITRE II

LA RECONNAISSANCE TRANSFRONTALIERE

Article 509

Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi.

Omissis

LIVRE III : DISPOSITIONS PARTICULIERES A CERTAINES MATIERES

TITRE IER : LES PERSONNES

CHAPITRE V BIS

LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL PAR ACTE SOUS SIGNATURE PRIVEE CONTRESIGNE PAR AVOCATS, DEPOSE AU RANG DES MINUTES D'UN NOTAIRE

Article 1144

L'information prévue au 1° de l'article 229-2 du code civil prend la forme d'un formulaire destiné à chacun des enfants mineurs, qui mentionne son droit de demander à être entendu dans les conditions de l'article 388-1 du même code ainsi que les conséquences de son choix sur les suites de la procédure.

Le modèle de formulaire est fixé par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice.

Article 1144-1

La convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats précise le nom du notaire ou de la personne morale titulaire de l'office notarial chargé de recevoir l'acte en dépôt au rang de ses minutes.

Article 1144-2

La convention de divorce mentionne, le cas échéant, que l'information prévue au 1° de l'article 229-2 du code civil n'a pas été donnée en l'absence de discernement de l'enfant mineur concerné.

Article 1144-3

La convention de divorce précise la valeur des biens ou droits attribués à titre de prestation compensatoire.

Lorsque ceux-ci sont soumis à la publicité foncière, l'attribution est opérée par acte dressé en la forme authentique devant notaire, annexé à la convention.

Article 1144-4

La convention de divorce qui fixe une pension alimentaire ou une prestation compensatoire sous forme de rente viagère rappelle les modalités de recouvrement et les règles de révision de la créance ainsi que les sanctions pénales encourues en cas de défaillance.

Article 1144-5

La convention de divorce fixe la répartition des frais de celui-ci entre les époux sous réserve de l'application des dispositions de l'article 123-2 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 lorsque l'un des époux bénéficie de l'aide juridictionnelle.

A défaut de précision de la convention, les frais du divorce sont partagés par moitié.

Article 1145

La convention de divorce est signée par les époux et leurs avocats ensemble, en trois exemplaires.

Le cas échéant, y sont annexés le formulaire signé et daté par chacun des enfants mineurs, l'état liquidatif de partage en la forme authentique et l'acte authentique d'attribution de biens soumis à publicité foncière.

Chaque époux conserve un original de la convention accompagné, le cas échéant, de ses annexes et revêtu des quatre signatures. Le troisième original est destiné à son dépôt au rang des minutes d'un notaire. Le cas échéant, un quatrième original est établi, dans les mêmes conditions, pour permettre la formalité de l'enregistrement.

Article 1146

La convention de divorce et ses annexes sont transmises au notaire, à la requête des parties, par l'avocat le plus diligent, aux fins de dépôt au rang des minutes du notaire, dans un délai de sept jours suivant la date de la signature de la convention.

Lorsqu'elles sont rédigées en langue étrangère, la convention et ses annexes sont accompagnées d'une traduction effectuée par un traducteur habilité au sens de l'article 7 du décret n° 2007-1205 du 10 août 2007.

Le dépôt de la convention intervient dans un délai de quinze jours suivant la date de la réception de la convention par le notaire.

Article 1147

Mention du divorce est portée en marge de l'acte de mariage ainsi que de l'acte de naissance de chacun des époux, à la requête de l'intéressé ou de son avocat, au vu d'une attestation de dépôt délivrée par le notaire. L'attestation mentionne l'identité des époux et la date du dépôt.

Si le mariage a été célébré à l'étranger et en l'absence d'acte de mariage conservé par un officier de l'état civil français, mention du divorce est portée en marge de l'acte de naissance de chacun des époux, si cet acte est conservé sur un registre d'état civil français. A défaut, l'attestation de dépôt est conservée au répertoire mentionné à l'article 4-1 du décret du 1er juin 1965 portant création d'un service central d'état civil au ministère des affaires étrangères.

Toutefois, cette mention ne peut être portée en marge de l'acte de naissance d'un Français qu'après transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de mariage célébré par l'autorité étrangère à compter du 1er mars 2007.

Article 1148

Il est justifié, à l'égard des tiers, du divorce par consentement mutuel prévu à l'article 229-1 du code civil par la production d'une attestation de dépôt délivrée par le notaire ou d'une copie de celle-ci.

Article 1148-1

Les mainlevées, radiations de sûretés, mentions, transcriptions ou publications rendues nécessaires par le divorce prévu à l'article 229-1 du code civil sont valablement faites au vu de la production, par tout intéressé, d'une copie certifiée conforme de la convention de divorce et, le cas échéant, de ses annexes ou d'un de leurs extraits.

Article 1148-2

Dès qu'un enfant mineur manifeste son souhait d'être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 du code civil, la juridiction peut être saisie selon les modalités prévues aux articles 1088 à 1092.

Les époux peuvent également, jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire, saisir la juridiction d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire dans les conditions prévues aux articles 1106 et 1107.

IV - Inghilterra e Galles

1. Matrimonial Causes Act (1973)

Estratto

PART I - DIVORCE, NULLITY AND OTHER MATRIMONIAL SUITS DIVORCE

1 - Divorce on breakdown of marriage.

(1) Subject to section 3 below, a petition for divorce may be presented to the court by either party to a marriage on the ground that the marriage has broken down irretrievably.

(2) The court hearing a petition for divorce shall not hold the marriage to have broken down irretrievably unless the petitioner satisfies the court of one or more of the following facts, that is to say –

(a) that the respondent has committed adultery and the petitioner finds it intolerable to live with the respondent;

(b) that the respondent has behaved in such a way that the petitioner cannot reasonably be expected to live with the respondent;

(c) that the respondent has deserted the petitioner for a continuous period of at least two years immediately preceding the presentation of the petition;

(d) that the parties to the marriage have lived apart for a continuous period of at least two years immediately preceding the presentation of the petition (hereafter in this Act referred to as “two years’ separation”) and the respondent consents to a decree being granted;

(e) that the parties to the marriage have lived apart for a continuous period of at least five years immediately preceding the presentation of the petition (hereafter in this Act referred to as “five years’ separation”).

(3) On a petition for divorce it shall be the duty of the court to inquire, so far as it reasonably can, into the facts alleged by the petitioner and into any facts alleged by the respondent.

(4) If the court is satisfied on the evidence of any such fact as is mentioned in subsection (2) above, then, unless it is satisfied on all the evidence that the marriage has not broken down irretrievably, it shall, subject to section 5 below, grant a decree of divorce.

(5) Every decree of divorce shall in the first instance be a decree nisi and shall not be made absolute before the expiration of six months from its grant unless the High Court by general order from time to time fixes a shorter period, or unless in any particular case the court in which the proceedings are for the time being pending from time to time by special order fixes a shorter period than the period otherwise applicable for the time being by virtue of this subsection.

(6) Only conduct between the respondent and a person of the opposite sex may constitute adultery for the purposes of this section.

2 - Supplemental provisions as to facts raising presumption of breakdown.

(1) One party to a marriage shall not be entitled to rely for the purposes of section 1(2)(a) above on adultery committed by the other if, after it became known to him that the other had committed that adultery, the parties have lived with each other for a period exceeding, or periods together exceeding, six months.

(2) Where the parties to a marriage have lived with each other after it became known to one party that the other had committed adultery, but subsection (1) above does not apply, in any proceedings for divorce in which the petitioner relies on that adultery the fact that the parties have lived with each other after that time shall be disregarded in determining for the purposes of section 1(2)(a) above whether the petitioner finds it intolerable to live with the respondent.

(3) Where in any proceedings for divorce the petitioner alleges that the respondent has behaved in such a way that the petitioner cannot reasonably be expected to live with him, but the parties to the marriage have lived with each other for a period or periods after the date of the occurrence of the final incident relied on by the petitioner and held by the court to support his allegation, that fact shall be disregarded in determining for the purposes of section 1(2)(b) above whether the petitioner cannot reasonably be expected to live with the respondent if the length of that period or of those periods together was six months or less.

(4) For the purposes of section 1(2)(c) above the court may treat a period of desertion as having continued at a time when the deserting party was incapable of continuing the necessary intention if the evidence before the court is such that, had that party not been so incapable, the court would have inferred that his desertion continued at that time.

(5) In considering for the purposes of section 1(2) above whether the period for which the respondent has deserted the petitioner or the period for which the parties to a marriage have lived apart has been continuous, no account shall be taken of any one period (not exceeding six months) or of any two or more periods (not exceeding six months in all) during which the parties resumed living with each other, but no period during which the parties lived with each other shall count as part of the period of desertion or of the period for which the parties to the marriage lived apart, as the case may be.

(6) For the purposes of section 1(2)(d) and (e) above and this section a husband and wife shall be treated as living apart unless they are living with each other in the same household, and references in this section to the parties to a marriage living with

each other shall be construed as references to their living with each other in the same household.

(7) Provision shall be made by rules of court for the purpose of ensuring that where in pursuance of section 1(2)(d) above the petitioner alleges that the respondent consents to a decree being granted the respondent has been given such information as will enable him to understand the consequences to him of his consenting to a decree being granted and the steps which he must take to indicate that he consents to the grant of a decree.

3 - Bar on petitions for divorce within one year of marriage.

(1) No petition for divorce shall be presented to the court before the expiration of the period of one year from the date of the marriage.

(2) Nothing in this section shall prohibit the presentation of a petition based on matters which occurred before the expiration of that period.

4 - Divorce not precluded by previous judicial separation.

(1) A person shall not be prevented from presenting a petition for divorce, or the court from granting a decree of divorce, by reason only that the petitioner or respondent has at any time, on the same facts or substantially the same facts as those proved in support of the petition, been granted a decree of judicial separation or an order under, or having effect as if made under, the Matrimonial Proceedings (Magistrates' Courts) Act 1960 or Part I of the Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978 or any corresponding enactments in force in Northern Ireland, the Isle of Man or any of the Channel Islands.

(2) On a petition for divorce in such a case as is mentioned in subsection (1) above, the court may treat the decree or order as sufficient proof of any adultery, desertion or other fact by reference to which it was granted, but shall not grant a decree of divorce without receiving evidence from the petitioner.

(3) Where a petition for divorce in such a case follows a decree of judicial separation or (subject to sub-section (5) below) an order containing a provision exempting one party to the marriage from the obligation to cohabit with the other, for the purposes of that petition a period of desertion immediately preceding the institution of the proceedings for the decree or order shall, if the parties have not resumed cohabitation and the decree or order has been continuously in force since it was granted, be deemed immediately to precede the presentation of the petition.

(4) For the purposes of section 1(2)(c) above the court may treat as a period during which the respondent has deserted the petitioner any of the following periods, that is to say –

(a) any period during which there is in force an injunction granted by the High Court, the family court or the county court which excludes the respondent from the matrimonial home;

(b) any period during which there is in force an order made by the High Court or a county court under section 1 or 9 of the Matrimonial Homes Act 1983

(c) any period during which there is in force an order made by a magistrates' court under section 16(3) of the Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978 which

requires the respondent to leave the matrimonial home or prohibits the respondent from entering the matrimonial home.

