

LA NUOVA LEGGE SULLA FILIAZIONE E IL SUO IMPATTO SUL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO*

1. La legge 10 dicembre 2012 n. 219 e il principio dello stato unico di figlio. – 2. I principi fondamentali del nuovo impianto normativo: «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». – 3. L'impatto sulle norme di diritto internazionale privato: la modifica dell'art. 33 sullo stato di figlio... – 4. (segue) dell'art. 34 sulla legge applicabile al riconoscimento di figlio e dell'art. 35 sui rapporti tra genitori e figli. La mancata modifica dell'art. 39 sui rapporti tra adottando e adottato – 5. L'introduzione del nuovo art. 36 *bis*. Il principio di condivisione della responsabilità genitoriale e il dovere di mantenere i figli come norme di applicazione necessaria.

1. La legge 10 dicembre 2012 n. 219 e il principio dello stato unico di figlio.

Nonostante il titolo fuorviante (“Disposizioni in materia di riconoscimento di figli naturali”), la legge 10 dicembre 2012 n. 219 consegue il ben più ambizioso obiettivo di cancellare la stessa definizione di figli naturali. La novella del 2012, infatti, realizza anche in Italia – ultimo tra gli Stati europei, che tutti vi hanno provveduto tra la fine degli anni 90 e i primi anni del nuovo millennio – un principio di imprescindibile uguaglianza giuridica dei minori, rimuovendo ogni diversità di regime dei figli, in particolare quando questa sia conseguenza della diversa natura del rapporto che unisce i genitori, e sancendo così la piena autonomia tra il piano dei rapporti tra coniugi e quello tra genitori e figli.

Il principio dell'unicità dello status di figlio realizza oggi in modo pieno il disposto dell'art. 30 Cost., che sancisce in modo solenne (per quanto ambiguo sotto certi profili) che i figli sono tutelati anche se nati fuori dal matrimonio, e porta a pieno compimento quella parificazione tra figli avviata con la riforma del diritto di famiglia nel 1975 e poi proseguita con la legge n. 54/2006 in tema di separazione dei coniugi e affidamento condiviso.

D'altro canto, l'abolizione di ogni discriminazione tra figli in ragione del rapporto esistente tra i genitori costituisce oggi attuazione di un preciso obbligo internazionale, sia ai sensi dell'art. 21 della Carta UE dei diritti fondamentali, sia di numerosi atti internazionali a tutela del minore. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha da molti anni affermato l'illegittimità, per contrasto con l'art. 8 e l'art. 14 della Carta, delle norme nazionali che, sotto diversi profili, stabiliscono differenze di trattamento tra figli nati all'interno e fuori del matrimonio.¹ Invero appare quasi sorprendente che nessuna delle disposizioni italiane, oggi infine modificate, sia stata portata al vaglio della Corte CEDU.

Già a partire dalla fine degli anni 80, infatti, e in modo massiccio nella seconda metà degli anni 90 e dei primi anni di questo millennio, la maggior parte degli Stati europei è stata investita da un'ondata riformatrice che ha sostanzialmente parificato ovunque lo status del figlio nato fuori dal matrimonio con quello nato in costanza dello stesso.² La necessità – quando non l'improcrastinabile urgenza – di una modifica in tal senso era dunque imprescindibile e molte delle modifiche oggi introdotte nella legge italiana sono pacificamente esistenti in altri ordinamenti. Sul piano del diritto

* Il presente lavoro è destinato agli Studi in onore di Giuseppe Tesauo.

¹ La maggior parte delle decisioni pronunciate dalla Corte CEDU con riguardo ai figli naturali è stata adottata in occasione di procedimenti che affrontavano questioni successorie, in particolare in relazione alla capacità successoria del figlio naturale. V. ad es. 13 giugno 1979, n. 6833/74, *Marck v. Belgio*; 1 febbraio 2000, n. 34406/97 *Mazurek v. France*; 3 ottobre 2000, n. 28369/95, *Camp and Bourimi v. France*; 22 dicembre 2004, n. 68864/01, *Merger and Cros v. France*; 7 febbraio 2013 n. 16574/08, *Fabris v. France*). Altre decisioni, tuttavia, hanno anche affrontato la questione della responsabilità genitoriale del padre non coniugato, in casi in cui la madre aveva trasferito il minore in altro Stato (v. ad es. i casi *Balbotin*, *Zaunegger* and *Sporer* menzionati *infra*, nota 58); infine, il principio di non discriminazione con riguardo alla nascita è stato di recente esaminato con riguardo al conferimento della nazionalità. La Corte CEDU ha così ritenuto esservi violazione dell'art. 8 nella legge maltese che rifiuta la nazionalità maltese al figlio nato da padre maltese e madre straniera non sposati (v. decisione, 11 ottobre 2011, No 53124/09, *Genovese v. Malta*).

² Per una sintetica panoramica sui principi che regolano la filiazione nei diversi paesi v. M.G. CUBEDDU, *La disciplina dell'accertamento dello status di figlio nei principale paesi europei*, in *Famiglia*, 2006, p. 869-900; A. DIURNI, *Storia e attualità della filiazione in Europa*, in *Dir. fam. persone*, 2007, p. 1397- 1431 (e anche in G. FERRANDO (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007).

comparato, dunque, deve piuttosto osservarsi come la frontiera del principio di non discriminazione in ambito familiare si stia rapidamente spostando. Se una volta essa correva lungo la linea di facile accertamento della famiglia legittima e ‘naturale’, oggi essa segue la linea ben più incerta della procreazione assistita e pone problemi ben più complessi in relazione alla diversa disciplina della filiazione biologica e filiazione genetica. Al riguardo, va però sottolineato sin d’ora come la legge n. 219/2012 non contenga alcun riferimento in proposito, deliberatamente ignorando di regolare qualsiasi profilo di tal natura.

Uno dei maggiori pregi dell’intervento normativo in esame va peraltro rinvenuto proprio nel fatto di avere non solo affermato che tutti i figli sono eguali ma altresì di avere trasposto tale principio fondamentale, nelle numerose applicazioni in cui esso si manifesta, nei diversi ambiti dell’ordinamento italiano. Il complessivo quadro giuridico è dunque la risultante di un ‘pacchetto’ di disposizioni di diversa natura, che sono state adottate in tempi diversi.

La legge parlamentare del dicembre 2012 pone infatti le norme fondamentali del nuovo impianto normativo e delega poi all’attività legislativa del governo l’attuazione dei principi che queste esprimono. Diversamente da quanto avvenuto in altri casi, però, questa volta la delega legislativa è stata – sebbene decisamente ampia – ben articolata e sufficientemente precisa, facendo tesoro dei risultati già raggiunti nei pregressi lavori parlamentari. Per l’esercizio dei suoi poteri delegati il governo ha poi (nuovamente) fatto ricorso ad una commissione di esperti istituita presso la Presidenza del Consiglio e presieduta dal prof. Cesare Bianca, la quale a sua volta ha potuto utilmente avvalersi del lavoro già svolto da equivalenti commissioni istituite nelle precedenti legislature.³

La continuità dei lavori così realizzata ha consentito alla commissione di concludere il suo mandato in tempi molto rapidi e di presentare al governo già nel marzo del 2013 uno schema di decreto legislativo.⁴ Dopo un percorso parlamentare eccezionalmente veloce per le prassi nazionali, nell’ultimo scorcio utile dell’anno passato il Parlamento approvava il decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154 «recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’art. 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219».⁵

Il sistema normativo costituito dalla legge n. 219/12, e soprattutto dal decreto legislativo n. 154/13 ad esso collegato, assume particolare importanza anche per gli studiosi del diritto internazionale privato, italiano ed europeo, non solo per il carattere fondamentale dei diritti del minore che vengono così concretizzati, ma soprattutto per il riflesso che il diverso approccio di diritto materiale manifesta con riguardo alle norme di diritto internazionale privato e a quelle europee. Una parte della delega legislativa è infatti rivolta a trasporre il principio dello status unico di figlio anche sul piano delle norme di conflitto regolato dalla legge n. 218/95, e alcuni dei principi di diritto materiale affermati – si pensi ad esempio al diritto del minore a essere ascoltato – assumono un significato particolare proprio con riferimento alla cooperazione giudiziaria internazionale.

Prima di esaminare l’impatto sulle norme di conflitto del sistema normativo così delineato, pare dunque opportuno ripercorrere, per quanto in modo sintetico, gli snodi cruciali dell’impianto della legge delega e del decreto legislativo. Ai fini della presente trattazione i due atti verranno

³ Ed invero analoghe commissioni di esperti furono istituite anche dai due precedenti governi, nel 2006 e nel 2011, tutte presiedute dal Prof. Bianca. Nella relazione conclusiva si legge che la presidenza di quest’ultima è stata affidata a quest’ultimo proprio al fine di assicurare la continuità con il lavoro precedentemente svolto.

⁴ Schema di decreto legislativo recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ai sensi dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219. Vedila contenuta nella Relazione conclusiva del 4 marzo 2013, ove anche numerosi altri documenti preparatori, sul sito del Dipartimento per le politiche di famiglia <http://www.politichefamiglia.it/> (nella sezione ‘in primo piano’ in ordine di data) o qui http://www.politichefamiglia.it/media/84314/relazione_conclusiva_commissione_bianca.pdf

⁵ in *Gazz. uff.*, n. 5 del 8 gennaio 2014, in vigore dal 7 febbraio di quest’anno.

esaminati congiuntamente e l'analisi verrà limitata ai profili che impattano direttamente sulle norme di diritto internazionale privato.⁶

2. I principi fondamentali del nuovo impianto normativo: «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico».

Pilastro del nuovo impianto è il novellato art. 315 c.c., che solennemente sancisce: «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». Con una formulazione tanto breve quanto efficace, la norma introduce nel nostro ordinamento il principio dell'unicità dello status di figlio e segna un radicale cambio di prospettiva rispetto a quanto codificato nel diritto scritto sinora, improntato alla rigida distinzione tra figli nati in costanza di matrimonio, e dunque 'legittimi', e figli nati al di fuori dello stesso, e dunque 'naturali' (dizione *politically correct* di quelli che fino alla riforma del diritto di famiglia venivano definiti 'illegittimi'), cui si aggiungono quelli 'non riconoscibili' perché nati da un rapporto tra consanguinei stretti.

In attuazione della nuova concezione del rapporto tra genitori e figli, dunque, molti punti del vecchio impianto normativo sono oggetto di revisione e ammodernamento. Ed invero sono numerosi e incisivi gli interventi operati sul piano sostanziale dal combinato disposto della legge di delega e, in misura anche maggiore, dal decreto legislativo.