(5)Where –

(a)a petition for divorce is presented after the date on which Part I of the Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978 comes into force, and

(b)an order made under the Matrimonial Proceedings (Magistrates' Courts) Act 1960 containing a provision exempting the petitioner from the obligation to cohabit with the respondent is in force on that date,

then, for the purposes of section 1(2)(c) above, the court may treat a period during which such a provision was included in that order (whether before or after that date) as a period during which the respondent has deserted the petitioner.

5 - Refusal of decree in five year separation cases on grounds of grave hardship to respondent.

(1)The respondent to a petition for divorce in which the petitioner alleges five years' separation may oppose the grant of a decree on the ground that the dissolution of the marriage will result in grave financial or other hardship to him and that it would in all the circumstances be wrong to dissolve the marriage.

(2)Where the grant of a decree is opposed by virtue of this section, then –

(a)if the court finds that the petitioner is entitled to rely in support of his petition on the fact of five years' separation and makes no such finding as to any other fact mentioned in section 1(2) above, and

(b)if apart from this section the court would grant a decree on the petition,

the court shall consider all the circumstances, including the conduct of the parties to the marriage and the interests of those parties and of any children or other persons concerned, and if of opinion that the dissolution of the marriage will result in grave financial or other hardship to the respondent and that it would in all the circumstances be wrong to dissolve the marriage it shall dismiss the petition.

(3)For the purposes of this section hardship shall include the loss of the chance of acquiring any benefit which the respondent might acquire if the marriage were not dissolved.

6 - Attempts at reconciliation of parties to marriage.

(1)Provision shall be made by rules of court for requiring the legal representative acting for a petitioner for divorce to certify whether he has discussed with the petitioner the possibility of a reconciliation and given him the names and addresses of persons qualified to help effect a reconciliation between parties to a marriage who have become estranged.

(2)If at any stage of proceedings for divorce it appears to the court that there is a reasonable possibility of a reconciliation between the parties to the marriage, the court may adjourn the proceedings for such period as it thinks fit to enable attempts to be made to effect such a reconciliation.

The power conferred by the foregoing provision is additional to any other power of the court to adjourn proceedings.

7 - Consideration by the court of certain agreements or arrangements.

Provision may be made by rules of court for enabling the parties to a marriage, or either of them, on application made either before or after the presentation of a petition for divorce, to refer to the court any agreement or arrangement made or proposed to be made between them, being an agreement or arrangement which relates to, arises out of, or is connected with, the proceedings for divorce which are contemplated or, as the case may be, have begun, and for enabling the court to express an opinion, should it think it desirable to do so, as to the reasonableness of the agreement or arrangement and to give such directions, if any, in the matter as it thinks fit.

8 - Intervention of Queen's Proctor.

(1) In the case of a petition for divorce –

(a) the court may, if it thinks fit, direct all necessary papers in the matter to be sent to the Queen's Proctor, who shall under the directions of the Attorney-General instruct counsel to argue before the court any question in relation to the matter which the court considers it necessary or expedient to have fully argued;

(b) any person may at any time during the progress of the proceedings or before the decree nisi is made absolute give information to the Queen's Proctor on any matter material to the due decision of the case, and the Queen's Proctor may thereupon take such steps as the Attorney-General considers necessary or expedient.

(2) Where the Queen's Proctor intervenes or shows cause against a decree nisi in any proceedings for divorce, the court may make such order as may be just as to the payment by other parties to the proceedings of the costs incurred by him in so doing or as to the payment by him of any costs incurred by any of those parties by reason of his so doing.

(3) The Queen's Proctor shall be entitled to charge as part of the expenses of his office –

(a) the costs of any proceedings under subsection (1)(a) above;

(b) where his reasonable costs of intervening or showing cause as mentioned in subsection (2) above are not fully satisfied by any order under that subsection, the amount of the difference;

(c) if the Treasury so directs, any costs which he pays to any parties under an order made under subsection (2).

9 - Proceedings after decree nisi: general powers of court.

(1) Where a decree of divorce has been granted but not made absolute, then, without prejudice to section 8 above, any person (excluding a party to the proceedings other than the Queen's Proctor) may show cause why the decree should not be made absolute by reason of material facts not having been brought before the court; and in such a case the court may –

(a) notwithstanding anything in section 1(5) above (but subject to section 10(2) to (4)... below) make the decree absolute; or

(b) rescind the decree; or

(c) require further inquiry; or

(d) otherwise deal with the case as it thinks fit.

(2)Where a decree of divorce has been granted and no application for it to be made absolute has been made by the party to whom it was granted, then, at any time after the expiration of three months from the earliest date on which that party could have made such an application, the party against whom it was granted may make an application to the court, and on that application the court may exercise any of the powers mentioned in paragraphs (a) to (d) of subsection (1) above.

10 - Proceedings after decree nisi: special protection for respondent in separation cases.

(1)Where in any case the court has granted a decree of divorce on the basis of a finding that the petitioner was entitled to rely in support of his petition on the fact of two years' separation coupled with the respondent's consent to a decree being granted and has made no such finding as to any other fact mentioned in section 1(2) above, the court may, on an application made by the respondent at any time before the decree is made absolute, rescind the decree if it is satisfied that the petitioner misled the respondent (whether intentionally or unintentionally) about any matter which the respondent took into account in deciding to give his consent.

(2)The following provisions of this section apply where –

(a)the respondent to a petition for divorce in which the petitioner alleged two years' or five years' separation coupled, in the former case, with the respondent's consent to a decree being granted, has applied to the court for consideration under subsection (3) below of his financial position after the divorce; and

(b)the court has granted a decree on the petition on the basis of a finding that the petitioner was entitled to rely in support of his petition on the fact of two years' or five years' separation (as the case may be) and has made no such finding as to any other fact mentioned in section 1(2) above.

(3)The court hearing an application by the respondent under subsection (2) above shall consider all the circumstances, including the age, health, conduct, earning capacity, financial resources and financial obligations of each of the parties, and the financial position of the respondent, as having regard to the divorce, it is likely to be after the death of the petitioner should the petitioner die first; and, subject to subsection (4) below, the court shall not make the decree absolute unless it is satisfied –

(a)that the petitioner should not be required to make any financial provision for the respondent, or

(b)that the financial provision made by the petitioner for the respondent is reasonable and fair or the best that can be made in the circumstances.

(4)The court may if it thinks fit make the decree absolute notwithstanding the requirements of subsection (3) above if –

(a)it appears that there are circumstances making it desirable that the decree should be made absolute without delay, and

(b)the court has obtained a satisfactory undertaking from the petitioner that he will make such financial provision for the respondent as the court may approve.

10A - Proceedings after decree nisi: religious marriage

(1)This section applies if a decree of divorce has been granted but not made absolute and the parties to the marriage concerned –

- (a) were married in accordance with –
 - (i) the usages of the Jews, or
 - (ii) any other prescribed religious usages; and
- (b) must co-operate if the marriage is to be dissolved in accordance with those usages.
- (2) On the application of either party, the court may order that a decree of divorce is not to be made absolute until a declaration made by both parties that they have taken such steps as are required to dissolve the marriage in accordance with those usages is produced to the court.
- (3) An order under subsection (2) –
 - (a) may be made only if the court is satisfied that in all the circumstances of the case it is just and reasonable to do so; and
 - (b) may be revoked at any time.
- (4) A declaration of a kind mentioned in subsection (2) –
 - (a) must be in a specified form;
 - (b) must, in specified cases, be accompanied by such documents as may be specified; and
 - (c) must, in specified cases, satisfy such other requirements as may be specified.
- (5) The validity of a decree of divorce made by reference to such a declaration is not to be affected by any inaccuracy in that declaration.
- (6) “Prescribed” means prescribed in an order made by the Lord Chancellor after consulting the Lord Chief Justice and such an order –
 - (a) must be made by statutory instrument;
 - (b) shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.
- (7) “Specified” means specified in rules of court.
- (8) The Lord Chief Justice may nominate a judicial office holder (as defined in section 109(4) of the Constitutional Reform Act 2005) to exercise his functions under this section.

2. Family Procedure Rules (2010)

Estratto

PART 3 - NON-COURT DISPUTE RESOLUTION

I

Interpretation

3.1

- In this Part –
- “allocation” means allocation of proceedings other than appeal proceedings to a level of judge;
 - “authorised family mediator” means a person identified by the Family Mediation Council as qualified to conduct a MIAM;

(a) subject to the Family Mediation Council’s code of conduct by virtue of his or her membership of a Family Mediation Council member organisation; and

(b) certified to undertake MIAMs by the professional practice consultant who is supervising the mediator’s practice and who is a member of and approved for the purpose by a Family Mediation Council member organisation;

“domestic violence” means any incident, or pattern of incidents, of controlling, coercive or threatening behaviour, violence or abuse (whether psychological, physical, sexual, financial or emotional) between the prospective applicant and another prospective party;

“family mediation information and assessment meeting” has the meaning given to it in section 10(3) of the 2014 Act.

“harm” has the meaning given to it in section 31 of the Children Act 1989;

“mediator’s exemption” has the meaning given to it in Rule 3.8(2);

“MIAM” means a family mediation information and assessment meeting;

“MIAM exemption” has the meaning given to it in Rule 3.8(1);

“MIAM requirement” is the requirement in section 10(1) of the 2014 Act for a person to attend a MIAM before making a relevant family application;

“private law proceedings” has the meaning given to it in Rule 12.2;

“prospective applicant” is the person who is considering making a relevant family application;

“prospective party” is a person who would be likely to be a party to the proceedings in the relevant family application;

“prospective respondent” is a person who would be a likely respondent to the proceedings in the relevant family application; and

“relevant family application” has the meaning given to it in section 10(3) of the 2014 Act.

II

THE COURT’S DUTY AND POWERS GENERALLY

Scope of this Chapter

3.2

This Chapter contains the court’s duty and powers to encourage and facilitate the use of non-court dispute resolution.

The court’s duty to consider non-court dispute resolution

3.3

(1) The court must consider, at every stage in proceedings, whether non-court dispute resolution is appropriate.

(2) In considering whether non-court dispute resolution is appropriate in proceedings which were commenced by a relevant family application, the court must take into account –

(a) whether a MIAM took place;

(b) whether a valid MIAM exemption was claimed or mediator’s exemption was confirmed; and

MATERIALI

(c) whether the parties attempted mediation or another form of non-court dispute resolution and the outcome of that process.

When the court will adjourn proceedings or a hearing in proceedings

3.4

(1) If the court considers that non-court dispute resolution is appropriate, it may direct that the proceedings, or a hearing in the proceedings, be adjourned for such specified period as it considers appropriate –

(a) to enable the parties to obtain information and advice about, and consider using, non-court dispute resolution; and

(b) where the parties agree, to enable non-court dispute resolution to take place.

(2) The court may give directions under this rule on an application or of its own initiative.

(3) Where the court directs an adjournment under this rule, it will give directions about the timing and method by which the parties must tell the court if any of the issues in the proceedings have been resolved.

(4) If the parties do not tell the court if any of the issues have been resolved as directed under paragraph (3), the court will give such directions as to the management of the case as it considers appropriate.

(5) The court or court officer will –

(a) record the making of an order under this rule; and

(b) arrange for a copy of the order to be served as soon as practicable on the parties.

(6) Where the court proposes to exercise its powers of its own initiative, the procedure set out in rule 4.3(2) to (6) applies.

III

FAMILY MEDIATION INFORMATION AND ASSESSMENT MEETINGS (MIAM)S

Scope of this Chapter

3.5

This Chapter contains Rules about the requirement in section 10(1) of the 2014 Act to attend a MIAM.

Applications to which the MIAM requirement applies

3.6

(1) The MIAM requirement applies to any application to initiate the proceedings specified in paragraph (2), unless a MIAM exemption or a mediator's exemption applies.

(2) The specified proceedings are –

(a) the private law proceedings relating to children specified in Practice Direction 3A; and

(b) the proceedings for a financial remedy specified in Practice Direction 3A.

Making an application

3.7

An application to initiate any of the proceedings specified in Rule 3.8 must contain, or be accompanied by, a form containing, either –

(a) a confirmation from an authorised family mediator that the prospective applicant has attended a MIAM;

(b) a claim by the prospective applicant that one of the MIAM exemptions applies; or
(A list of MIAM exemptions is set out in Rule 3.8(1) below.)

(c) a confirmation from an authorised family mediator that a mediator’s exemption applies.

(A list of mediator’s exemptions is set out in Rule 3.8(2) below.)

Circumstances in which the MIAM requirement does not apply (MIAM exemptions and mediator’s exemptions)

3.8

The MIAM requirement does not apply if –

(1) a prospective applicant claims in the relevant form that any of the following circumstances (a ‘MIAM exemption’) applies –

Domestic violence

(a) there is evidence of domestic violence, as specified in Practice Direction 3A; or
Child protection concerns

(b) –

(i) a child would be the subject of the application; and

(ii) that child or another child of the family who is living with that child is currently –

(aa) the subject of enquiries by a local authority under section 47 of the 1989 Act; or

(ab) the subject of a child protection plan put in place by a local authority; or

Urgency

(c) the application must be made urgently because –

(i) there is risk to the life, liberty or physical safety of the prospective applicant or his or her family or his or her home; or

(ii) any delay caused by attending a MIAM would cause –

(aa) a risk of harm to a child;

(ab) a risk of unlawful removal of a child from the United Kingdom, or a risk of unlawful retention of a child who is currently outside England and Wales;

(ac) a significant risk of a miscarriage of justice;

(ad) unreasonable hardship to the prospective applicant; or

(ae) irretrievable problems in dealing with the dispute (including the irretrievable loss of significant evidence); or

(iii) there is a significant risk that in the period necessary to schedule and attend a MIAM, proceedings relating to the dispute will be brought in another state in which a valid claim to jurisdiction may exist, such that a court in that other state would be seised of the dispute before a court in England and Wales; or

Previous MIAM attendance or MIAM exemption

(d) –

MATERIALI

(i) in the 4 months prior to making the application, the person attended a MIAM or participated in another form of non-court dispute resolution relating to the same or substantially the same dispute; or

(ii) at the time of making the application, the person is participating in another form of non-court dispute resolution relating to the same or substantially the same dispute; or

(e) –

(i) in the 4 months prior to making the application, the person filed a relevant family application confirming that a MIAM exemption applied; and

(ii) that application related to the same or substantially the same dispute; or

(f) –

(i) the application would be made in existing proceedings which are continuing; and

(ii) the prospective applicant attended a MIAM before initiating those proceedings;

or

(g) –

(i) the application would be made in existing proceedings which are continuing; and

(ii) a MIAM exemption applied to the application for those proceedings; or

Other

(h) –

(i) there is evidence that the prospective applicant is bankrupt, as specified in Practice Direction 3A; and

(ii) the proceedings would be for a financial remedy; or

(i) the prospective applicant does not have sufficient contact details for any of the prospective respondents to enable a family mediator to contact any of the prospective respondents for the purpose of scheduling the MIAM; or

(j) the application would be made without notice; or

(Paragraph 5.1 of Practice Direction 18A sets out the circumstances in which applications may be made without notice.)

(k) –

(i) the prospective applicant is or all of the prospective respondents are subject to a disability or other inability that would prevent attendance at a MIAM unless appropriate facilities can be offered by an authorised mediator;

(ii) the prospective applicant has contacted as many authorised family mediators as have an office within fifteen miles of his or home (or three of them if there are three or more), and all have stated that they are unable to provide such facilities; and

(iii) the names, postal addresses and telephone numbers or e-mail addresses for such authorised family mediators, and the dates of contact, can be provided to the court if requested; or

(l) the prospective applicant or all of the prospective respondents cannot attend a MIAM because he or she is, or they are, as the case may be –

(i) in prison or any other institution in which he or she is or they are required to be detained;

(ii) subject to conditions of bail that prevent contact with the other person; or

(iii) subject to a licence with a prohibited contact requirement in relation to the other person; or

(m) the prospective applicant or all of the prospective respondents are not habitually resident in England and Wales; or

(n) a child is one of the prospective parties by virtue of Rule 12.3(1); or

(o) –

(i) the prospective applicant has contacted as many authorised family mediators as have an office within fifteen miles of his or her home (or three of them if there are three or more), and all of them have stated that they are not available to conduct a MIAM within fifteen business days of the date of contact; and

(ii) the names, postal addresses and telephone numbers or e-mail addresses for such authorised family mediators, and the dates of contact, can be provided to the court if requested; or

(p) there is no authorised family mediator with an office within fifteen miles of the prospective applicant’s home; or

(2) an authorised family mediator confirms in the relevant form (a “mediator’s exemption”) that he or she is satisfied that –

(a) mediation is not suitable as a means of resolving the dispute because none of the respondents is willing to attend a MIAM; or

(b) mediation is not suitable as a means of resolving the dispute because all of the respondents failed without good reason to attend a MIAM appointment; or

(c) mediation is otherwise not suitable as a means of resolving the dispute.

Conduct of MIAMs

3.9

(1) Only an authorised family mediator may conduct a MIAM.

(2) At the MIAM, the authorised family mediator must

(a) provide information about the principles, process and different models of mediation, and information about other methods of non-court dispute resolution;

(b) assess the suitability of mediation as a means of resolving the dispute;

(c) assess whether there has been, or is a risk of, domestic violence; and

(d) assess whether there has been, or is a risk of, harm by a prospective party to a child that would be a subject of the application.

MIAM exemption not validly claimed

3.10

(1) If a MIAM exemption has been claimed, the court will, if appropriate when making a decision on allocation, and in any event at the first hearing, inquire into whether the exemption was validly claimed.

(2) If a court finds that the MIAM exemption was not validly claimed, the court will –

(a) direct the applicant, or direct the parties to attend a MIAM; and

(b) if necessary, adjourn the proceedings to enable a MIAM to take place; unless the court considers that in all the circumstances of the case, the MIAM requirement should not apply to the application in question.

(3) In making a decision under Rule 3.10(2), the court will have particular regard to –

(a) any applicable time limits;

(b) the reason or reasons why the MIAM exemption was not validly claimed;

- (c) the applicability of any other MIAM exemptions; and
- (d) the number and nature of issues that remain to be resolved in the proceedings.

PART 3A - VULNERABLE PERSONS: PARTICIPATION IN PROCEEDINGS AND GIVING EVIDENCE

Interpretation

3A.1.

In this Part—

“child” means a person under the age of 18 years whether or not the child is the subject of the proceedings, except that –

(a) in adoption proceedings, it also includes a person who is the subject of proceedings and has attained the age of 18 years before the proceedings are concluded; and

(b) in proceedings brought under Article 11 of the Council Regulation(), the 1980 Hague Convention() or the European Convention(), it means a person under the age of 16 years who is the subject of proceedings;

“intermediary” means a person whose function is to—

(a) communicate questions put to a witness or party;

(b) communicate to any person asking such questions the answers given by the witness or party in reply to them; and

(c) explain such questions or answers so far as is necessary to enable them to be understood by the witness or party or by the person asking such questions;

“live link” means a live television link or other arrangement whereby a witness or party, while absent from the courtroom or other place where the proceedings are being held, is able to see and hear a person there and to be seen and heard by the judge, legal representatives acting in the proceedings and other persons appointed to assist a witness or party;

“mental disorder” has the meaning given in section 1 of the Mental Health Act 1983;

“participation direction” means –

(a) a general case management direction made for the purpose of assisting a witness or party to give evidence or participate in proceedings; or

(b) a direction that a witness or party should have the assistance of one or more of the measures in rule 3A.8; and

references to “quality of evidence” are to its quality in terms of completeness, coherence and accuracy; and for this purpose “coherence” refers to a witness’s or a party’s ability in giving evidence to give answers which address the questions put to the witness or the party and which can be understood both individually and collectively.

Application of provisions in this Part

3A.2.

(1) Rule 3A.4 does not apply to a party who is a child.

(2) Rules 3A.3 to 3A.5 do not apply to a party who is a protected party.

Court’s duty to consider vulnerability of a party or witness.

3A.3.

(1) When considering the vulnerability of a party or witness as mentioned in rule 3A.4 or 3A.5, the court must have regard in particular to the matters set out in paragraphs (a) to (j) and (m) of rule

3A.7.(2) Practice Direction 3AA gives guidance about vulnerability.

Court's duty to consider how a party can participate in the proceedings

3A.4

(1) The court must consider whether a party's participation in the proceedings (other than by way of giving evidence) is likely to be diminished by reason of vulnerability and, if so, whether it is necessary to make one or more participation directions.

(2) Before making such participation directions, the court must consider any views expressed by the party about participating in the proceedings.

Court's duty to consider how a party or a witness can give evidence.

3A.5.

(1) The court must consider whether the quality of evidence given by a party or witness is likely to be diminished by reason of vulnerability and, if so, whether it is necessary to make one or more participation directions.

(2) Before making such participation directions, the court must consider any views expressed by the party or witness about giving evidence.

Protected parties

3A.6.

(1) The court must consider whether it is necessary to make one or more participation directions to assist –

(a) the protected party participating in proceedings; or

(b) the protected party giving evidence.

(2) Before making such participation directions, the court must consider any views expressed by the protected party's litigation friend about the protected party's participation in the proceedings or that party giving evidence.

(Part 15 contains rules about representation of a protected party. Practice Direction 15B contains provisions about the ability of a protected party to give evidence.)