Scontate le ovvie modifiche terminologiche volte a superare la precedente distinzione tra figli naturali, riconosciuti e legittimati – da oggi tutti sostituiti dall'unica definizione di «figli» – conviene innanzitutto segnalare la riorganizzazione sul piano sistematico dei rapporti tra genitori e figli. Il decreto legislativo modifica non solo il *nomen iuris*, ma la struttura stessa del Titolo IX del Libro Primo del Codice Civile. Questo verrà infatti rubricato “*Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio*” e raggrupperà nei due Capi di cui si compone sia le norme relative ai diritti e doveri del figlio (Capo I), sia quelle relative all'esercizio della responsabilità genitoriale in seguito al venire meno del rapporto previgente tra i genitori, di qualunque natura questo fosse (Capo II).⁷ Viene così regolata in modo sistematicamente ordinato e coerente la disciplina dei rapporti tra genitori e figli sia nella fase normale, in cui il rapporto tra i due genitori è stabile e positivo, sia nella fase patologica, in cui tale legame si deteriora e si dissolve, senza però che la natura del rapporto tra i genitori si rifletta in un diverso trattamento dei figli.⁸

Degna di nota, poi, è la sostituzione nella rubrica del Titolo IX dell'antiquato riferimento alla «potestà genitoriale» con il concetto più moderno di «responsabilità genitoriale». L'espressione, già ampiamente invalsa nella prassi europea a seguito del suo utilizzo nel Regolamento Bruxelles

⁶ Tra i molteplici temi d'interesse che non è stato possibile menzionare nel testo, meritano di essere almeno ricordati i seguenti profili, per lo più regolati nel decreto legislativo: l'abbassamento del limite di età per la legittimazione al riconoscimento di figlio; l'abrogazione dell'istituto della legittimazione; la disciplina del riconoscimento di figli incestuosi in funzione del superiore interesse del minore; la definizione di stato di abbandono; l'ampliamento dei mezzi di prova per l'accertamento giudiziale della paternità e la possibilità di esercitare l'azione anche quando il presunto genitore sia deceduto; l'adeguamento di tutta la disciplina della successione. Rilevante infine, è la modifica contenuta nella legge n. 219 dell'art. 38 disp. att. c.c., che ha l'effetto di attribuire alla competenza del giudice ordinario le azioni relative all'affidamento e al mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, sino ad oggi di competenza del tribunale dei minorenni. Per una disamina più approfondita e completa dei numerosi profili della legge, si veda: M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La riforma della filiazione*, Bologna, 2012 (in calce al quale v. anche le numerose proposte di legge che si sono succedute dal 2009 ad oggi); C. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1 ss.; i contributi di V. CARBONE, M. SESTA, M. TRIMARCHI, M. DOGLIOTTI, B. DE FILIPPIS, A. GRAZIOSI, tutti in *Fam. dir.*, 2013, fasc. 1; nonché quelli di G. FERRANDO, F. DANOVÌ, F. DELFINI, in *Corr. giur.*, 2013, fasc. 4; cui *adde* M. PORCELLI, *Note preliminari allo studio dell'unificazione dello stato giuridico dei figli*, in *Dir. fam. per.*, 2013, p. 654 ss.; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013; F. TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 252; *idem*, *I procedimenti di potestà e la nuova legge sulla filiazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 558 ss.; F. DANOVÌ, *I procedimenti di potestà dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile*, *Fam. dir.*, 2013, p. 619.

⁷ Si veda l'art. 7, co. 10-11 d.lgs.

⁸ In questo senso v. anche la Relazione Illustrativa allo Schema di decreto legislativo cit.,

IIbis,⁹ esprime in modo compiuto la diversa visione del rapporto tra genitore e figlio accolta dalla legge e definisce meglio i contenuti dell'impegno dei genitori.

In discontinuità con la terminologia precedente, l'accento viene posto sul fatto che l'impegno del genitore nei confronti di un figlio non va misurato in termini di esercizio di un 'potere'. Piuttosto, esso comporta l'assunzione di una responsabilità del primo nei confronti del secondo (e della società nel suo complesso). La diversa locuzione, dunque, non costituisce solo uno svecchiamento terminologico nel tentativo di allinearsi al più moderno lessico europeo, ma piuttosto esprime in modo tangibile la diversa concezione che permea la disciplina dei rapporti tra genitori e figli. Sotto tale profilo, dunque, la modifica terminologica – che il decreto legislativo ha poi cura di realizzare in tutte le normative considerate – è certamente da plaudere. Piuttosto, vista l'identità con la terminologia europea, occorrerà chiedersi se vi sia perfetta coincidenza tra la portata della nozione utilizzata dal legislatore italiano e quella di cui al reg. Bruxelles II-bis. Il punto peraltro non pare essere stato oggetto di esame da parte della Commissione. Quest'ultima, benché richiesta dalla legge delega di «delineare la nozione di responsabilità genitoriale», ha preferito tenere ferma la scelta codicistica di non proporre una definizione specifica, allo scopo di conservarne l'intrinseca flessibilità e di poterla così riempire di contenuto in funzione della futura evoluzione sociale e culturale.¹⁰

Si è ritenuto viceversa opportuno spostare in tale capo le modalità concrete con le quali la responsabilità genitoriale viene esercitata, nonché la sua portata con riguardo a specifici obblighi economici. Viene così modificato innanzitutto l'art. 316 c.c.,¹¹ al fine di affermare in modo esplicito, anche in relazione ai figli naturali (cfr. il quarto comma), il diritto alla condivisione della responsabilità parentale e alla bigenitorialità, nonché di rimuovere l'ultima vestigia della patria potestà, quale si manifesta nella norma che attribuiva al (solo) padre il potere di prendere i provvedimenti urgenti ed indifferibili nel caso di «incombente pericolo di pregiudizi al figlio».

Parimenti, con riguardo agli obblighi economici dei genitori, il nuovo art. 316 *bis* estende a tutti i figli il contenuto dell'attuale art. 148 c.c.¹² Nel definire i diritti e i doveri che derivano dal

⁹ Merita in questa sede di essere sottolineato come il regolamento n. 2201/2003, del 27 novembre 2003 (relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale) sia stato il primo atto di fonte europea a dare attuazione – sebbene indiretta – al principio dell'unicità dello status di figlio. Il suo antecedente, infatti, il regolamento n. 1347/2000 (del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, e si noti la differente terminologia utilizzata), si basava su una rigida distinzione tra figli legittimi e naturali, poiché dichiarava di applicarsi solo «procedimenti civili relativi alla potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, instaurati in occasione dei ... procedimenti civili relativi al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio» (cfr. art. 1, co. 1, lett. a) e b)). Per una breve ricostruzione delle vicende che hanno portato al passaggio dal reg. Bruxelles II a quello Bruxelles II *bis*, v. M. MONTANARI, in P. DE CESARI, *Persona e famiglia*, Torino, 2008, p. 409-411.

¹⁰ V. *Relazione (supra, nota 4)*, p. 165, che sottolinea altresì come sia stato rimosso il precedente elemento temporale che limitava l'esercizio della patria potestà al raggiungimento della maggiore età (si v. la nota seguente). Ritenendo infatti diritto vigente l'indirizzo giurisprudenziale che estende la responsabilità genitoriale al mantenimento dei figli fino al raggiungimento della piena indipendenza economica, si è preferito non indicare un termine finale per l'assolvimento dei doveri, in particolare di natura economica, dei genitori.

¹¹ Cfr. art. 39 d.lgs. Il precedente art. 316 c.c. recitava: «Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o alla emancipazione.

«La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori.

«In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. Se sussiste un incombente pericolo di grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili.

«Il giudice, sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni quattordici, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio.»

¹² La norma peraltro non fa che recepire diritto vivente, poiché la giurisprudenza attuale ha da tempo ritenuto l'applicabilità di tale misura alle azioni promosse dal genitore naturale. V. ad es. Cass. 23 marzo 1995 n. 3402, in *Fam. dir.*, 1995, p. 452; Trib. Trieste, 21 marzo 2005, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 325, con nota di D. CORAPI, *L'obbligo di*

matrimonio tale disposizione sancisce innanzitutto l'obbligo per entrambi i genitori di partecipare al mantenimento del figlio e predispone alcuni meccanismi per fare fronte alla loro incapacità o non volontà di adempimento. Nel primo caso, e cioè quando le sostanze dei genitori non siano sufficienti ad adempiere ai loro obblighi nei confronti dei figli, è disposto un intervento sussidiario degli ascendenti. Nel secondo caso, ovvero quando l'inadempimento sia l'effetto di una scelta volontaria essendovi un patrimonio o un reddito, è previsto un procedimento speciale volto a garantire con efficacia immediatamente esecutiva l'adempimento dell'obbligo. Sulla particolare portata precettiva di tale norma avremo modo di tornare oltre in relazione alle modifiche apportate alle norme di conflitto.¹³

Se l'ambito dei doveri dei genitori è chiarito prevalentemente nel decreto legislativo, i diritti e i doveri del minore sono regolati già nella legge di delega. Subito dopo il già menzionato art. 315 c.c. relativo allo stato di figlio, infatti, quest'ultima introduce un nuovo **art. 315 bis**, che ne definisce l'ambito con precisione maggiore di quanto avvenga adesso. Accanto ai diritti che già oggi sono codificati, ovvero quello ad essere mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori (primo comma), figura adesso il diritto a crescere in famiglia e a mantenere rapporti significativi con i parenti (secondo comma). La previsione comprende innanzitutto il diritto a mantenere i rapporti con entrambi i genitori nel caso di separazione o divorzio. Sebbene tale diritto si trovi già affermato nell'art. 9 co. 3 della Convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo, e trovi in concreto già piena attuazione nella prassi italiana, certamente la sua menzione esplicita tra i diritti attribuiti al minore costituirà un punto di riferimento importante per il giudice allorché questi si troverà a regolare i suoi rapporti con i genitori separati.

Il riferimento ai «rapporti con i parenti» va però letto anche alla luce della modifica, definita «rivoluzionaria» in dottrina, della **nozione di parentela**. Anche gli ascendenti diretti di genitori che non siano coniugati hanno il diritto di mantenere rapporti con il nipote. Ai fini del vincolo parentale rileva ora solo la situazione *di fatto* di discendere da un medesimo stipite (cfr. art. 74 c.c., come modificato dalla legge in esame). Si tratta in realtà dello sviluppo coerente del nuovo modo di intendere il rapporto tra genitore e figlio. Mentre sotto il regime previgente la parentela sorgeva per effetto di un atto giuridico del genitore (il riconoscimento a opera della madre al momento del parto, cui faceva eventualmente seguito quello del padre), oggi questo vincolo viene ricondotto al fatto, per così dire materiale, della consanguineità.¹⁴

Da tale principio derivano evidentemente conseguenze in ordine al diritto del minore di instaurare e mantenere rapporti con i nonni e con i fratelli consanguinei, anche se nati da un solo genitore in comune, cui corrisponde analogo diritto degli ascendenti nei confronti del minore. Trattasi di rilevante novità rispetto al regime attuale, nel quale agli ascendenti non viene riconosciuta un'autonoma legittimazione volta a mantenere i rapporti con il minore.¹⁵ Nell'ultima frase del nuovo art. 74, peraltro, il legislatore mostra di andare addirittura oltre al fatto materiale della procreazione quando ciò è nell'interesse del minore, poiché il vincolo di parentela è esteso anche ai rapporti che sorgono tra gli ascendenti dei genitori adottivi e l'adottando. Nel nuovo

mantenimento dei figli ed il concorso negli oneri; LAI, *Filiazione naturale e ordine di distrazione dei redditi dell'obbligato al mantenimento*, in *Fam. Dir.*, 2009, p. 515.

¹³ Vedi *infra*, par. 5.

¹⁴ Può in questa sede restare aperta la questione volta a stabilire se questa indicazione del legislatore segni il passaggio dal tradizionale modello romanistico a quello di ispirazione germanica. Nel primo modello, cui sono informati gli ordinamenti francese, belga, spagnolo e – sino ad ora – quello italiano, la filiazione è stabilita a seguito di una dichiarazione formale che la madre, eventualmente unitamente al padre, rilascia all'atto della nascita e a cui consegue l'iscrizione dei registri dello stato civile. Il modello di tradizione germanica, invece, segue il criterio della discendenza (*Abstammungssystem*), disponendo che la madre del bambino sia la donna che lo partorisce, a prescindere da qualsiasi dichiarazione in tal senso della stessa. La nuova legge, pur non contenendo una norma dal contenuto ora menzionato (come avviene in Svizzera, Norvegia, Olanda, Germania, Inghilterra, Svezia, Croazia), pare oggi muoversi su quest'ultima linea. Sul punto v. A. DIURNO, *Storia e attualità della filiazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1404-1407

¹⁵ Vedi da ultimo Cass. 27 dicembre 2011, n. 28902, nella quale la Cassazione afferma che i nonni «non sono titolari di una posizione soggettiva direttamente tutelabile».

panorama normativo che è stato così delineato, dunque, solo l'adozione di maggiore d'età non sarà idonea a instaurare un vincolo di parentela.

Sempre l'art. 315 *bis* codifica poi un'altra questione di estrema rilevanza concreta, ovvero il «**diritto**» del minore ad essere ascoltato (art. 315 *bis*, terzo comma, c.c.). Il legislatore prende così una posizione netta su un tema di grande interesse, oggetto di disciplina in numerose fonti internazionali e nazionali,¹⁶ nonché di molteplici contributi dottrinali, ma sul quale in verità la giurisprudenza di merito non pare ancora avere assunto una posizione uniforme e univoca.

Nonostante l'ascolto del minore sia ormai da tempo stato introdotto in Italia – la legge n. 54/2006 ha prescritto l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici (o anche di età inferiore ove capace di discernimento) in relazione ai procedimenti sulla separazione o scioglimento del matrimonio (art. 155 *sexies* c.c.) – e le ripetute affermazioni in tal senso da parte della Corte di legittimità,¹⁷ sono numerose le perplessità e le cautele esistenti sia in dottrina, sia soprattutto nella magistratura di merito, che appare ancora prudente nel ricorrere in modo continuativo e sistematico a tale strumento.¹⁸ L'ascolto del minore appare oggi piuttosto come una facoltà a disposizione del giudice, che esercita tutta la sua discrezionalità nello stabilire in quali casi, e con quali modalità, farvi ricorso.

La nuova disposizione invero non innova sotto il profilo della disciplina sostanziale poiché invariata resta la necessità di una valutazione del giudice calata nel caso concreto. Tuttavia, il fatto di qualificare l'ascolto del minore come un «diritto» dello stesso, vale certamente ad attribuire una diversa connotazione a tale istituto, elevandola da strumento cui fare ricorso in casi particolari a fattispecie generale, cui è possibile derogare solo in presenza di circostanze eccezionali.¹⁹ In tale senso d'altra parte va inteso il nuovo art. 336 *bis* che, oltre a fornire qualche indicazione pratica relativamente a chi e come deve condurre l'ascolto, sancisce in modo formale la distinzione, già peraltro consueta nella prassi giudiziaria, tra minori ultra- ed infradodicesimi. Non vi è dubbio

¹⁶ La Relazione allo schema di decreto legislativo menziona (p. xx) la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (art. 12), la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori (art. 13), la Convenzione di Strasburgo del 25 febbraio 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, (art. 3); la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 in materia di adozione internazionale. A tali atti occorre poi aggiungere la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24, par. 1), il Reg. Bruxelles II (art. 23 let. a e 42), nonché la convenzione dell'Aia del 1996, che benché non ancora ratificata dall'Italia, costituisce un importante parametro normativo sulla scena internazionale. Per i riferimenti normativi e giurisprudenziali nazionali v. oltre nel testo.

¹⁷ Nel *leading case* 21 ottobre 2009 n. 22238, la Cass. ha precisato che l'ascolto del minore è adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che lo riguardano e quindi anche nei procedimenti relativi all'affidamento e al diritto di visita, precisando che l'omessa audizione del minore, "parte sostanziale" e portatore di interessi contrapposti ai suoi genitori, costituisce violazione dei principi regolatori del giusto processo e dà luogo a nullità, salvo che risulti contraria al suo superiore interesse o difetti il requisito del discernimento, elementi che debbono in ogni caso essere valutati con obbligo di relativa motivazione. Con la successiva sentenza 11 agosto 2011 n. 17201, la Cassazione ha poi affermato non più solo l'opportunità, ma la necessità dell'audizione del minore anche nei procedimenti in materia di sottrazione internazionale. V. anche Cass. civ. 26 marzo 2010 n. 7282 e 10 giugno 2011 n. 12739, sulla qualifica processuale del diritto all'ascolto che non integra una testimonianza o altro strumento istruttorio, ma un diritto processuale del minore e, in tempi recenti, ancora Cass. 15 maggio 2013 n. 11687.

¹⁸ Tra i numerosi contributi sul tema, v. M.C. CAMPAGNOLI, *L'ascolto del minore*, Milano, 2013; M. CAVALLO (a cura di), *Le mille facce dell'ascolto del minore*, Roma, 2012; F. PARENTE, *L'ascolto del minore: i principi, le assologie e le fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 459-473; G. CAMPRESE, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 958-968; si v. anche il report a cura di Amnesty International, *L'ascolto dei minorenni in ambito giudiziario*, Roma, 2012 (disponibile anche on line http://www.unicef.it/Allegati/Ascolto_minori_ambito_giudiziario_2012_1.pdf) ove v. il saggio di M.G. RUO per riferimenti ai numerosi protocolli che, pur non vincolanti, costituiscono rilevanti e spesso difforni prassi applicative nei singoli tribunali.

¹⁹ Nello stesso senso va inteso il novello art. 337-*octies* che, nel regolare i poteri del giudice nei procedimenti di separazione e divorzio, dispone che «nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo». La formula negativa conferma, a contrario, come la regola generale debba essere l'ascolto.

dunque che la nuova formulazione contribuirà a determinare un aumento dei casi di ascolto del minore.²⁰

3. L'impatto sulle norme di diritto internazionale privato: la modifica dell'art. 33 legge n. 218/95 sullo stato di figlio...

Modifiche tanto incisive sul piano del diritto materiale non potevano non avere un impatto anche sul piano del diritto internazionale privato, non solo perché esse sono relative al contenuto di numerose disposizioni, ma soprattutto perché – come visto – sono espressione di una mutata concezione sociale del rapporto genitore-figlio.

Molto opportunamente, dunque, la legge delega del dicembre 2012 ha incaricato il governo di procedere all' «adattamento e riordino dei criteri di cui agli artt. 33, 34, 35 e 39 della legge 31 maggio 1995, n. 218, concernenti l'individuazione, nell'ambito del sistema di diritto internazionale privato, della legge applicabile», cui ulteriormente si aggiunge il compito di determinare «eventuali norme di applicazione necessaria in attuazione del principio dell'unificazione dello stato di figlio».

La disciplina della filiazione precedentemente in vigore, infatti, era permeata dalla vecchia concezione, riflettendo sul piano del diritto internazionale privato i diversi regimi di filiazione presenti sul piano materiale. E' così che, posta una norma generale sullo stato di figlio (art. 33, co. 1),²¹ ne occorre una sulla filiazione legittima (art. 33, co. 2), una sulla filiazione legittimata (art. 34) e una sul riconoscimento di figlio naturale (art. 35), il tutto completato da una norma sulla legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli (art. 36) e da un'altra sulla giurisdizione (art. 37). Come è facile comprendere, dunque, un quadro normativo caratterizzato da forte complessità.²²

In verità, va detto che la legge relativa al sistema di diritto internazionale privato appariva comunque più avanzata di quanto non fosse la disciplina vigente sul piano del diritto materiale. Già il legislatore del 1995, infatti, innovando sul precedente regime delle disp. prel. c.c. del 1942, aveva compiuto un importante passo avanti, garantendo al figlio la necessaria centralità e orientando molte delle proprie norme verso il *favor filiationis*, nell'ottica di favorire l'attribuzione di uno status familiare anche al figlio naturale.

Tutte le numerose disposizioni fino ad oggi vigenti, ad esempio, utilizzavano già il criterio della legge nazionale del figlio, sia pure talvolta combinandolo con quello della nazionalità dei genitori. La centralità del figlio, e la conseguente necessità di localizzare i rapporti in funzione del luogo con cui quest'ultimo presenta il collegamento più forte, è dunque un concetto che già informava il piano del diritto internazionale privato.²³

²⁰ Se ne veda ad es. una prima applicazione da parte di Trib. Varese, 24 gennaio 2013, in *Corr. merito*, 2013, p. 619 con nota di B. PAPARO.

²¹ A lungo si è dibattuto in dottrina se il comma 1 dell'art. 33, relativa appunto allo stato di figlio, costituisca una norma di conflitto autonoma, con un proprio ambito di applicazione, o se essa costituisca un elemento integrativo della sola disciplina della filiazione legittima, oggetto del comma 2, o anche di tutte le altre tipologie di filiazione. Si veda un'eco del dibattito in C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *RDIPP*, 2009, 598 e sempre della stessa a., in *La filiazione cit.*, p. 742743, la quale oggi conclude nel senso che la norma ha certamente un suo proprio e autonomo ambito di applicazione, anche alla luce delle 'nuove' forme di filiazione assistita che sarebbero altrimenti di difficile qualificazione.

²² Sulla filiazione nella legge n. 218 v. C. CAMPIGLIO, *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in G. COLLERA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. II, *Filiazione*, 2 ed., Milano, 2012, p. 732762; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, *Statuto personale e diritti reali*, 3 ed., Torino, 2011, p. 173196; C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *RDIPP*, 2009, 598; G. CARELLA, *Articoli 33-37*, in S. BARIATTI (a cura di), *L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *NLCC*, 1996, p. 1184 ss.; G. CONETTI, *I rapporti di famiglia nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Fam. Dir.*, 1995, p. 313 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 304 ss.

²³ Per completezza d'informazione va tuttavia segnalato che l'adozione del criterio della nazionalità del figlio venne salutata con favore non tanto per la preminenza così attribuita a tale soggetto, quanto per il suo essere un criterio neutrale e terzo rispetto a quello della nazionalità del padre e precedentemente in uso, all'epoca da poco censurato dalla Corte costituzionale per la sua contrarietà con il principio di eguaglianza tra i coniugi (v. infatti la sentenza Corte Cost., 10 dicembre 1987 n. 477 (in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 67 ss.) che ha dichiarato l'illegittimità dell'allora art. 20

Merita in secondo luogo di essere posto in risalto come molte norme di conflitto siano già ispirate al principio del *favor filiationis* e siano strutturate in modo da favorire l'instaurarsi di un vincolo filiale. Seguendo un approccio all'epoca "moderno" e oggi ampiamente consolidato e pacifico, le norme di conflitto – o meglio alcune di esse – non si limitano a richiamare in modo 'neutro' il diritto applicabile, ma sono strumento per la realizzazione di una precisa politica materiale, che impone di selezionare in modo mirato il diritto applicabile in funzione del risultato che si vuole conseguire.²⁴

Invero, nella legge di riforma del diritto internazionale privato del 1995 il metodo delle considerazioni materiali trova più compiuta realizzazione proprio con riguardo alla disciplina della filiazione.²⁵ In tale ambito l'obiettivo di diritto materiale, che è individuato nel favorire l'attribuzione di uno *status* familiare al figlio naturale e dunque nell'instaurarsi del vincolo filiale, viene realizzato predisponendo una successione di criteri di collegamento, alternativi tra loro, tra i quali selezionare la normativa capace di realizzare tale obiettivo.²⁶

Fino ad oggi, però, il *favor* per lo stabilimento di un rapporto di filiazione non si trasformava nel *favor* per lo stabilimento di un rapporto di filiazione piena, quale quello di cui godono i figli nati nell'ambito di una famiglia 'legittima'. Il diritto del figlio a conoscere il proprio padre (e la propria madre) andava temperato con la salvaguardia della famiglia legittima, ritenuta fino ad oggi meritevole di una tutela rinforzata. Pertanto il *favor* cui ciascuna delle tre norme di conflitto era ispirato – precedenti articoli 33, 34 e 35, corrispondenti ad altrettanti regimi di filiazione – operava solo nell'ambito del tipo di filiazione contemplato da ciascuna di queste norme, non essendo il meccanismo preordinato a consentire 'passaggi' dall'uno all'altro regime e restando dunque neutro rispetto a un'esigenza di uguaglianza giuridica dei figli.