What the court must have regard to

3A.7

When deciding whether to make one or more participation directions the court must have regard in particular to –

(a) the impact of any actual or perceived intimidation, including any behaviour towards the party or witness on the part of –

(i) any other party or other witness to the proceedings or members of the family or associates of that other party or other witness; or

(ii) any members of the family of the party or witness;

(b) whether the party or witness –

- (i) suffers from mental disorder or otherwise has a significant impairment of intelligence or social functioning;
- (ii) has a physical disability or suffers from a physical disorder; or
- (iii) is undergoing medical treatment;
- (c) the nature and extent of the information before the court;
- (d) the issues arising in the proceedings including (but not limited to) any concerns arising in relation to abuse;
- (e) whether a matter is contentious;
- (f) the age, maturity and understanding of the party or witness;
- (g) the social and cultural background and ethnic origins of the party or witness;
- (h) the domestic circumstances and religious beliefs of the party or witness;
- (i) any questions which the court is putting or causing to be put to a witness in accordance with section 31G(6) of the 1984 Act();
- (j) any characteristic of the party or witness which is relevant to the participation direction which may be made;
- (k) whether any measure is available to the court;
- (l) the costs of any available measure; and
- (m) any other matter set out in Practice Direction 3AA.

Measures

3A.8

- (1) The measures referred to in this Part are those which –
 - (a) prevent a party or witness from seeing another party or witness;
 - (b) allow a party or witness to participate in hearings and give evidence by live link;
 - (c) provide for a party or witness to use a device to help communicate;
 - (d) provide for a party or witness to participate in proceedings with the assistance of an intermediary;
 - (e) provide for a party or witness to be questioned in court with the assistance of an intermediary; or
 - (f) do anything else which is set out in Practice Direction 3AA.
- (2) If the family court makes a direction for a measure which is not available where the court is sitting, it may direct that the court will sit at the nearest or most convenient location where the family court sits and the measure is available
- (3) If the High Court makes a direction for a measure which is not available where the court is sitting, it may direct that the court will sit at the nearest or most convenient location where the High Court sits and the measure is available.
- (4) Nothing in these rules gives the court power to direct that public funding must be available to provide a measure.
- (5) If a direction for a measure is considered by the court to be necessary but the measure is not available to the court, the court must set out in its order the reasons why the measure is not available.

When the duties of the court apply and recording reasons for decisions made under this Part.

3A.9

(1) The court's duties under rules 3A.3 to 3A.6 apply as soon as possible after the start of proceedings and continue until the resolution of the proceedings.

(2) The court must set out its reasons on the court order for –

(a) making, varying or revoking directions referred to in this Part; or

(b) deciding not to make, vary or revoke directions referred to in this Part, in proceedings that involve a vulnerable person or protected party.

Application for directions under this Part

3A.10

(1) An application for directions under this Part may be made on the application form initiating the proceedings or during the proceedings by any person filing an application notice.

(2) The application form or application notice must contain the matters set out in Practice Direction 3AA.

(3) Subject to paragraph (2), the Part 18 procedure applies to an application for directions made during the proceedings.

(4) This rule is subject to any direction of the court.

Procedure where the court makes directions of its own initiative.

3A.11

Where the court proposes to make a participation direction of its own initiative the procedure set out in rule 4.3(2) to (6) applies.

Functions of officers of the Service and Welsh family proceedings officers.

3A.12

Nothing in this Part gives the court power to direct that an officer of the Service or a Welsh family proceedings officer should perform any function beyond the functions conferred upon such officers by any other enactment.

3. Legal Aid. Sentencing and Punishment of Offenders Act (2012)

Estratto

PART 1 – LEGAL AID
CIVIL LEGAL AID

8 - Civil legal services

(1) In this Part “legal services” means the following types of services –

(a) providing advice as to how the law applies in particular circumstances,

(b) providing advice and assistance in relation to legal proceedings,

(c) providing other advice and assistance in relation to the prevention of disputes about legal rights or duties (“legal disputes”) or the settlement or other resolution of legal disputes, and

(d) providing advice and assistance in relation to the enforcement of decisions in legal proceedings or other decisions by which legal disputes are resolved.

(2) The services described in subsection (1) include, in particular, advice and assistance in the form of –

(a) representation, and

(b) mediation and other forms of dispute resolution.

(3) In this Part “civil legal services” means any legal services other than the types of advice, assistance and representation that are required to be made available under sections 13, 15 and 16 (criminal legal aid).

9 - General cases

(1) Civil legal services are to be available to an individual under this Part if –

(a) they are civil legal services described in Part 1 of Schedule 1, and

(b) the Director has determined that the individual qualifies for the services in accordance with this Part (and has not withdrawn the determination).

(2) The Lord Chancellor may by order –

(a) add services to Part 1 of Schedule 1, or

(b) vary or omit services described in that Part,

(whether by modifying that Part or Part 2, 3 or 4 of the Schedule).

10 - Exceptional cases

(1) Civil legal services other than services described in Part 1 of Schedule 1 are to be available to an individual under this Part if subsection (2) or (4) is satisfied.

(2) This subsection is satisfied where the Director –

(a) has made an exceptional case determination in relation to the individual and the services, and

(b) has determined that the individual qualifies for the services in accordance with this Part,

(and has not withdrawn either determination).

(3) For the purposes of subsection (2), an exceptional case determination is a determination –

(a) that it is necessary to make the services available to the individual under this Part because failure to do so would be a breach of –

(i) the individual’s Convention rights (within the meaning of the Human Rights Act 1998), or

(ii) any rights of the individual to the provision of legal services that are enforceable EU rights, or

(b) that it is appropriate to do so, in the particular circumstances of the case, having regard to any risk that failure to do so would be such a breach.

(4) This subsection is satisfied where –

(a) the services consist of advocacy in proceedings at an inquest under the Coroners Act 1988 into the death of a member of the individual’s family,

(b)the Director has made a wider public interest determination in relation to the individual and the inquest, and

(c)the Director has determined that the individual qualifies for the services in accordance with this Part,

(and neither determination has been withdrawn).

(5)For the purposes of subsection (4), a wider public interest determination is a determination that, in the particular circumstances of the case, the provision of advocacy under this Part for the individual for the purposes of the inquest is likely to produce significant benefits for a class of person, other than the individual and the members of the individual's family.

(6)For the purposes of this section an individual is a member of another individual's family if –

(a)they are relatives (whether of the full blood or half blood or by marriage or civil partnership),

(b)they are cohabitants (as defined in Part 4 of the Family Law Act 1996), or

(c)one has parental responsibility for the other.

11 - Qualifying for civil legal aid

(1)The Director must determine whether an individual qualifies under this Part for civil legal services in accordance with –

(a)section 21 (financial resources) and regulations under that section, and

(b)criteria set out in regulations made under this paragraph.

(2)In setting the criteria, the Lord Chancellor –

(a)must consider the circumstances in which it is appropriate to make civil legal services available under this Part, and

(b)must, in particular, consider the extent to which the criteria ought to reflect the factors in subsection (3).

(3)Those factors are –

(a)the likely cost of providing the services and the benefit which may be obtained by the services being provided,

(b)the availability of resources to provide the services,

(c)the appropriateness of applying those resources to provide the services, having regard to present and likely future demands for the provision of civil legal services under this Part,

(d)the importance for the individual of the matters in relation to which the services would be provided,

(e)the nature and seriousness of the act, omission, circumstances or other matter in relation to which the services are sought,

(f)the availability to the individual of services provided other than under this Part and the likelihood of the individual being able to make use of such services,

(g)if the services are sought by the individual in relation to a dispute, the individual's prospects of success in the dispute,

(h)the conduct of the individual in connection with services made available under this Part or an application for such services,

(i) the conduct of the individual in connection with any legal proceedings or other proceedings for resolving disputes about legal rights or duties, and

(j) the public interest.

(4) In setting the criteria, the Lord Chancellor must seek to secure that, in cases in which more than one form of civil legal service could be provided for an individual, the individual qualifies under this Part for the form of service which in all the circumstances is the most appropriate having regard to the criteria.

(5) The criteria must reflect the principle that, in many disputes, mediation and other forms of dispute resolution are more appropriate than legal proceedings.

(6) Regulations under subsection (1)(b) may provide that no criteria apply in relation to a prescribed description of individual or services.

12 - Determinations

(1) A determination by the Director that an individual qualifies under this Part for civil legal services must specify –

(a) the type of services, and

(b) the matters in relation to which the services are to be available.

(2) Regulations may make provision about the making and withdrawal of determinations under sections 9 and 10.

(3) Regulations under subsection (2) may, in particular, include –

(a) provision about the form and content of determinations and applications for determinations,

(b) provision permitting or requiring applications and determinations to be made and withdrawn in writing, by telephone or by other prescribed means,

(c) provision setting time limits for applications and determinations,

(d) provision for a determination to be disregarded for the purposes of this Part if made in response to an application that is made otherwise than in accordance with the regulations,

(e) provision about conditions which must be satisfied by an applicant before a determination is made,

(f) provision about the circumstances in which a determination may or must be withdrawn,

(g) provision requiring information and documents to be provided,

(h) provision requiring individuals who are the subject of a determination to be informed of the reasons for making or withdrawing the determination, and

(i) provision for giving information to individuals who do not qualify for civil legal services under this Part about alternative ways of obtaining or funding civil legal services.

(4) The circumstances prescribed under subsection (3)(f) may, in particular, relate to whether the individual who is the subject of the determination has complied with requirements imposed by or under this Part.

(5) Regulations under subsection (2) must make provision establishing procedures for the review of determinations under sections 9 and 10 and of the withdrawal of such determinations.

(6) Regulations under subsection (2) may make provision for appeals to a court, tribunal or other person against such determinations and against the withdrawal of such determinations.

SCHEDULE 1 - CIVIL LEGAL SERVICES

PART 1 - SERVICES

1 - Care, supervision and protection of children

(1) Civil legal services provided in relation to –

(a) orders under section 25 of the Children Act 1989 (“the 1989 Act”) (secure accommodation);

(b) orders under Part 4 of the 1989 Act (care and supervision);

(c) orders under Part 5 of the 1989 Act (protection of children);

(d) approval by a court under paragraph 19 of Schedule 2 to the 1989 Act (arrangements to assist children to live abroad);

(e) parenting orders under section 8 of the Crime and Disorder Act 1998 (“the 1998 Act”);

(f) child safety orders under section 11 of the 1998 Act;

(g) orders for contact under section 26 of the Adoption and Children Act 2002 (“the 2002 Act”);

(h) applications for leave of the court to remove a child from a person’s custody under section 36 of the 2002 Act;

(i) placement orders, recovery orders or adoption orders under Chapter 3 of Part 1 of the 2002 Act (see sections 21, 41 and 46 of that Act);

(j) orders under section 84 of the 2002 Act (parental responsibility prior to adoption abroad).

(2) Civil legal services provided in relation to an order under an enactment made –

(a) as an alternative to an order mentioned in sub-paragraph (1), or

(b) in proceedings heard together with proceedings relating to such an order.

Exclusions

(3) Sub-paragraphs (1) and (2) are subject to the exclusions in Parts 2 and 3 of this Schedule.

Definitions

(4) In this paragraph “children” means persons under the age of 18.

2 - Special educational needs

(1) Civil legal services provided in relation to –

(a) matters arising under Part 4 of the Education Act 1996 (special educational needs);

(b) assessments relating to learning difficulties under sections 139A and 140 of the Learning and Skills Act 2000.

Exclusions

(2) Sub-paragraph (1) is subject to the exclusions in Parts 2 and 3 of this Schedule.

Omissis

MATERIALI

9 - Inherent jurisdiction of High Court in relation to children and vulnerable adults

(1) Civil legal services provided in relation to the inherent jurisdiction of the High Court in relation to children and vulnerable adults.

Exclusions

(2) Sub-paragraph (1) is subject to the exclusions in Parts 2 and 3 of this Schedule.

Definitions

(3) In this paragraph –

“adults” means persons aged 18 or over;

“children” means persons under the age of 18.

10 - Unlawful removal of children

(1) Civil legal services provided to an individual in relation to the following orders and requirements where the individual is seeking to prevent the unlawful removal of a related child from the United Kingdom or to secure the return of a related child who has been unlawfully removed from the United Kingdom –

(a) a prohibited steps order or specific issue order (as defined in section 8(1) of the Children Act 1989);

(b) an order under section 33 of the Family Law Act 1986 for disclosure of the child’s whereabouts;

(c) an order under section 34 of that Act for the child’s return;

(d) a requirement under section 37 of that Act to surrender a passport issued to, or containing particulars of, the child.

(2) Civil legal services provided to an individual in relation to the following orders and applications where the individual is seeking to secure the return of a related child who has been unlawfully removed to a place in the United Kingdom –

(a) a prohibited steps order or specific issue order (as defined in section 8(1) of the Children Act 1989);

(b) an application under section 27 of the Family Law Act 1986 for registration of an order relating to the child;

(c) an order under section 33 of that Act for disclosure of the child’s whereabouts;

(d) an order under section 34 of that Act for the child’s return.

Exclusions

(3) Sub-paragraphs (1) and (2) are subject to the exclusions in Parts 2 and 3 of this Schedule.

Definitions

(4) For the purposes of this paragraph, a child is related to an individual if the individual is the child’s parent or has parental responsibility for the child.

(5) In this paragraph “child” means a person under the age of 18.

11 - Family homes and domestic violence

(1) Civil legal services provided in relation to home rights, occupation orders and non-molestation orders under Part 4 of the Family Law Act 1996.

(2) Civil legal services provided in relation to the following in circumstances arising out of a family relationship –

(a) an injunction following assault, battery or false imprisonment;

(b) the inherent jurisdiction of the High Court to protect an adult.

Exclusions

(3) Sub-paragraphs (1) and (2) are subject to –

(a) the exclusions in Part 2 of this Schedule, with the exception of paragraphs 3 and 11 of that Part, and

(b) the exclusion in Part 3 of this Schedule.

Definitions

(4) For the purposes of this paragraph –

(a) there is a family relationship between two people if they are associated with each other, and

(b) “associated” has the same meaning as in Part 4 of the Family Law Act 1996 (see section 62 of that Act).

(5) For the purposes of this paragraph, the Lord Chancellor may by regulations make provision about when circumstances arise out of a family relationship.

12 - Victims of domestic violence and family matters

(1) Civil legal services provided to an adult (“A”) in relation to a matter arising out of a family relationship between A and another individual (“B”) where –

(a) there has been, or is a risk of, domestic violence between A and B, and

(b) A was, or is at risk of being, the victim of that domestic violence.

General exclusions

(2) Sub-paragraph (1) is subject to the exclusions in Part 2 of this Schedule, with the exception of paragraph 11 of that Part.

(3) But the exclusions described in sub-paragraph (2) are subject to the exception in sub-paragraph (4).

(4) The services described in sub-paragraph (1) include services provided in relation to conveyancing, but only where –

(a) the services in relation to conveyancing are provided in the course of giving effect to a court order made in proceedings, and

(b) services described in that sub-paragraph (other than services in relation to conveyancing) are being or have been provided in relation to those proceedings under arrangements made for the purposes of this Part of this Act.

(5) Sub-paragraph (1) is subject to the exclusion in Part 3 of this Schedule.

Specific exclusion

(6) The services described in sub-paragraph (1) do not include services provided in relation to a claim in tort in respect of the domestic violence.

Definitions

(7) For the purposes of this paragraph –

(a) there is a family relationship between two people if they are associated with each other, and

(b) “associated” has the same meaning as in Part 4 of the Family Law Act 1996 (see section 62 of that Act).

(8) For the purposes of this paragraph –

(a) matters arising out of a family relationship include matters arising under a family enactment, and

(b)(subject to paragraph (a)) the Lord Chancellor may by regulations make provision about when matters arise out of a family relationship.

(9)In this paragraph –

“adult” means a person aged 18 or over;

“domestic violence” means any incident of threatening behaviour, violence or abuse (whether psychological, physical, sexual, financial or emotional) between individuals who are associated with each other;

“family enactment” means –

(a) section 17 of the Married Women’s Property Act 1882 (questions between husband and wife as to property);

(b) the Maintenance Orders (Facilities for Enforcement) Act 1920;

(c) the Maintenance Orders Act 1950;

(d) the Maintenance Orders Act 1958;

(e) the Maintenance Orders (Reciprocal Enforcement) Act 1972;

(f) Schedule 1 to the Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973 (staying of matrimonial proceedings) and corresponding provision in relation to civil partnerships made by rules of court under section 223 of the Civil Partnership Act 2004;

(g) the Matrimonial Causes Act 1973;

(h) the Inheritance (Provision for Family Dependents) Act 1975;

(i) the Domestic Proceedings and Magistrates’ Courts Act 1978;

(j) Part 3 of the Matrimonial and Family Proceedings Act 1984 (financial relief after overseas divorce etc);

(k) Parts 1 and 3 of the Family Law Act 1986 (child custody and declarations of status);

(l) Parts 1 and 2 of the Children Act 1989 (orders with respect to children in family proceedings);

(m) section 53 of, and Schedule 7 to, the Family Law Act 1996 (transfer of tenancies on divorce etc or separation of cohabitants);

(n) Chapters 2 and 3 of Part 2 of the Civil Partnership Act 2004 (dissolution, nullity and other proceedings and property and financial arrangements);

(o) section 54 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (applications for parental orders).

13 - Protection of children and family matters

(1)Civil legal services provided to an adult (“A”) in relation to the following orders and procedures where the child who is or would be the subject of the order is at risk of abuse from an individual other than A –

(a)orders under section 4(2A) of the Children Act 1989 (“the 1989 Act”) (removal of father’s parental responsibility);

(b)orders under section 6(7) of the 1989 Act (termination of appointment of guardian);

(c)orders mentioned in section 8(1) of the 1989 Act (residence, contact and other orders);

(d)special guardianship orders under Part 2 of the 1989 Act;

(e)orders under section 33 of the Family Law Act 1986 (“the 1986 Act”) (disclosure of child’s whereabouts);

(f) orders under section 34 of the 1986 Act (return of child).

Exclusions

(2) Sub-paragraph (1) is subject to the exclusions in Parts 2 and 3 of this Schedule.

Definitions

(3) In this paragraph –

“abuse” means physical or mental abuse, including –

(a) sexual abuse, and

(b) abuse in the form of violence, neglect, maltreatment and exploitation;

“adult” means a person aged 18 or over;

“child” means a person under the age of 18.

14 - Mediation in family disputes

(1) Mediation provided in relation to family disputes.

(2) Civil legal services provided in connection with the mediation of family disputes.

Exclusions

(3) Sub-paragraphs (1) and (2) are subject to the exclusions in Part 2 of this Schedule, with the exception of paragraph 11 of that Part.

(4) But the exclusions described in sub-paragraph (3) are subject to the exception in sub-paragraph (5).

(5) The services described in sub-paragraph (2) include services provided in relation to conveyancing, but only where –

(a) the services in relation to conveyancing are provided in the course of giving effect to arrangements for the resolution of a family dispute, and

(b) services described in that sub-paragraph or sub-paragraph (1) (other than services in relation to conveyancing) are being or have been provided in relation to the dispute under arrangements made for the purposes of this Part of this Act.

(6) Sub-paragraphs (1) and (2) are subject to the exclusion in Part 3 of this Schedule.

Definitions

(7) For the purposes of this paragraph –

(a) a dispute is a family dispute if it is a dispute between individuals about a matter arising out of a family relationship between the individuals,

(b) there is a family relationship between two individuals if they are associated with each other, and

(c) “associated” has the same meaning as in Part 4 of the Family Law Act 1996 (see section 62 of that Act).

(8) For the purposes of this paragraph –

(a) matters arising out of a family relationship include matters arising under a family enactment, and

(b) (subject to paragraph (a)) the Lord Chancellor may by regulations make provision about when matters arise out of a family relationship.

(9) In this paragraph –

“child” means a person under the age of 18;

“family enactment” has the meaning given in paragraph 12.

15 - Children who are parties to family proceedings

- (1) Civil legal services provided to a child in relation to family proceedings –
- (a) where the child is, or proposes to be, the applicant or respondent;
 - (b) where the child is made a party to the proceedings by a court under rule 16.2 of the Family Procedure Rules;
 - (c) where the child is a party to the proceedings and is conducting, or proposes to conduct, the proceedings without a children’s guardian or litigation friend in accordance with rule 16.6 of the Family Procedure Rules.

Exclusions

- (2) Sub-paragraph (1) is subject to the exclusions in Parts 2 and 3 of this Schedule.

Definitions

- (3) For the purposes of this paragraph –
- (a) proceedings are family proceedings if they relate to a matter arising out of a family relationship,
 - (b) there is a family relationship between two individuals if they are associated with each other, and
 - (c) “associated” has the same meaning as in Part 4 of the Family Law Act 1996 (see section 62 of that Act).
- (4) For the purposes of this paragraph –
- (a) matters arising out of a family relationship include matters arising under a family enactment, and
 - (b) (subject to paragraph (a)) the Lord Chancellor may by regulations make provision about when matters arise out of a family relationship.
- (5) In this paragraph –
- “child” means a person under the age of 18;
 - “family enactment” has the meaning given in paragraph 12.

16 - Forced marriage

- (1) Civil legal services provided in relation to forced marriage protection orders under Part 4A of the Family Law Act 1996.

Exclusions

- (2) Sub-paragraph (1) is subject to the exclusions in Parts 2 and 3 of this Schedule.

17 - EU and international agreements concerning children

- (1) Civil legal services provided in relation to –
- (a) an application made to the Lord Chancellor under the 1980 European Convention on Child Custody for the recognition or enforcement in England and Wales of a decision relating to the custody of a child;
 - (b) an application made to the Lord Chancellor under the 1980 Hague Convention in respect of a child who is, or is believed to be, in England and Wales;
 - (c) the recognition or enforcement of a judgment in England and Wales in accordance with Article 21, 28, 41, 42 or 48 of the 2003 Brussels Regulation.

Exclusions

- (2) Sub-paragraph (1) is subject to the exclusions in Parts 2 and 3 of this Schedule.