Anche la disciplina del rinvio rifletteva la precedente scelta normativa, volta sì a favorire lo *status filiationis*, ma mantenendo una netta demarcazione tra i diversi regimi, e dunque di fatto avvallando regimi giuridici paralleli per le diverse 'categorie' di figli. L'art. 13, co. 3, legge n. 218, infatti – in deroga al principio generale secondo cui il rinvio ad un ordinamento straniero va inteso nel suo complesso e dunque include il richiamo anche alle norme di conflitto ivi presenti – stabilisce che, in relazione a tutte e tre le norme relative alla filiazione, il rinvio sia da operarsi solo nella misura in cui esso conduca allo stabilimento della filiazione di volta in volta sollecitata. Anche in questo caso, però, il *favor filiationis* non viene inteso nel senso che debba tendersi ad una piena equiparazione dello status di figlio e che dunque si debba procedere comunque alla ricerca della legge che attribuisca una filiazione legittima (o piena), anziché una forma di filiazione diversa, sentita comunque come un *minus* rispetto al regime accordato ai figli nati in costanza di matrimonio.²⁷

disp. prel. c.c. «nella parte in cui, con riferimento all'ipotesi che siano noti entrambi i genitori e manchi una legge nazionale comune, sancisce la prevalenza della legge nazionale del padre»).

²⁴ Sulla possibilità che anche le norme di conflitto perseguano un risultato materiale v. per tutti F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, 1984, vol. 188, spec. p. 350 ss.; P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985, p. 241 ss.

²⁵ Si veda P. PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 676 ss. e più in particolare *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, *ibidem*, 1997, p. 277 ss. (entrambi ripubblicati nel volume *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, rispettivamente p. 3 ss. e p. 303 ss.); v. anche A. DAVI, *Le questioni generali*, cit., p. 564 ss.

²⁶ Sul diverso modo di operare dei criteri di collegamento alternativi in materia di filiazione, e sulla necessità di predisporre soluzioni particolari anche in ordine a problemi di teoria generale, v. P. PICONE, *Le norme di conflitto alternative* cit., *passim*.

²⁷ Così tra i molti, F. MUNARI, *Art. 13*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218. Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato* (a cura di S. BARIATTI), in *Le nuove leggi civili e commentate*, 1996, p. 1034. Nel senso che il rinvio *in favorem* possa operare anche per realizzare una filiazione piena, v. G. CARELLA, G. PIZZOLANTE, *Il richiamo o rinvio al diritto straniero*, in F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. 1, Milano, 2011, p. 50. La dottrina si è piuttosto interrogata se il rinvio dovesse operare prima o dopo avere esaurito la serie dei criteri di collegamento alternativi offerti dalle singole norme. In altre parole, ci si è chiesto se fosse necessario dapprima esplorare se l'obiettivo del *favor filiationis* potesse essere realizzato ricorrendo alle

D'altro canto, non va dimenticato che negli ultimi anni il principio del *favor filiationis* ha subito un marcato ridimensionamento, ritenendosi oggi che esso non costituisca affatto un valore assoluto, ma debba essere ricercato alla luce del superiore interesse del minore e opportunamente bilanciato con il *favor veritatis*. Un attento bilanciamento di entrambi i valori è peraltro da più tempo stato sollecitato anche da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.²⁸

E' evidente dunque che, nonostante i menzionati elementi di modernità – quale appunto il ruolo centrale attribuito al figlio e il *favor* per l'accertamento della filiazione – le norme di diritto internazionale privato necessitavano di una rivisitazione profonda, al fine di trasporre anche su questo piano la mutata concezione quanto al vincolo di filiazione. Peraltro, sebbene la stessa Relazione menzioni la modifica della legge di diritto internazionale privato come uno dei punti qualificanti dello schema presentato al Governo e nonostante l'indubbia semplificazione che essa realizza, non tutte le soluzioni proposte paiono ugualmente convincenti.

Su di un piano generale va innanzitutto rilevato come il decreto legislativo si ponga in sostanziale continuità con il restante corpo normativo in cui le norme modificate vengono inserite, disponendo un più ampio ricorso al concorso alternativo di leggi dove prima vi erano criteri unici, modificando qua e là aggettivi che risultano non più pertinenti e nel complesso apportando piccole correzioni che realizzano l'obiettivo e ben si armonizzano con le restanti norme. Trattasi di un approccio senza dubbio apprezzabile poiché assicura la coerenza complessiva del sistema. Solo con riguardo all'introduzione dell'art. 36 *bis*, come vedremo, l'intervento normativo può dirsi del tutto nuovo, e forse non perfettamente in sintonia con la struttura della legge considerata nel suo complesso.

Nell'ottica ora descritta, ad esempio, deve leggersi la conferma del criterio della cittadinanza del figlio, cui però consegue che nessuno spazio è stato dato al più moderno criterio della residenza abituale. Questa scelta di fondo può invero generare qualche perplessità in ragione dei numerosi motivi che hanno condotto alla graduale perdita d'importanza del primo e del corrispondente affermarsi del secondo, soprattutto nell'ambito delle norme di cooperazione giudiziaria di fonte europea; essa può giustificarsi però alla luce delle considerazioni accennate e volte a garantire coerenza e armonia alla legge nel suo complesso. Oggi il criterio della nazionalità del figlio regge tutta la disciplina della filiazione, in sintonia con il fatto che il criterio della cittadinanza regola, in modo quasi esclusivo, l'intero ambito del diritto di famiglia.²⁹ Vedremo, peraltro, come la legge

norme materiali di ciascuno degli ordinamenti richiamati in via successiva dalla norma di conflitto (così ad es dapprima la legge nazionale del figlio e poi la legge nazionale del genitore che procede alla legittimazione) e solo nel caso in cui nessuna di queste fosse idonea a stabilire un rapporto di filiazione, sarebbe necessario procedere con l'art. 13 e verificare se tale risultato fosse realizzabile mediante il diritto richiamato dalla norma di conflitto straniera. In questo senso pare essersi espressa la dottrina maggioritaria (v. per tutti C. CAMPIGLIO, *La filiazione* cit., p. 741). Altra dottrina (v. VENTURI, *Sul c.d. rinvio in favorem nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1999, p. 529 ss.), invece, suggerisce il procedimento inverso e ritiene che il rinvio andrebbe fatto in relazione a ciascuna delle leggi richiamate dalla legge n. 218/1005 nell'ordine in cui esse sono disposte. Pertanto al criterio successivo dovrebbe passarsi solo dopo avere verificato che né la legge materiale richiamata dalla norma di conflitto straniera, né la legge straniera richiamata dalla norma di conflitto italiana consentano lo stabilimento della filiazione.

²⁸ V. anche MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 180-181. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 ottobre 1994 n. 1853591, caso *Kroon c. Paesi Bassi* con riguardo ai limiti posti all'azione di riconoscimento di paternità. v. anche MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 180-181. E' sempre il bilanciamento con il principio di verità, presupposto del diritto all'identità personale, la *ratio* sottostante la recente decisione 18 marzo 2013, n. 33783/09, *Godelli c. Italia* in relazione alla normativa italiana che consente alla madre di restare anonima al momento del parto. Tale decisione è stata occasione del recente *revirement* della Corte Cost. che, modificando la propria sentenza n. 425/2005, ha sancito l'illegittimità dell'art. 28, co. 7, L. n. 184/1983 «nella parte in cui non prevede... la possibilità per il giudice di interpellare, su richiesta del figlio, la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata» (v. sentenza 2013 n. 278).

²⁹ L'unico altro criterio cui si fa ricorso nell'ambito delle numerose norme sul diritto di famiglia è quello del luogo in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata. Questo criterio, oggi inoperante in relazione al matrimonio (art. 31) in seguito all'entrata in vigore del Regolamento 1259/2010 c.d. Roma III, trova applicazione in via sussidiaria, per il caso che non sia possibile fare ricorso al criterio della comune cittadinanza, in relazione ai rapporti personali e patrimoniali tra coniugi (artt. 29 e 30) e in relazione all'adozione di minori (art. 38; ma su questa norma v. anche *infra*).

predisponga un meccanismo idoneo a estendere i principi ispiratori della legge anche a coloro che, pur non essendo cittadini italiani, sono ivi residenti.

Anche con il nuovo testo permarranno, però, le medesime difficoltà già evidenziate in dottrina sotto l'attuale regime. In particolare, problemi possono sorgere nel caso di doppia cittadinanza (conflitti positivi), da risolversi con la precedenza accordata alla legge italiana ai sensi dell'art. 19, co. 2 legge n. 218, oppure con riguardo al c.d. circolo vizioso che può crearsi quando per determinare la legge applicabile allo stato di figlio di un minore occorre conoscere la cittadinanza, che a sua volta dipenda dall'esistenza di un valido rapporto di filiazione.³⁰ Parimenti immutati restano le difficoltà applicative originate dalla variabilità nel tempo della legge regolatrice. Poiché solo di rado la norma di conflitto fissa il momento in cui la cittadinanza va apprezzata, al cambiare della legge nazionale può mutare il regime dei rapporti tra genitori e figli o le condizioni per la filiazione.

Fermo restando il criterio di collegamento della cittadinanza, dunque, il nuovo **art. 33** appare certamente semplificato e di più immediata lettura della disposizione precedentemente in vigore. Rimosso il triplice regime di filiazione sul piano materiale, viene meno anche l'annoso dibattito quanto alla natura autonoma o integrativa della parte della norma di conflitto relativa allo status di figlio.³¹ Il nuovo art. 33, co. 1, dispone infatti molto più semplicemente che: «1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita».³² La norma è già completa ed autosufficiente di per sé e non necessita di ulteriori specificazioni e integrazioni. Il concorso alternativo di leggi, fino ad ora inserito in relazione alla sola filiazione legittima (v. art. 33, co. 2 testo previgente), è oggi integrato nella norma che determina la legge applicabile allo status di figlio, con il risultato di estendere il *favor filiationis* a tutti i figli.

Nonostante l'apparente pluralità di leggi suscettibili di venire in rilievo, però, la norma utilizza sempre il medesimo criterio di collegamento della cittadinanza, sebbene questa sia riferita a soggetti diversi. Con la conseguenza che l'astratta molteplicità delle leggi in concorso può in concreto ridursi all'applicazione della medesima legge materiale, e questa non realizzare il risultato voluto. Ciò avviene ad esempio nel caso, estremamente frequente, in cui i genitori abbiano la medesima nazionalità, che si comunica *iure filiationis* al figlio. Per fare fronte ad ipotesi di tal genere, la nuova disciplina dispone un ricorso estremo alla legge italiana.

Il co. 2 dell'art. 33 infatti precisa che la legge come sopra determinata regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento dello status di figlio, nonché della sua contestazione. Quando tuttavia questa legge non permetta l'accertamento (o la sua contestazione, in ottemperanza al principio del *favor veritatis*) dello stato di figlio, si applica la legge italiana. In altre parole, sia la necessità di un legame giuridico tra i genitori (i.e. i presupposti della filiazione) sia il regime in concreto applicabile (i.e. i suoi effetti) sono regolati, in un concorso successivo tra loro, dalla legge nazionale del figlio (che assume dunque un ruolo principale), da quella di ciascun genitore e, da ultimo, dalla legge italiana. Si osservi che il ricorso sussidiario alla legge italiana non è qui finalizzato a consentire il funzionamento in astratto della norma di conflitto, e dunque la determinazione della legge applicabile indipendentemente dal contenuto della stessa, ma a realizzare uno specifico risultato sul piano del diritto materiale.

³⁰ In merito a questi problemi si rinvia a CAMPIGLIO, in MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 178-179 che ritiene che questa «difficoltà» non configuri affatto un circolo vizioso, poiché la questione dell'attribuzione della cittadinanza è in genere risolta dagli stessi ordinamenti rilevanti.

³¹ E sulle quali si veda il rapido accenno *supra*, nota 21.

³² I commi successivi dispongono: «2. La legge individuata ai sensi del comma 1 regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio; qualora la legge così individuata non permetta l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio si applica la legge italiana. 3. Lo stato di figlio, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge; se tale legge non consente la contestazione si applica la legge italiana. 4. Sono di applicazione necessaria le norme del diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio.»

La legge come determinata dall'art. 33, commi 1 e 2, realizza certamente il principio del *favor filiationis* in modo più completo di quanto non avvenisse in passato. Ciò nonostante, e benché il ventaglio delle leggi in concorso sia oggi più ampio, la modifica non può dirsi costituire un punto di rilevante novità.

Il rinvio al diritto straniero non garantisce infatti l'applicazione del principio di eguaglianza giuridica in materia di filiazione. In altre parole, al figlio che sia nato fuori dal matrimonio è attribuito lo standard pieno di 'figlio' (ovvero, in concreto, il regime giuridico di cui godeva sino ad oggi il figlio legittimo) solo qualora questi, o uno dei suoi genitori, abbia la cittadinanza italiana o quella di altro Stato che abbia accolto il medesimo principio. Viceversa, quando la legge richiamata, pur attributiva di uno *status filiationis*, conosca una pluralità di regimi differenziati – come avveniva sino a ieri in Italia – tale obiettivo di diritto materiale non si realizza. La questione, come noto, si pone con particolare urgenza quando la legge regolatrice richiamata dalla norma di conflitto è quella di uno Stato musulmano, poiché tali Paesi non consentono in genere il riconoscimento dei figli naturali. Essa si pone tuttavia in egual misura nei confronti di altre legislazioni che, pur consentendone il riconoscimento, contemplino poi discipline differenziate.

Il perseguimento di quest'ulteriore obiettivo di diritto materiale è affidato al **comma 4 dell'art. 33**, che stabilisce esplicitamente che le norme italiane che sanciscono il principio dell'unicità dello status di figlio trovano necessaria applicazione. La norma costituisce dunque applicazione quasi testuale della delega legislativa³³ e completa il precedente principio del *favor filiationis* con quello dell'unicità di tale *status*.

La *ratio* della norma è evidentemente ben comprensibile e appare del tutto ragionevole alla luce degli obiettivi della legge. Tuttavia il suo funzionamento concreto solleva qualche problema interpretativo. Benché, infatti, la legge dichiari che «sono di applicazione necessaria le norme del diritto italiano» (corsivo aggiunto), pare opportuno interrogarsi se la qualifica di norma di applicazione necessaria sia appropriata e, nel caso, come operi questo meccanismo.

Secondo l'insegnamento tradizionale, le norme di applicazione necessaria costituiscono un limite preventivo all'operare delle norme di conflitto, che esclude completamente il richiamo della norma straniera. Questa particolare tipologia di norme, infatti, disconosce la presenza di elementi di estraneità nel caso di specie e regola quest'ultimo come se fosse un caso puramente interno, applicando la disciplina normativa indicata dal legislatore senza nemmeno accertare quale sarebbe in astratto la legge applicabile. Proprio per questa loro intrinseca inconciliabilità con il modo di operare delle norme di conflitto bilaterali, le norme di applicazione necessaria sono in genere annoverate tra i metodi alternativi all'uso del sistema conflittuale bilaterale.³⁴

Definire di applicazione necessaria «le norme di diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio» può dunque condurre a ritenere che si impongano all'interprete (tutte) le norme italiane che affermano e danno attuazione al principio dell'unicità di status di figlio. In altre parole, tutte le norme contenute nella legge n. 219/12 e nel decreto legislativo n. 154/13, che siano definizione o attuazione concreta del principio dello stato unico di figlio, potrebbero/dovrebbero essere qualificate come di necessaria applicazione, per definizione escludendo qualsiasi richiamo del diritto straniero. Alla luce di quest'interpretazione dell'espressione utilizzata dal legislatore dovrebbe ritenersi che, ogni qualvolta il diritto straniero richiamato conosca regimi di filiazione differenziati, debba farsi applicazione delle norme italiane, con particolare riguardo – oggi – a quelle contenute nel pacchetto normativo costituito dalla legge n. 219/12 e dal decreto legislativo n. 154/13.

³³ V. art. 2, co. 1, lett. m) della legge n. 219/2012, ai sensi della quale il Governo dovrà provvedere all'«adattamento e riordino dei criteri di cui agli articoli 33, 34, 35 e 39 della legge 31 maggio 1995, n.218 ...anche con la determinazione di eventuali norme di applicazione necessaria in attuazione del principio dell'unificazione dello stato di figlio».

³⁴ Sulla nozione di norme di applicazione necessaria sia consentito un richiamo storico, soprattutto con riguardo al diverso modo di operare delle stesse in relazione al limite dell'ordine pubblico (G. SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 469 ss.) e delle norme unilaterali (R. DE NOVA, *I conflitti di legge e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, in *Dir. int.*, 1959, I, p. 13 s.). In tempi più recenti v. A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1988.

Per quanto aderente al dato testuale, però, questa ricostruzione non pare del tutto convincente, ostandovi sia la struttura stessa dell'art. 33 nel suo insieme, sia i caratteri generali che ispirano la legge n. 218/95, recante norme di diritto internazionale privato, e la scarsa compatibilità di tale ricostruzione con questi ultimi.

Da un lato, infatti, è facile rilevare che in questo caso la norma di applicazione necessaria non configura affatto un limite *preventivo* al funzionamento delle norme di conflitto, posto che essa opera *successivamente* all'operare della stessa, ovvero solo dopo avere constatato che la norma di conflitto – quale definita nei comma 1 e 2 – non è idonea in concreto a raggiungere lo scopo di diritto materiale indicato dal legislatore al comma 4. Anzi, merita di essere sottolineato come l'art. 33 sia stato riccamente elaborato proprio allo scopo di consentire il richiamo del diritto straniero nel maggior numero di casi possibile.

Dall'altro, non può dimenticarsi, né andrebbe sottovalutata, l'apertura che caratterizza, sin dal suo sorgere, la legge n. 218/95, che risulta ispirata ad una forte cooperazione ed apertura con gli altri ordinamenti, e che dunque fa uso di norme di conflitto bilaterali che, in linea di principio, richiamano su base di perfetta parità il diritto straniero.³⁵

Sulla base di tali dati, si ritiene preferibile un'interpretazione della nozione di norma di applicazione necessaria che ne avvicini il modo di operare al tradizionale limite dell'ordine pubblico. In altre parole, il ricorso a tale categoria sarebbe espressivo solo della forte pregnanza dei principi materiali così tutelati, tali da imporne il rispetto anche quando la fattispecie sia regolata dal diritto straniero. Diversamente dall'interpretazione tradizionale, però, tali principi potrebbero essere realizzati anche per il tramite del diritto straniero.³⁶

In altre parole, il nuovo art. 33, co. 4 non avrebbe per effetto di rendere di applicazione necessaria *le norme* italiane sullo status unico di figlio, e cioè le norme sulla filiazione contenute nella qui commentata legge n. 219/12, quanto piuttosto quello di garantire la necessaria applicazione del *principio-base* che la informa. Di applicazione necessaria sarebbe dunque il solo già menzionato novello art. 315 c.c., affermando l'unicità del regime di filiazione, di cui tutte le altre costituiscono il necessario corollario e adattamento. Tale disposizione però, come visto, non ha un'immediata portata precettiva, avendo bisogno di essere integrata da altre disposizioni che le danno in concreto attuazione. In altre parole, più che di un precetto singolarmente e direttamente applicabile, si tratta qui di un principio generale, cui il legislatore attribuisce una portata tale da non potere essere derogato nemmeno quando la fattispecie sia soggetta a norme straniere.

Per rispettare l'apertura nei confronti degli altri ordinamenti giuridici che permea e caratterizza fin dal suo sorgere la legge n. 218/95, può suggerirsi allora di configurare come di applicazione necessaria il solo principio che sancisce l'uguaglianza del regime applicabile alle diverse tipologie di filiazione. Ciò però non conduce obbligatoriamente all'applicazione della legge italiana, ma piuttosto ad estendere a tutti i minori l'ambito di efficacia di altra legge straniera. Se dunque nell'ordinamento richiamato (quello di nazionalità del figlio o di uno dei genitori) sono rinvenibili regimi di filiazione differenziati, la necessaria applicazione del *principio* dell'unicità di figlio impone di estendere il regime della filiazione piena – e dunque in genere il regime riservato ai figli nati in costanza di matrimonio – a tutti i minori.

Non ci si nasconde che l'esegesi qui suggerita risulta in una forzatura del diritto straniero, che verrebbe applicato ad una fattispecie diversa (la filiazione naturale) da quella per la quale il legislatore ha pensato la norma (la filiazione legittima). Tuttavia, su un piano generale, pare che tale interpretazione consentirebbe di evitare il ricorso, forse eccessivo e sovrabbondante, alla categoria delle norme di necessaria applicazione, circostanza questa che avrebbe l'effetto di ignorare gli

³⁵ Tratto questo fortemente caratterizzante la legge n. 218/95 e messo in rilievo da tutti i commentatori della stessa. Per tutti v.

³⁶ Per questa concezione delle norme di applicazione necessaria v., tra i primi, T. TREVES, *Norme imperative e norme di applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980* in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 25 ss.; con specifico riguardo alla legge n. 218, v. dello stesso a., *Art. 17 (Norme di applicazione necessaria)*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 986 ss.; N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 243.

elementi di estraneità presenti nella fattispecie e dunque i suoi collegamenti con altri ordinamenti, mortificando l'afflato internazionalistico della legge n. 218; al contempo però avrebbe l'effetto di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali del minore come intesi non solo dalla legge n. 219, ma anche da numerosi atti internazionali.