Definitions

(3) In this paragraph –

“the 1980 European Convention on Child Custody” means the European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on the Restoration of Custody of Children which was signed in Luxembourg on 20 May 1980;

“the 1980 Hague Convention” means the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction which was signed at The Hague on 25 October 1980;

“the 2003 Brussels Regulation” means Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility.

(4) For the purposes of this paragraph, an application is made to the Lord Chancellor if it is addressed to the Lord Chancellor or transmitted to the Lord Chancellor in accordance with section 3 or 14 of the Child Abduction and Custody Act 1985.

18 - EU and international agreements concerning maintenance

(1) Civil legal services provided in relation to an application under the following for the recognition or enforcement in England and Wales of a maintenance order –

- (a) the 1968 Brussels Convention;
- (b) the 1973 Hague Convention;
- (c) the 1989 Lugano Convention;
- (d) the 2000 Brussels Regulation;
- (e) the 2007 Lugano Convention.

(2) Civil legal services provided in relation to an application under Article 56 of the EU Maintenance Regulation (applications relating to maintenance decisions).

(3) Civil legal services provided to an individual in relation to proceedings in England and Wales relating to the recognition, enforceability or enforcement of a maintenance decision in circumstances in which the individual falls within Article 47(2) or (3) of the EU Maintenance Regulation (parties who benefited from free legal aid etc in Member State of origin).

Exclusions

(4) Sub-paragraphs (1) to (3) are subject to –

- (a) the exclusions in Part 2 of this Schedule, with the exception of paragraph 11 of that Part, and
- (b) the exclusion in Part 3 of this Schedule.

Definitions

(5) In this paragraph –

“the 1968 Brussels Convention” means the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (including the Protocol annexed to that Convention) signed at Brussels on 27 September 1968;

“the 1973 Hague Convention” means the Convention on the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations concluded at The Hague on 2 October 1973;

“the 1989 Lugano Convention” means the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (including the Protocols an-

nexed to that Convention) opened for signature at Lugano on 16 September 1988 and signed by the United Kingdom on 18 September 1989;

“the 2000 Brussels Regulation” means Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters;

“the 2007 Lugano Convention” means the Convention on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters, between the European Community and the Republic of Iceland, the Kingdom of Norway, the Swiss Confederation and the Kingdom of Denmark signed on behalf of the European Community on 30 October 2007;

“the EU Maintenance Regulation” means Council Regulation (EC) No. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and co-operation in matters relating to maintenance obligations;

“maintenance order”, in relation to a convention or regulation listed in this paragraph, means a maintenance judgment within the meaning of that convention or regulation.

4. Children and Families Act (2014)

Estratto

PART 2 - FAMILY JUSTICE

10 - Family mediation information and assessment meetings

(1) Before making a relevant family application, a person must attend a family mediation information and assessment meeting.

(2) Family Procedure Rules –

(a) may provide for subsection (1) not to apply in circumstances specified in the Rules,

(b) may make provision about convening a family mediation information and assessment meeting, or about the conduct of such a meeting,

(c) may make provision for the court not to issue, or otherwise deal with, an application if, in contravention of subsection (1), the applicant has not attended a family mediation information and assessment meeting, and

(d) may provide for a determination as to whether an applicant has contravened subsection (1) to be made after considering only evidence of a description specified in the Rules.

(3) In this section –

“the court” means the High Court or the family court;

“family mediation information and assessment meeting”, in relation to a relevant family application, means a meeting held for the purpose of enabling information to be provided about –

(a) mediation of disputes of the kinds to which relevant family applications relate,

(b) ways in which disputes of those kinds may be resolved otherwise than by the court, and

(c)the suitability of mediation, or of any such other way of resolving disputes, for trying to resolve any dispute to which the particular application relates;

“family proceedings” has the same meaning as in section 75 of the Courts Act 2003;

“relevant family application” means an application that –

(a)is made to the court in, or to initiate, family proceedings, and

(b)is of a description specified in Family Procedure Rules.

(4)This section is without prejudice to sections 75 and 76 of the Courts Act 2003 (power to make Family Procedure Rules).

V - Portugallo

1. Decreto-Lei n.º 131/1995

“Código do Registo Civil”

Estratto

TÍTULO III - PUBLICIDADE, MEIOS DE PROVA E PROCESSOS CAPÍTULO II - PROCESSOS PRIVATIVOS DO REGISTO CIVIL

SECÇÃO III PROCESSOS ESPECIAIS

Subsecção VII

Processo de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento

Artigo 271.º

Requerimento

1 - O processo de divórcio ou de separação de pessoas e bens é instaurado mediante requerimento assinado pelos cônjuges ou seus procuradores, apresentado em qualquer conservatória do registo civil.

2 - (Revogado).

Artigo 272.º

Instrução e decisão

1 - O pedido deve ser instruído com os documentos seguintes:

a) Revogada;

b) Relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respectivos valores, ou, caso os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos dos artigos 272.º-A a 272.º-C, acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo;

c) Certidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais ou acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial;

d) Acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça;

e) Certidão da escritura de convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada;

f) Acordo sobre o destino da casa de morada da família.

2 - A pedido dos interessados, os documentos referidos na alínea b), na segunda parte da alínea c) e nas alíneas d) e f) do número anterior podem ser elaborados pelo conservador ou pelos oficiais de registo.

3 - Na sequência do pedido, é imediata e oficiosamente consultada a base de dados do registo civil, sendo integrados na base de dados os documentos que se mostrem necessários, de forma a comprovar o assento de casamento dos interessados e a celebração de convenção antenupcial declarada perante o conservador, caso tenha sido celebrada, com excepção dos casos em que o regime de bens conste do assento de casamento.

4 - Caso outra coisa não resulte dos documentos apresentados, entende-se que os acordos se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior.

5 - É aplicável ao presente processo, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 1420.º a 1423.º e 1424.º do Código de Processo Civil.

6 - A decisão dos processos previstos na presente subsecção é da exclusiva competência do conservador, sem prejuízo da possibilidade de delegação de competências em oficial de registos para os actos previstos no artigo 272.º-B

Artigo 272.º-A

Partilha do património conjugal

1 - Os cônjuges podem proceder à partilha dos seus bens comuns no âmbito do processo de separação de pessoas e bens ou de divórcio por mútuo consentimento, ou posteriormente, ou ainda na sequência de qualquer processo de divórcio.

2 - Os interessados devem instruir o seu pedido com o acordo de partilha ou pedido de elaboração do mesmo.

3 - São pressupostos da partilha do património conjugal quanto aos bens imóveis, móveis ou participações sociais sujeitas a registo:

a) A inexistência de dúvidas quanto à identidade dos bens a partilhar;

b) A comprovação da titularidade dos bens.

4 - O acordo de partilha, se necessário devidamente completado pelos serviços de registo, tem os mesmos efeitos previstos na lei para outras formas de partilha.

5 - No caso de partilha de bens comuns no âmbito do processo de separação de pessoas e bens ou de divórcio por mútuo consentimento, o acordo de partilha é homologado pela decisão que decreta o divórcio.

6 - Por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça podem ser definidas as condições de verificação dos pressupostos referidos no n.º 2.

7 - A partilha pode incluir a celebração de um contrato de mútuo e de outros contratos de crédito e de financiamento celebrados por instituições de crédito, e respectivas garantias, bem como outros negócios jurídicos, nos termos definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

MATERIALI

8 - Por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça podem ser definidas as condições de verificação dos pressupostos referidos no n.º 2.

Artigo 272.º-B

Sequência de actos

1 - No âmbito da partilha do património conjugal, o serviço de registo procede aos seguintes actos, pela ordem indicada:

- a) Elaboração de documento, conforme à vontade dos interessados, que titule a partilha, seguida da leitura e explicação do respectivo conteúdo;
- b) Promoção da liquidação e do pagamento dos impostos relativos à partilha, nos termos declarados pelo contribuinte;
- c) Cobrança dos emolumentos e de outros encargos que se mostrem devidos;
- d) Registo obrigatório e imediato da transmissão dos bens imóveis, móveis ou participações sociais sujeitos a registo partilhados;
- e) Entrega de certidão gratuita dos documentos previstos na alínea a) e dos registos efectuados, bem como dos comprovativos de pagamento das obrigações tributárias, dos emolumentos e dos demais encargos.

2 - A leitura dos documentos previstos na alínea a) do número anterior pode ser dispensada a pedido dos interessados.

3 - A pedido dos interessados, o documento referido na alínea a) do n.º 1 pode ser substituído por documento elaborado pelos mesmos, que é imediatamente integrado em suporte informático pelo funcionário.

Artigo 272.º-C

Remissão

À partilha do património conjugal são aplicáveis, com as necessárias adaptações, o n.º 4 do artigo 210.º-A e os artigos 210.º-E, 210.º-I, 210.º-J, 210.º-L, 210.º-N e 210.º-M.

Artigo 273.º

Registo da decisão

As decisões proferidas nos processos de divórcio e de separação de pessoas e bens, bem como as de homologação da reconciliação dos cônjuges, consideram-se registadas mediante o arquivo da fotocópia respectiva, em maço próprio.

Artigo 274.º

Recurso e averbamento

1 - A decisão proferida pelo conservador é notificada aos requerentes e dela cabe recurso para o Tribunal da Relação.

2 - Ao recurso referido no número anterior é aplicável o disposto nos artigos 288.º e seguintes, com as necessárias adaptações.

3 - Decidido o recurso, o processo baixa à conservatória para cumprimento da decisão.

4 - Incumbe ao conservador proceder ao competente averbamento ou enviar certidão da decisão, para esse efeito, à conservatória detentora do assento de casamento.

Artigo 274.º-A

Regulação das responsabilidades parentais junto da Conservatória

1 - Os progenitores que pretendam regular por mútuo acordo o exercício das responsabilidades parentais de filhos menores de ambos, ou proceder à alteração de acordo já homologado, devem requerê-lo a todo o tempo junto de qualquer Conservatória do Registo Civil.

2 - O requerimento previsto no número anterior é assinado pelos próprios ou pelos seus procuradores, acompanhado do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais e sobre alimentos.

3 - Recebido o requerimento, o conservador aprecia o acordo convidando os progenitores a alterá-lo se este não acautelar os interesses dos filhos, podendo determinar para esse efeito a prática de atos e a produção da prova eventualmente necessária.

4 - Após apreciação do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais prevista no número anterior, o processo é enviado ao Ministério Público junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição da residência do menor, para que este se pronuncie sobre o mesmo no prazo de 30 dias.

5 - Não havendo oposição do Ministério Público, o processo é remetido ao conservador do registo civil para homologação.

6 - As decisões de homologação proferidas pelo conservador do registo civil produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria.

Artigo 274.º-B

Apreciação pelo Ministério Público

1 - Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses dos menores, ou tendo os progenitores alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público, emite parecer e remete o exercício das responsabilidades parentais ao conservador do registo civil para homologação.