4. (segue) dell'art. 35 sulla legge applicabile al riconoscimento di figlio e dell'art. 36 sui rapporti tra genitori e figli.

Modifiche di grado minore sono apportate dal decreto legislativo agli art. 34, 35 e 36 mentre, come vedremo, decisamente innovativo appare il nuovo art. 36 *bis*.

Non suscita sorprese infatti la formale abrogazione – disposta dall'art. 105 del decreto – **dell'art. 34**, relativo alla legge applicabile alla filiazione legittimata, poiché essa consegue logicamente alla soppressione del corrispondente istituto sul piano materiale. Non solo dunque la legittimazione non sarà più possibile per i minori di nazionalità italiana, e dunque l'attribuzione di paternità al figlio nato fuori dal matrimonio dovrà anche in tal caso avvenire solo a seguito di riconoscimento volontario o di accertamento giudiziale, ma l'istituto non troverà applicazione nemmeno con riguardo ai casi, sia pur scarsi, contemplati da altri ordinamenti.³⁷ In presenza di una legislazione di tal genere, l'art. 33, co. 4, sancisce il carattere di necessaria applicazione delle norme italiane, così che occorrerà dare applicazione alla legge straniera relativa alla filiazione legittima, secondo l'opinione qui suggerita, ovvero alla legge italiana, qualora si intenda il disposto normativo in senso letterale.

Modifiche minori interessano poi **l'art. 35**. In precedenza dedicato al riconoscimento di figlio naturale, con l'abrogazione dell'aggettivo «naturale» la norma viene oggi estesa al riconoscimento dello status di figlio. La struttura della norma viene in piccola parte modificata, così da adeguarla alla nuova formulazione dell'art. 33 che disciplina lo stato di figlio. Accanto ai due criteri che regolano il riconoscimento in via principale – ovvero quello della cittadinanza del figlio e quella della cittadinanza del genitore che effettua il riconoscimento – la novella introduce l'ulteriore criterio, sussidiario ai primi due, dell'applicazione della legge italiana per il caso in cui nessuna delle due consenta il riconoscimento.³⁸

Tale modifica realizza così il pieno parallelismo tra la norma base sulla legge applicabile alla filiazione *ex art. 33* e quella applicabile al riconoscimento *ex art. 35*. Circostanza invero apprezzabile perché allinea il regime dell'azione per il riconoscimento del figlio a quello dell'accertamento giudiziale della filiazione regolato dall'art. 33. Sotto la previgente disciplina, infatti, il tenore testuale delle due norme induceva a differenziare le due ipotesi e a ricomprendere nell'ambito dell'art. 35 solo l'atto volontario e unilaterale del genitore riconoscente. Solo in forza di considerazioni sistematiche orientate al *favor filiationis*, la dottrina più avveduta aveva concluso nel senso opposto e cioè che entrambe le forme di riconoscimento del figlio, volontario e giudizialmente dichiarata, fossero ricomprese nell'art. 35, dato che il concorso di leggi da questa contemplato aumenta le possibilità di successo dell'azione di riconoscimento.³⁹ La questione è oggi felicemente superata dall'allineamento dei criteri utilizzati dalle due norme. Accanto alla legge nazionale del figlio, infatti, l'azione di accertamento giudiziale della filiazione può essere esperita sulla base di una delle leggi nazionali dei genitori o, in subordine, della legge italiana.

³⁷ Così ad esempio suggeriva, a commento della sola legge delega e dunque prima della formale abrogazione dell'art. 34, M. MORETTI, in *La riforma della filiazione* cit., p. 131.

³⁸ L'art. 35, co. 1, oggi dispone: «Le condizioni per il riconoscimento del figlio sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita, o se più favorevole dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene; se tali leggi non prevedono il riconoscimento si applica la legge italiana». Il decreto non incide invece sui comma 2 e 3, relativi rispettivamente alla capacità e alla forma del riconoscimento, che restano pertanto integralmente confermati.

³⁹ Si veda la questione come delineata da G. CARELLA, *Art. 35*, in S. BARIATTI, cit., p. 1194-1195; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato* cit., p. 185. In senso diverso, invece, proponeva di colmare la 'lacuna' di cui al precedente art. 33, co. 1, aggiungendo «per analogia» il criterio della nazionalità del genitore di cui all'art. 33, co. 2, P. PICONE, *Le norme di conflitto alternative* cit., p. 339.

Residuano tuttavia piccole differenze nei due regimi. Innanzitutto, il parallelismo tra i criteri di collegamento utilizzati non è assoluto. Lo stato della filiazione può infatti essere accertato giudizialmente sulla base di *ciascuna* delle due leggi nazionali dei genitori, in via alternativa l'una all'altra, mentre – inevitabilmente – il riconoscimento è retto dalla legge nazionale del solo genitore che vi procede.

In secondo luogo, il momento temporale alla cui stregua valutare la cittadinanza del genitore è fissato in modo diverso nelle due norme. L'art. 33, co. 2, infatti, individua come momento rilevante ai fini della cittadinanza del figlio la nascita di costui, cristallizzando così la legge applicabile anche ad azioni esperite molto tempo dopo. L'art. 35, viceversa, stabilisce che il momento rilevante per determinare la cittadinanza del genitore è quello nel quale il riconoscimento è effettuato. Premesso che in entrambi i casi la legge nazionale del genitore viene in rilievo solo in via sussidiaria, per il caso in cui la legge nazionale del figlio non consenta l'accertamento del suo stato o il suo riconoscimento come tale, non è agevole stabilire le ragioni che hanno indotto il legislatore attuale a confermare la precedente scelta normativa di due diversi momenti.

Nel vigore delle disposizioni previgenti, infatti, la mobilità del criterio della cittadinanza, e dunque la sua variabilità nel tempo, era finalizzata a favorire lo *status filiationis*.⁴⁰ Questa, però, non può certo essere la *ratio* della disposizione attuale. La successiva legge nazionale del genitore, infatti, potrà essere più o meno favorevole all'accertamento della filiazione rispetto a quella avuta in precedenza ed è dunque del tutto neutra rispetto all'obiettivo perseguito dal legislatore. D'altra parte, se la legge nazionale goduta dal genitore al momento della nascita del figlio non consente il riconoscimento dello stesso, non occorrerà comunque attendere l'eventuale acquisizione di una successiva cittadinanza, poiché può comunque procedersi al riconoscimento applicando la legge italiana.

Volendo dunque attribuirsi un significato a tale disposizione – e non imputarla alla mera svista del legislatore che ha corretto solo la parte della norma ritenuta più rilevante, omettendo il resto – può suggerirsi che il diverso momento rilevante miri piuttosto a garantire l'effettività del collegamento tra un atto volontario del genitore e l'ordinamento con il quale questo è in quel momento maggiormente radicato.

Modifiche apparentemente solo terminologiche vengono poi apportate **all'art. 36**. La norma regola la legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli, assoggettandone la disciplina alla legge nazionale del figlio.

Già prima della presente riforma, l'art. 36 era stato salutato con favore perché realizzava una triplice unità nella disciplina del rapporto. Non solo infatti esso sottoponeva i rapporti tra genitori e figli ad una medesima legge regolatrice, quale che fosse il tipo di filiazione che dava vita alla relazione genitore-figlio, ma ne unificava la disciplina anche quanto ai soggetti coinvolti (padre, madre o altri ascendenti) e quanto al loro oggetto (essendo riferita sia ai rapporti patrimoniali che personali).⁴¹

La norma mantiene oggi la stessa struttura e immutato il criterio di collegamento costituito dalla nazionalità del figlio e ciò nonostante tale criterio, come già accennato, non appaia oggi del tutto convincente.⁴² In particolare, con specifico riguardo all'art. 36, il criterio della nazionalità condurrà a disarmonie e soluzioni difformi rispetto a quelle cui pervengono altri Stati. In particolare l'Italia non è (ancora) parte alla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, oggi in vigore tra

⁴⁰ G. CARELLA, *Art. 35 op. cit.*, p. 1195.

⁴¹ G. CARELLA, *Art. 36 op. cit.*, p. 1196

⁴² Alle osservazioni già riportate sopra quanto all'essere tale criterio ormai ampiamente sostituito da quello della residenza abituale, si aggiunga che, data la tenera età del soggetto di cui si tratta, la cittadinanza non appare esprimere un radicamento significativo quando sia quella di uno Stato diverso da quello di residenza abituale. Sotto tale punto di vista, infatti il criterio di residenza abituale, ovvero il luogo in cui il minore si trova stabilmente e dove intrattenga la sua vita di relazione, esprima un collegamento ben più effettivo. Sul punto v. ancora G. CARELLA, *Art 36, op. cit.*, p. 1197.

numerosi paesi.⁴³ Quest'ultima, come noto, dispone l'applicazione della *lex fori* (art. 15) – che, per il combinato disposto con le norme in materia di giurisdizione, per lo più coinciderà con lo Stato di residenza abituale del minore – oppure direttamente la legge del luogo di residenza abituale del minore (art. 16). A causa dell'opposto criterio utilizzato dalla norma nazionale, dunque, i casi relativi a minori portati di fronte al giudice italiano andranno incontro a soluzioni difformi rispetto a quelle che riceveranno in altri fori europei. Evidentemente il rischio di soluzioni difformi è evitabile con l'adesione alla Convenzione dell'Aia.⁴⁴ Tuttavia, in attesa che si sciolgano i dubbi relativi all'accoglimento di minori dati in affidamento con l'istituto della *kafalah* – assertivamente la ragione alla base della posizione attendista dell'Italia – la convergenza verso il medesimo criterio della residenza abituale avrebbe alleviato le conseguenze del perdurante ritardo italiano all'adesione a tale strumento.

Cambia invece, almeno apparentemente, l'ambito di applicazione della norma. Questa oggi regola tutti i rapporti personali e patrimoniali, «compresa la potestà dei genitori». In linea con i principi della riforma, il decreto legislativo ha sostituito quest'ultima espressione con il riferimento alla «responsabilità genitoriale».

Non occorre dilungarsi troppo su tale nozione, ampiamente nota agli studiosi del diritto internazionale privato europeo. Secondo i *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibility* della CEFL la perifrasi, necessariamente ampia e indefinita, ricomprende, «a collection of rights and duties aimed at promoting and safeguarding the welfare of the child. [it] encompass in particular: a) care, protection and education; b) maintenance of personal relationships; d) determination of residence; d) administration of property; and e) legal representation».⁴⁵

L'uso della medesima terminologia dovrebbe indurre l'interprete a tendere verso un progressivo allineamento con l'equivalente disposizione contenuta nel regolamento Bruxelles II *bis*, quale interpretata dalla Corte di giustizia UE. In proposito, però, deve essere segnalato come l'ambito di applicazione della norma sia più ampio di quello del Regolamento, poiché esso comprende anche, ad esempio, il diritto al nome del figlio (escluso invece dal Reg.).