2 - Caso o Ministério Público considere que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público, salvo se este optar por convocar os progenitores a fim de suprir as falhas identificadas nos acordos.

3 - Nas situações em que os requerentes não se conformem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito constante dos acordos, o processo é remetido para tribunal nos termos previstos no artigo seguinte.

4 - O Ministério Público promove a audição do menor para a recolha de elementos que assegurem a salvaguarda do superior interesse da criança, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

Artigo 274.º-C

Remessa para tribunal

1 - Se os acordos apresentados não acautelarem suficientemente os interesses dos menores, a homologação é recusada pelo conservador e o processo de regulação do

exercício das responsabilidades parentais integralmente remetido ao tribunal competente da residência do menor no momento da instauração do processo.

2 - Recebido o requerimento, o juiz aprecia os acordos que os progenitores tiverem apresentado, convidando-os a alterá-los se os mesmos não acautelarem os interesses dos filhos.

3 - O juiz pode determinar a prática de atos e a produção da prova eventualmente necessária, nos termos gerais.

4 - Os termos da regulação das responsabilidades parentais são decretados em seguida.

2. Decreto-Lei n.º 272/2001

Estratto

Artigo 14.º

Separação e divórcio por mútuo consentimento

1 - O processo de separação de pessoas e bens ou de divórcio por mútuo consentimento é instaurado mediante requerimento assinado pelos cônjuges ou seus procuradores na conservatória do registo civil.

2 - O pedido é instruído com o conjunto de documentos referido no artigo 272.º do Código de Registo Civil, a que é acrescentado acordo sobre o exercício do poder paternal quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial.

3 - Recebido o requerimento, o conservador convoca os cônjuges para uma conferência em que tenta conciliá-los; mantendo os cônjuges o propósito de se divorciar, e observado o disposto no n.º 5 do artigo 12.º, é o divórcio decretado, procedendo-se ao correspondente registo.

4 - Quando for apresentado acordo sobre o exercício do poder paternal relativo a filhos menores, o processo é enviado ao Ministério Público junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória antes da fixação do dia da conferência prevista no número anterior, para que este se pronuncie sobre o acordo no prazo de 30 dias.

5 - Caso o Ministério Público considere que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público.

6 - Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses dos menores ou tendo os cônjuges alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público, segue-se o disposto no n.º 3 do presente artigo.

7 - Nas situações em que os requerentes não se conformem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito de se divorciar, o processo é remetido ao tribunal da comarca a que pertença a conservatória.

8 - É aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 272.º do Código de Registo Civil e nos artigos 1420.º, 1422.º e 1424.º do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações.

3. Código Civil

Estratto

LIVRO IV - DIREITO DA FAMÍLIA

TÍTULO II - DO CASAMENTO

CAPÍTULO XII - DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO JUDICIAL DE PESSOAS E BENS

SECÇÃO I DIVÓRCIO

Subsecção I Disposições gerais

Artigo 1773.º (Modalidades)

1 - O divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges.

2 - O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória do registo civil, ou no tribunal se, neste caso, o casal não tiver conseguido acordo sobre algum dos assuntos referidos no n.º 1 do artigo 1775.º

3 - O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos no artigo 1781.º

Artigo 1774.º Mediação familiar

Antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar.

Subsecção II Divórcio por mútuo consentimento

Artigo 1775.º

Requerimento e instrução do processo na conservatória do registo civil

1 - O divórcio por mútuo consentimento pode ser instaurado a todo o tempo na conservatória do registo civil, mediante requerimento assinado pelos cônjuges ou seus procuradores, acompanhado pelos documentos seguintes:

a) Relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respectivos valores, ou, caso os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos dos artigos 272.º-A a 272.º-C do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro, acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo;

b) Certidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais ou acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial;

c) Acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça;

d) Acordo sobre o destino da casa de morada de família;

e) Certidão da escritura da convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada.

f) Acordo sobre o destino dos animais de companhia, caso existam.

2 - Caso outra coisa não resulte dos documentos apresentados, entende-se que os acordos se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior.

Artigo 1776.º

Procedimento e decisão na conservatória do registo civil

1 - Recebido o requerimento, o conservador convoca os cônjuges para uma conferência em que verifica o preenchimento dos pressupostos legais e aprecia os acordos referidos nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do artigo anterior, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos, podendo determinar para esse efeito a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária, e decreta, em seguida, o divórcio, procedendo-se ao correspondente registo, salvo o disposto no artigo 1776.º-A.

2 - É aplicável o disposto no artigo 1420.º, no n.º 2 do artigo 1422.º e no artigo 1424.º do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações.

3 - As decisões proferidas pelo conservador do registo civil no divórcio por mútuo consentimento produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria.

Artigo 1776.º-A

Acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais

1 - Quando for apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais relativo a filhos menores, o processo é enviado ao Ministério Público junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória, para que este se pronuncie sobre o acordo no prazo de 30 dias.

2 - Caso o Ministério Público considere que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público.

3 - Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses dos menores ou tendo os cônjuges alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público, segue-se o disposto na parte final do n.º 1 do artigo anterior.

4 - Nas situações em que os requerentes não se conformem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito de se divorciar, aplica-se o disposto no artigo 1778.º

Artigo 1777.º
(Segunda conferência)

Se os cônjuges renovarem o pedido de divórcio nos termos do n.º 1 do artigo anterior, o juiz convocá-los-á para uma segunda conferência, em que tentará conciliá-los; pode ainda o juiz marcar prazo aos cônjuges para alterarem os acordos previstos no n.º 2 do artigo 1775.º, sob pena de o pedido ficar sem efeito.

Artigo 1778.º
Remessa para o tribunal

Se os acordos apresentados não acautelarem suficientemente os interesses de um dos cônjuges, e ainda no caso previsto no n.º 4 do artigo 1776.º-A, a homologação deve ser recusada e o processo de divórcio integralmente remetido ao tribunal da comarca a que pertença a conservatória, seguindo-se os termos previstos no artigo 1778.º-A, com as necessárias adaptações.

Artigo 1778.º-A

Requerimento, instrução e decisão do processo no tribunal

1 - O requerimento de divórcio é apresentado no tribunal, se os cônjuges não o acompanharem de algum dos acordos previstos no n.º 1 do artigo 1775.º

2 - Recebido o requerimento, o juiz aprecia os acordos que os cônjuges tiverem apresentado, convidando-os a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos.

3 - O juiz fixa as consequências do divórcio nas questões referidas no n.º 1 do artigo 1775.º sobre que os cônjuges não tenham apresentado acordo, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

4 - Tanto para a apreciação referida no n.º 2 como para fixar as consequências do divórcio, o juiz pode determinar a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária.

5 - O divórcio é decretado em seguida, procedendo-se ao correspondente registo.

6 - Na determinação das consequências do divórcio, o juiz deve sempre não só promover mas também tomar em conta o acordo dos cônjuges.

Subsecção III
Divórcio litigioso

Artigo 1779.º

Tentativa de conciliação; conversão do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges em divórcio por mútuo consentimento

1 - No processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges haverá sempre uma tentativa de conciliação dos cônjuges.

2 - Se a tentativa de conciliação não resultar, o juiz procurará obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento; obtido o acordo ou tendo os cônjuges, em qualquer altura do processo, optado por essa modalidade do divórcio, seguir-se-ão os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, com as necessárias adaptações.

MATERIALI

Artigo 1780.º

(Exclusão do direito de requerer o divórcio)

O cônjuge não pode obter o divórcio, nos termos do artigo anterior:

- a) Se tiver instigado o outro a praticar o facto invocado como fundamento do pedido ou tiver intencionalmente criado condições propícias à sua verificação;
- b) Se houver revelado pelo seu comportamento posterior, designadamente por perdão, expresso ou tácito, não considerar o acto praticado como impeditivo da vida em comum.

Artigo 1781.º

Ruptura do casamento

São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges:

- a) A separação de facto por um ano consecutivo;
- b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
- c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano;
- d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.

Artigo 1782.º

(Separação de facto)

1. Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer.
2. (Revogado).

Artigo 1783.º

(Ausência)

É aplicável ao divórcio decretado com fundamento em ausência o disposto no n.º 2 do artigo anterior.

Changes

Artigo 1784.º

(Alteração das faculdades mentais)

(Eliminado)

Artigo 1785.º

(Legitimidade)

- 1 - O divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges com o fundamento das alíneas a) e d) do artigo 1781.º; com os fundamentos das alíneas b) e c) do mesmo artigo, só pode ser requerido pelo cônjuge que invoca a alteração das faculdades mentais ou a ausência do outro.
- 2 - Quando o cônjuge que pode pedir o divórcio estiver interdito, a acção pode ser intentada pelo seu representante legal, com autorização do conselho de família; quando o representante legal seja o outro cônjuge, a acção pode ser intentada, em nome do titular

do direito de agir, por qualquer parente deste na linha recta ou até ao 3.º grau da linha colateral, se for igualmente autorizado pelo conselho de família.

3 - O direito ao divórcio não se transmite por morte, mas a acção pode ser continuada pelos herdeiros do autor para efeitos patrimoniais, se o autor falecer na pendência da causa; para os mesmos efeitos, pode a acção prosseguir contra os herdeiros do réu.

Artigo 1786.º

(Caducidade da acção)

1. O direito ao divórcio caduca no prazo de dois anos, a contar da data em que o cônjuge ofendido ou o seu representante legal teve conhecimento do facto susceptível de fundamentar o pedido.

2. O prazo de caducidade corre separadamente em relação a cada um dos factos; tratando-se de facto continuado, só corre a partir da data em que o facto tiver cessado.

Artigo 1787.º

(Declaração do cônjuge culpado)

1. Se houver culpa de um ou de ambos os cônjuges, assim o declarará a sentença; sendo a culpa de um dos cônjuges consideravelmente superior à do outro, a sentença deve declarar ainda qual deles é o principal culpado.

2. O disposto no número anterior é aplicável mesmo que o réu não tenha deduzido reconvenção ou já tenha decorrido, relativamente aos factos alegados, o prazo referido no artigo 1786.º

Subsecção IV

Efeitos do divórcio

Artigo 1788.º

(Princípio geral)

O divórcio dissolve o casamento e tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, salvas as excepções consagradas na lei.

Artigo 1789.º

(Data em que se produzem os efeitos do divórcio)

1 - Os efeitos do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença, mas retrotraem-se à data da proposição da acção quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges.

2 - Se a separação de facto entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data, que a sentença fixará, em que a separação tenha começado.

3 - Os efeitos patrimoniais do divórcio só podem ser opostos a terceiros a partir da data do registo da sentença.

MATERIALI

Artigo 1790.º (Partilha)

Em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.

CAPÍTULO XII - DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO JUDICIAL DE PESSOAS E BENS

Artigo 1791.º

(Benefícios que os cônjuges tenham recebido ou hajam de receber)

1 - Cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento.

2 - O autor da liberalidade pode determinar que o benefício reverta para os filhos do casamento.

Artigo 1792.º

Reparação de danos

1 - O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns.

2 - O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio.

Artigo 1793.º

(Casa de morada da família)

1- Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal.

2- O arrendamento previsto no número anterior fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem.

3 - O regime fixado, quer por homologação do acordo dos cônjuges, quer por decisão do tribunal, pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária.

Artigo 1793.º-A

Animais de companhia

Os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal.

SECÇÃO II
SEPARAÇÃO JUDICIAL DE PESSOAS E BENS

Artigo 1794.º
(Remissão)

Sem prejuízo dos preceitos desta secção, é aplicável à separação judicial de pessoas e bens, com as necessárias adaptações, o disposto quanto ao divórcio na secção anterior.

Artigo 1795.º
(Reconvenção)

1. A separação judicial de pessoas e bens pode ser pedida em reconvenção, mesmo que o autor tenha pedido o divórcio; tendo o autor pedido a separação de pessoas e bens, pode igualmente o réu pedir o divórcio em reconvenção.

2. Nos casos previstos no número anterior, a sentença deve decretar o divórcio se o pedido da acção e o da reconvenção procederem.

Artigo 1795.º-A
(Efeitos)

A separação judicial de pessoas e bens não dissolve o vínculo conjugal, mas extingue os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos; relativamente aos bens, a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento.

Artigo 1795.º-B
(Termo da separação)

A separação judicial de pessoas e bens termina pela reconciliação dos cônjuges ou pela dissolução do casamento.

Artigo 1795.º-C
(Reconciliação)

1. Os cônjuges podem a todo o tempo restabelecer a vida em comum e o exercício pleno dos direitos e deveres conjugais.

2. A reconciliação pode fazer-se por termo no processo de separação ou por escritura pública, e está sujeita a homologação judicial, devendo a sentença ser oficiosamente registada.

3 - Quando tenha corrido os seus termos na conservatória do registo civil, a reconciliação faz-se por termo no processo de separação e está sujeita a homologação do conservador respectivo, devendo a decisão ser oficiosamente registada.

4. Os efeitos da reconciliação produzem-se a partir da homologação desta, sem prejuízo da aplicação, com as necessárias adaptações, do disposto nos artigos 1669.º e 1670.º

Artigo 1795.º-D
(Conversão da separação em divórcio)

1 - Decorrido um ano sobre o trânsito em julgado da sentença que tiver decretado a separação judicial de pessoas e bens sem consentimento do outro cônjuge ou por mú-

MATERIALI

tuo consentimento, sem que os cônjuges se tenham reconciliado, qualquer deles pode requerer que a separação seja convertida em divórcio.

2. Se a conversão for requerida por ambos os cônjuges, não é necessário o decurso do prazo referido no número anterior.

3. (Revogado).

4. (Revogado).

VI - Romania

1. Codul Civil

Estratto

CARTEA A II - A DESPRE FAMILIE

TITLUL II – CĂSĂTORIA

CAPITOLUL VII DESFACEREA CĂSĂTORIEI

§1. Dispoziții generale

Articolul 373 Motive de divorț

Divorțul poate avea loc:

- a) prin acordul soților, la cererea ambilor soți sau a unuia dintre soți acceptată de celălalt soț;
- b) atunci când, din cauza unor motive temeinice, raporturile dintre soți sunt grav vătămăte și continuarea căsătoriei nu mai este posibilă;
- c) la cererea unuia dintre soți, după o separare în fapt care a durat cel puțin 2 ani;
- d) la cererea aceluia dintre soți a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei.

§2. Divorțul prin acordul soților pe cale judiciară.

Articolul 374 Condiții

(1) Divorțul prin acordul soților poate fi pronunțat indiferent de durata căsătoriei și indiferent dacă există sau nu copii minori rezultați din căsătorie.

(2) Divorțul prin acordul soților nu poate fi admis dacă unul dintre soți este pus sub interdicție.

(3) Instanța este obligată să verifice existența consimțământului liber și neviciat al fiecărui soț.

§3. Divorțul prin acordul soților pe cale administrativă sau prin procedură notarială.

Articolul 375

Condiții

(1) Dacă soții sunt de acord cu divorțul și nu au copii minori, născuți din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați, ofițerul de stare civilă ori notarul public de la locul căsătoriei sau al ultimei locuințe comune a soților poate constata desfacerea căsătoriei prin acordul soților, eliberându-le un certificat de divorț, potrivit legii.

(2) Divorțul prin acordul soților poate fi constatat de notarul public și în cazul în care există copii minori născuți din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați, dacă soții convin asupra tuturor aspectelor referitoare la numele de familie pe care să îl poarte după divorț, exercitarea autorității părintești de către ambii părinți, stabilirea locuinței copiilor după divorț, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare dintre copii, precum și stabilirea contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională a copiilor. Dacă din raportul de anchetă socială rezultă că acordul soților privind exercitarea în comun a autorității părintești sau cel privind stabilirea locuinței copiilor nu este în interesul copilului, sunt aplicabile prevederile art. 376 alin. (5).

(3) Dispozițiile art. 374 alin. (2) sunt aplicabile în mod corespunzător.

Articolul 376

Procedura

(1) Cererea de divorț se depune de soți împreună. Ofițerul de stare civilă sau notarul public înregistrează cererea și le acordă un termen de reflecție de 30 de zile.

(2) Prin excepție de la prevederile alin. (1), cererea de divorț se poate depune la notarul public și prin mandatar cu procură autentică.

(3) La expirarea acestui termen, soții se prezintă personal, iar ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public verifică dacă soții stăruie să divorțeze și dacă, în acest sens, consimțământul lor este liber și neviciat.

(4) Dacă soții stăruie în divorț, ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public eliberează certificatul de divorț fără să facă vreo mențiune cu privire la culpa soților.

(5) Dispozițiile art. 383 alin. (1) și (3) se aplică în mod corespunzător. Dacă soții nu se înțeleg asupra numelui de familie pe care să îl poarte după divorț ori, în cazul prevăzut la art. 375 alin. (2), asupra exercitării în comun a drepturilor părintești, ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public emite o dispoziție de respingere a cererii de divorț și îndrumă soții să se adreseze instanței de judecată, potrivit prevederilor art. 374.

(6) Soluționarea cererilor privind alte efecte ale divorțului asupra cărora soții nu se înțeleg este de competența instanței judecătorești.

Articolul 377

Mențiunea în actul de căsătorie

(1) Când cererea de divorț este depusă la primăria unde s-a încheiat căsătoria, ofițerul de stare civilă, după emiterea certificatului de divorț, face cuvenita mențiune în actul de căsătorie.

(2) În cazul depunerii cererii la primăria în a cărei rază teritorială soții au avut ultima locuință comună, ofițerul de stare civilă emite certificatul de divorț și înaintează, de îndată, o copie certificată de pe acesta la primăria locului unde s-a încheiat căsătoria, spre a se face mențiune în actul de căsătorie.

(3) În cazul constatării divorțului de către notarul public, acesta emite certificatul de divorț și înaintează, de îndată, o copie certificată de pe acesta la primăria locului unde s-a încheiat căsătoria, spre a se face mențiune în actul de căsătorie.

Articolul 378

Refuzul ofițerului de stare civilă sau notarului public

(1) Dacă nu sunt îndeplinite condițiile art. 375, ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public respinge cererea de divorț.

(2) Împotriva refuzului ofițerului de stare civilă sau notarului public nu există cale de atac, dar soții se pot adresa cu cererea de divorț instanței de judecată, pentru a dispune desfacerea căsătoriei prin acordul lor sau în baza unui alt temei prevăzut de lege.

(3) Pentru repararea prejudiciului prin refuzul abuziv al ofițerului de stare civilă sau notarului public de a constata desfacerea căsătoriei prin acordul soților și de a emite certificatul de divorț, oricare dintre soți se poate adresa, pe cale separată, instanței competente.

§4. Divorțul din culpă

Articolul 379

Condiții

(1) În cazul prevăzut la art. 373 lit. b), divorțul se poate pronunța dacă instanța stabilește culpa unuia dintre soți în destrămarea căsătoriei. Cu toate acestea, dacă din probele administrate rezultă culpa ambilor soți, instanța poate pronunța divorțul din culpa lor comună, chiar dacă numai unul dintre ei a făcut cerere de divorț. Dacă culpa aparține în totalitate reclamantului, sunt aplicabile prevederile art. 388.

(2) În ipoteza prevăzută de art. 373 lit. c), divorțul se pronunță din culpa exclusivă a soțului reclamant, cu excepția situației în care pârâtul se declară de acord cu divorțul, când acesta se pronunță fără a se face mențiune despre culpa soților.

Articolul 380

Continuarea acțiunii de divorț

(1) În situația prevăzută la art. 379 alin. (1), dacă soțul reclamant decedează în timpul procesului, moștenitorii săi pot continua acțiunea de divorț.

(2) Acțiunea continuată de moștenitori este admisă numai dacă instanța constată culpa exclusivă a soțului pârât.

§5. Divorțul din cauza stării sănătății unui soț.

ROMANIA

Articolul 381
Condițiile divorțului

În cazul prevăzut la art. 373 lit. d), desfacerea căsătoriei se pronunță fără a se face mențiune despre culpa soților.

VII - Spagna

1. Código civil

Estratto

LIBRO PRIMERO - DE LAS PERSONAS

TÍTULO IV - DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO VII - DE LA SEPARACIÓN

Artículo 81.

Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Artículo 82.

1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

Artículo 83.

La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82. Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que esta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe.

Artículo 84.

La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones.

La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente.

CAPÍTULO VIII - DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

Artículo 85.

El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Artículo 86.

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

Artículo 87.

Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio.

Artículo 88.

La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda.

La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.

Artículo 89.

Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.

CAPÍTULO IX - DE LOS EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Artículo 90.

1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
- c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

2. Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

4. El Juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio. Artículo 90.

2. Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado

Estratto

SECCIÓN 3 - DE LA ESCRITURA PUBLICA DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL O DIVORCIO

Artículo 54

1. Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes.

2. Los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio.

3. La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley.

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

1. Michele Rosboch, *Fra angustie di coscienza e ordine politico*, 2017
2. Daniela Ronco, Giovanni Torrente, *Pena e ritorno. Una ricerca su interventi di sostegno e recidiva*, 2017
3. *Limiti e diritto*, a cura di Alessandra Rossi, Alice Cauduro, Emanuele Zanalda, 2017
4. *Le responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali*, a cura di Andrea Spagnolo e Stefano Saluzzo, 2017
5. *L'armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle corti*. A cura di Paolo Gallo, Geo Magri, Margherita Salvadori, 2017
6. *A Pierluigi Zanini, Studi di diritto romano e giusantichi*. A cura di Ferdinando Zuccotti e Marco A. Fenocchio, 2018
7. *Tribunado – Poder negativo y defensa de los derechos humanos*. A cura di Andrea Triscioglio, 2018
8. *Separarsi e divorziare senza giudice?* A cura di Chiara Besso e Matteo Lupano, 2018