L'ambito di applicazione dell'art. 36 è comunque fortemente compresso dalla disciplina internazionale e nazionale. Sul piano nazionale, innanzitutto, si rammenta che la responsabilità genitoriale può essere sussunta sia sotto la norma regolatrice dei rapporti personali tra genitori e figli (art. 36), sia sotto quella relativa alla protezione dei minori (art. 42). Le difficoltà di qualificazione così originate sono in parte superate dal fatto che tale ultima norma richiama «in ogni caso» la Convenzione dell'Aia del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori.⁴⁶ E' dunque a quest'ultimo atto che deve farsi ricorso in via principale, mentre l'art. 36 si applica nei casi residuali.

⁴³ Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori. Fin dal 2008, infatti il Consiglio ha autorizzato (e dunque anche sollecitato) gli Stati membri della Ue a ratificare tale importante strumento per la tutela dei minori (v. decisione 2008/431/CE del 5 giugno 2008). Ad oggi 38 Stati l'hanno ratificata e dopo la ratifica della Gran Bretagna e della Svezia avvenuta nel novembre del 2012, tra i paesi UE mancano solo l'Italia e il Belgio, che l'hanno solo firmata. Per la maggior parte dei paesi UE la Convenzione è in vigore dal 25 novembre 2012.

⁴⁴ Il 17 settembre 2013 il Governo ha presentato il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Aja. L'atto (C 1589) è adesso all'esame delle Commissioni Giustizia e Esteri della Camera. L'art. 9 di tale disegno di legge reca modifica anche all'art. 42 della legge n. 218, disponendo che l'attuale rinvio alla Convenzione dell'Aja del 1961 sia sostituito con quello alla Convenzione del 1996.

⁴⁵ Così *Principle 3:1 dei Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibility* (2009), consultabili sul sito della CEFL <http://ceflonline.net/principles/>. Per un commento v. K. BOELE-WOELKY, T. SVERDRUP (eds) *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp, Oxford, Portland, 2011, p. 63 ss. Sulla nozione di responsabilità genitoriale si veda supra, il commento di M. VELLETTI in questo volume.

⁴⁶ Si ricordi che il disegno di legge per l'autorizzazione alla ratifica della convenzione dell'Aia del 1996 (v. supra, nota 44), contiene altresì la proposta di modifica dell'art. 42 al fine di sostituire il rinvio alla Convenzione del 1961 con quella la successiva convenzione del 1996.

Anche per quanto riguarda i rapporti patrimoniali resta poco spazio di applicazione. L'art. 36 è oggi in gran parte derogata dal Regolamento n. 4/2009 sugli obblighi alimentari,⁴⁷ che rinvia per la determinazione della legge applicabile al Protocollo dell'Aia del 23 novembre 1997. L'efficacia universale delle norme di conflitto indicate in quest'ultimo atto, in vigore dal 1° agosto 2013, comporta la loro prevalenza in ogni caso sulle norme di conflitto nazionali. Di fatto, per quanto riguarda gli aspetti patrimoniali, l'art. 36 si applicherà solo al diritto all'usufrutto legale dei genitori sui beni del figlio.

La Commissione d'esperti incaricata dei lavori pare invece essersi dimenticata di introdurre una disposizione volta ad adattare l'art. 39, in tema di rapporti tra adottando e adottato. Sebbene la norma fosse menzionata in modo esplicito nella legge delega tra quelle che dovevano essere oggetto di «adattamento e riordino», nello schema di decreto presentato alle Camere – e dunque nel decreto finale – manca qualsiasi riferimento sul punto.

La disposizione attualmente in vigore stabilisce che i rapporti personali tra genitori e figlio sono regolati dalla legge nazionale degli adottanti, se comune, o, in subordine, dalla legge dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata. Il criterio così adottato riprende quello individuato per il sorgere del vincolo adottivo, quale indicato dall'art. 38, e realizza così l'unitarietà della disciplina tra i presupposti e le condizioni per l'adozione, da un lato, e le sue conseguenze nei rapporti tra genitori e figlio adottivo, dall'altro.

Il parallelismo tra momento genetico e rapporti familiari così instaurato conduce tuttavia ed evidentemente ad un conflitto con il principio dell'unicità di figlio, posto che anche per il figlio adottivo vale il principio, posto a fondamento della legge n. 219/12 e già ampiamente illustrato, che esso è figlio e basta. Il trattamento a quest'ultimo riservato dall'art. 39 è anzi doppiamente discriminatorio, non solo perché differenziato rispetto al regime generale di cui all'art. 36, ma anche perché il criterio di collegamento in concreto adottato non è più quello della nazionalità del figlio, ma quello della nazionalità (o in subordine della residenza abituale) dei genitori adottivi, in palese contrasto con il principio della sua centralità e preminenza.

Tali rilievi, già sollevati in passato,⁴⁸ avevano indotto certa dottrina a ritenere che l'art. 39 avesse un ambito di applicazione ben più limitato di quanto non risultasse dal suo titolo, essendo in effetti riferito alla sola adozione non legittimante, ovvero quella di maggiorenni o di minori in casi speciali. Già in passato, infatti, si era ritenuto che alla piena equiparazione sul piano del diritto materiale tra figlio adottivo e figlio legittimo dovesse corrispondere sul piano del diritto internazionale privato che i rapporti derivanti dall'adozione legittimante fossero regolati dall'art. 36 (rapporti tra genitori e figli)⁴⁹ o comunque dalla legge italiana ai sensi dell'art. 38, co. 2.⁵⁰

L'interpretazione così riferita non era però da tutti condivisa, ritenendosi viceversa incompatibile con il tenore letterale della norma ogni distinzione tra adozione legittimante e non legittimante.⁵¹ Privilegiando un'interpretazione testuale e sistematica dell'art. 39, si attribuisce così maggior peso all'assenza di ogni riferimento esplicito ad una diversa disciplina per l'adozione di maggiorenne – altrove viceversa esplicitamente contemplata (cfr. l'art. 38, co. 2) – e al fatto che la

⁴⁷ Regolamento (CE) n. 4/2009 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. Sul Reg. vedi, tra i molti VILLATA F., *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009*, in *Riv. Dir. Internaz.* 2011, 03, p. 731 ss.; M.C. BARUFFI, R. CAFARI PANICO (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Padova, 2009 (contributi di F. POCAR, A. BORRAS, R. ESPINOSA CALBUIG, I. VIARENGO, M.C. BARUFFI). Sul Protocollo del 1997 si veda: A. MALATESTA, *La Convenzione e il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 829 ss.

⁴⁸ In questo senso, v. già all'indomani della formulazione della norma, M. FRANCHI, *Art. 39*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 1220-1221.

⁴⁹ Così M. FRANCHI, *op. ult. cit.*; A. DAVI, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, I, *Conflitti di legge*, Milano, 1981, p. 000.

⁵⁰ Così A. BONOMI, *La disciplina dell'adozione internazionale dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 355. ss. e G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, Bari, 2008, p. 126-128.

⁵¹ In tal senso v. C. CAMPIGLIO, F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, 3 ed., Torino, 2011, p. 222.

norma ha riguardo i rapporti con la «famiglia» adottiva, per concludere che l'articolo si applica ai rapporti tra genitore e figlio sorti da qualsivoglia rapporto adottivo.

A fronte di una ricostruzione ancora incerta della portata della norma, stupisce che la riforma abbia perso l'occasione per un chiarimento. Non vi è dubbio infatti che un'interpretazione testuale della norma, quale quella da ultima riferita e tale da assoggettare i rapporti tra figlio adottivo e genitori adottivi alla legge nazionale o alla residenza abituale di quest'ultimi, sarebbe in contrasto con i principi ispiratori della riforma, integrando, per le ragioni già dette, una discriminazione tra il figlio adottivo e gli altri figli.

Sul piano interpretativo, pertanto, la scelta del legislatore di non intervenire sull'art. 39 deve essere intesa come una tacita conferma dell'interpretazione sopra riferita secondo cui tale norma sia in verità – già oggi – applicabile alla sola adozione di maggiorenne o in casi speciali. In altre parole, l'art. 39 sarebbe relativo solo a quelle forme di adozione che non attribuiscono uno stato di figlio legittimo. Quando infatti dall'adozione sorga un rapporto di filiazione piena, il contenuto di tale rapporto è regolato – in conformità al principio dell'unico regime di filiazione – da un'unica disciplina di conflitto individuata dall'art. 36.

Resta peraltro ferma l'osservazione che un esplicito chiarimento normativo avrebbe potuto evitare fraintendimenti ed ambiguità, a fronte di una norma che se interpretata testualmente appare oggi, ancor più di quanto non avveniva in passato, in contrasto con i valori fondanti del diritto materiale italiano.

5. L'introduzione del nuovo art. 36 bis. Il principio di condivisione della responsabilità genitoriale e il dovere di mantenere i figli come norme di applicazione necessaria.

La maggiore novità che il decreto legislativo introduce sul piano delle norme di conflitto è costituita tuttavia dall'introduzione dell'**art. 36 bis**, avente un oggetto completamente nuovo. Scopo della norma è quello di individuare i principi ritenuti fondamentali e inderogabili del nuovo diritto dei minori e garantirne comunque l'applicazione, quale che sia il richiamo ad altra legge effettuato dalle norme di conflitto nazionali.

L'art. 36 bis infatti dichiara che: «1. Nonostante il richiamo ad altra legge, si applicano in ogni caso le norme del diritto italiano che: a) attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale; b) stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio; c) attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio».

Come si vede, dunque, viene introdotta una norma di chiusura che riprende alcune delle disposizioni introdotte nel codice civile dallo stesso decreto legislativo, segnatamente gli artt. 316 e 317 c.c. per quanto riguarda il principio di responsabilità condivisa, e l'art. 316 bis c.c. per quanto riguarda il contenuto dell'obbligo di mantenimento. Di tali principi viene ribadita l'imperatività e ne viene prescritta l'applicazione in qualsiasi caso, anche quando la fattispecie sia soggetta al diritto straniero in base alle norme di conflitto appena modificate.

Nonostante la chiarezza di intenti che la contraddistingue, la norma genera perplessità sotto numerosi profili.

Pare così di dover innanzitutto rilevare come i differenti principi tutelati dalla norma, benché ora applicabili in modo inequivocabile a tutti i figli, non siano certo la conseguenza dell'attuale modifica legislativa, essendo per lo più tutti già presenti nella disciplina materiale attualmente in vigore, sebbene talvolta senza un adeguato rigore sistematico e regolati in modo meno chiaro di quanto non avvenga per effetto della futura normativa.

La lett. a) e la lett. b) dell'art. 36 bis, ad esempio, dichiarano di applicazione necessaria le norme italiane che stabiliscono il principio della c.d. condivisione della responsabilità genitoriale e che ne definiscono il contenuto, anche dal punto di vista patrimoniale. Tale principio era peraltro stato recepito massicciamente nella legge n. 54/2006 che, come noto, ha introdotto nell'ordinamento italiano i due principi fondamentali della bigenitorialità – ovvero il diritto dei figli a mantenere un rapporto con entrambi i genitori – e quello della condivisione della responsabilità

genitoriale, che implica l'esercizio condiviso di quell'insieme di diritti e doveri in cui si sostanzia la responsabilità verso un figlio.⁵² Sotto questo profilo, dunque, la legge n. 1219/2013 si limita a generalizzare principi già positivamente affermati, equiparando – in modo pieno e anche a questo riguardo – i figli nati in costanza e al di fuori del matrimonio.

Come accennato sopra, nell'ambito della legge sullo stato unico di figlio il principio trova compiuta formulazione nei novellati articoli 316, 317, e 316 *bis* c.c. La nuova normativa è infatti ispirata a un principio di rigorosa compartecipazione della responsabilità genitoriale, stabilendo che questa «è esercitata di comune accordo, tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio». L'art. 316 c.c., poi, espressamente dispone che «i genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore», circostanza questa che assume particolare rilievo sul piano della cooperazione giudiziaria internazionale, poiché quest'ultima è generalmente assunta come criterio per determinare sia il giudice competente sia la legge applicabile a quasi tutte le questioni relative al rapporto di filiazione.⁵³ Il quarto comma della stessa norma, infine, esplicita – ma non ve ne sarebbe bisogno – che nel caso di minore nato fuori dal matrimonio e riconosciuto da entrambi i genitori «l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi», precisando anche che il genitore che non ha la custodia del figlio, e dunque non esercita in concreto la responsabilità genitoriale, è tenuto comunque a ottemperare ai suoi doveri parentali, esercitando un generale compito di vigilanza sull'istruzione, l'educazione e le condizioni di vita del figlio.⁵⁴

Pacifico nel nostro ordinamento, questo principio non trova però unanime accoglimento negli altri Stati. Anche limitando l'analisi al solo contesto europeo, si osserva come siano numerosi gli Stati che prevedono una disciplina differenziata con riguardo ai diritti parentali del padre non coniugato. Sebbene infatti il principio della comune responsabilità parentale sia nozione ampiamente diffusa e condivisa con riguardo alla filiazione legittima, in relazione alla filiazione naturale si ritiene giustificata una diversa disciplina, che attribuisca la responsabilità parentale in via prioritaria alla madre. Il padre naturale non ha dunque un diritto parentale automatico ed *ex lege*, ma l'acquista in un momento successivo e derivato, a seguito di una dichiarazione congiunta resa al momento del parto, di un accordo con la madre, o eventualmente di un provvedimento del giudice, quando quest'ultima si rifiuti in modo illegittimo.⁵⁵

⁵² Sulla legge n. 54/2006, sul principio di bi-genitorialità e sul suo presupposto della condivisione della responsabilità genitoriale, tra i molti, v. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, 2 ed, Padova, 2007; M. DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e diritti dei minori: Legge 8 febbraio 2006, n. 54*, Torino, 2008; e da ultimo M.V. BELLO, *Affidamento condiviso e interesse del minore*, Città del Vaticano, 2012.

⁵³ Si osservi però la diversa formulazione dell'art. 2, co. 9, del Reg. n. 2201/2003, ai sensi del quale la nozione di «diritto di affidamento» esprime «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*» (corsivo aggiunto). Ciò significa, sul piano meramente terminologico, che il contenuto di ciò che nel nostro ordinamento costituisce “responsabilità genitoriale” corrisponde a ciò che, nel sistema Bruxelles II, costituisce “diritto di affidamento”. Nel sistema Bruxelles II bis invece la nozione di responsabilità genitoriale indica «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» (art. 2, lett. 7 Reg. Bruxelles II bis).

⁵⁴ Nessuna delle due disposizioni costituisce invero una novità, essendo entrambe oggi contenute nell'art. 317 *bis* c.c., introdotto già nel 1975 con la riforma del diritto di famiglia. In ottemperanza a quel disegno di riorganizzazione sistematica cui si è accennato prima, lo schema di decreto si è dunque limitato a spostarne la disciplina nell'ambito della disciplina unica della responsabilità genitoriale.

⁵⁵ Si veda ad es. il rapporto preparato da N. LOWE, *A Study Into The Rights And Legal Status Of Children Being Brought Up In Various Forms Of Marital Or Non-Marital Partnerships And Cohabitation* per il CEFL (disponibile anche http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FA%202008_%205%20E%2025%2009%2009.pdf), secondo il quale al padre non coniugato non è titolare *ex lege* di pieni diritti parentali alla stessa stregua della madre nei seguenti Stati: Austria, Danimarca, Inghilterra, Finlandia, Germania, Irlanda, Paesi Bassi, Norvegia, Portogallo, Svezia e Svizzera. (*op. ult. cit.*, p. 15). Ulteriori informazioni sulla legislazione in materia di responsabilità parentali dei diversi Stati membri sono reperibili al sito della CEFL (Commission on European Family Law) <http://ceflonline.net/parental-responsibility-reports-by-jurisdiction/>

Il tema è delicato e non è questa la sede per ripercorrere le molteplici ragioni addotte dai legislatori dei diversi Stati europei – talvolta confermate dalle Corte supreme⁵⁶ – per differenziare la responsabilità parentale dei figli nati fuori dal matrimonio, attribuendo i relativi diritti solo alla madre. Tale opzione legislativa si giustifica in considerazione della estrema varietà della situazione sentimentale dei genitori di un minore nato al di fuori di un legame formalizzato in matrimonio. Se in molti casi (forse oggi la maggioranza) si tratta di una precisa scelta, che non incide su di un legame comunque saldo tra i genitori, espressione di una reale comunanza di vita, è innegabile che altre volte la nascita di un minore fuori da un vincolo tra i genitori sia espressione di una situazione di massima incertezza e precarietà del rapporto tra i genitori, tra i quali non esiste alcuna comunanza di vita, quando non addirittura esprime fatti di rilevanza penale.⁵⁷

A fronte di situazioni tanto diverse tra loro, si ritiene che il superiore interesse del minore sia meglio tutelato attribuendo la responsabilità genitoriale *in primis* alla madre, che è in genere l'adulto che se ne prende cura nei primi anni, facendo poi salvo il diritto del padre di vedersi riconosciuto una titolarità analoga a seguito di una valutazione compiuta dalla madre stessa, o dal giudice.

Nonostante la trattazione inevitabilmente sintetica fornita in questa sede di una questione tanto delicata, pare necessario evidenziare come sia la Corte europea dei diritti dell'uomo,⁵⁸ sia la Corte di giustizia UE,⁵⁹ abbiano ritenuto che legislazioni di questo genere siano pienamente legittime e non configurino una violazione del diritto al rispetto della vita privata del padre, né del superiore interesse del minore a intrattenere rapporti con entrambi i genitori.

⁵⁶ Oltre alla Corte supreme europee citate alle note successive, si veda la posizione della Corte Cost. ted., 29 gennaio 2003, in *NJW*, 2003, p. 955 ss. anche essa nel senso della legittimità di trattamenti differenziati.

⁵⁷ L'ipotesi è quella di minori nati in conseguenza di stupri.

⁵⁸ La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tale ambito appare abbastanza consolidata. Dopo avere accertato che tra gli Stati membri non vi è unanimità relativamente alla questione se il padre naturale abbia diritti parentali sul figlio (incluso il diritto all'affidamento) senza il consenso della madre, la Corte riconosce che vi sia una «objective and reasonable justification for the difference in treatment between married and unmarried fathers with regard to the automatic acquisition of parental rights». La Corte europea accetta la posizione, già accennata nel testo, secondo cui «These [difference in treatment] rely on the very different relationship between unmarried fathers and their children, going from ignorance and indifference to a close stable relationship «indistinguishable from the conventional family based unit» (v. ordinanza, 14 settembre 1999, n. 39067/97, *Balbotin v. United Kingdom*; per ulteriori ragioni che la Corte ha ritenuto giustificato il diverso trattamento del padre naturale da quello legittimo si veda anche la sentenza *Zaunegger* cit., § 53-56). La Corte rileva però esservi una base comune nel fatto che « in the event of a conflict between the parents such attribution should be subject to scrutiny by the national courts». Pertanto, nella misura in cui il padre possa sollecitare il controllo giurisdizionale sull'attribuzione dei propri diritti di responsabilità parentale «a different treatment among parent is objectively justifiable and internal legislation conferring parental rights only to the mother is fully legitimate». (Così Corte Cedu, 3 December 2009, No 22028/04, *Zaunegger v. Germany*, § 60; e nello stesso senso, 2 settembre 2003, *Guichard c. France*, p. 10; 3 febbraio 2011 No 35637/03, *Sporer v. Austria*).

⁵⁹ Anche la Corte di giustizia UE, nella sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, *J. McB*, in relazione ad un caso relativo all'applicazione del Regolamento n. 2201/2003, in cui una madre naturale irlandese ha condotto in Inghilterra i propri figli senza il consenso del padre naturale, ha ritenuto che la circostanza che il diritto irlandese non attribuisca *ex lege* il diritto di affidamento (*i.e.*, nella terminologia del legislatore nazionale, la responsabilità genitoriale) al padre naturale non configura violazione del diritto alla vita privata tutelato dall'art. 7 della Carta UE sui diritti fondamentali, purché il padre abbia la possibilità di rivolgersi ad un giudice per ottenere giudizialmente il riconoscimento di tale diritto (par. 55-58). Con riguardo poi all'art. 24 Carta diritti UE e al superiore interesse del minore che esso tutela, si afferma che tale disposizione non osta a che «il diritto di affidamento sia conferito, in linea di principio, esclusivamente alla madre e che al padre naturale possa essere riconosciuto un diritto di affidamento solo in forza di una decisione giudiziaria». Si è infatti valutato che «un tale assetto permette ... al giudice nazionale competente di prendere una decisione sull'affidamento del minore e sul diritto di visita alla luce di tutti i dati pertinenti, quali ha menzionato il giudice del rinvio, segnatamente, le circostanze della nascita del minore, la natura del rapporto tra i genitori e del rapporto tra ciascun genitore e il bambino nonché l'attitudine di ciascun genitore ad assumere l'onere dell'affidamento. Prendere in considerazione tali dati vale a tutelare l'interesse superiore del minore, conformemente all'art. 24, n. 2, della Carta» (punto 62). Il caso è molto simile a quello *Guichard c. France* (v. nota precedente) già deciso dalla Corte europea in relazione al trasferimento in Canada di un minore, figlio naturale di una coppia franco-canadese. La Corte europea ha ritenuto non vi fosse sottrazione internazionale perché il padre non era titolare del diritto di responsabilità genitoriale.

Il legislatore italiano ha evidentemente scelto di equiparare il figlio nato fuori da un matrimonio con quello nato nel corso dello stesso anche sotto tale profilo. Per quanto questa scelta sia legittima con riferimento alle fattispecie assoggettate dal diritto italiano (e dunque, in prima approssimazione, in relazione ad un minore cittadino italiano), alla luce del quadro normativo appena descritto e soprattutto della posizione delle Supreme Corti europee, suscita evidenti perplessità il fatto di imporre tale scelta anche a fattispecie che siano soggette al diritto straniero e che siano destinate a trovare pieno compimento (anche) fuori dal nostro ordinamento. E' facile prevedere, infatti, che l'applicazione del principio necessaria della condivisione della responsabilità genitoriale condurrà a problemi di coordinamento, generando situazioni di non uniformità in un ambito, quello dei rapporti familiari, dove ciò andrebbe massimamente evitato.

Sul fronte degli obblighi di mantenimento, l'art. 316 *bis* c.c., nel ribadire un principio universale secondo cui ciascun genitore adempie ai propri obblighi «in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo», prosegue nell'opera di equiparazione tra figli e estende a tutti questi, con un testo quasi letteralmente identico, una disposizione codificata finora in relazione ai soli figli legittimi e rilevasi di grande efficacia (v. art. 148 c.c.). D'altra parte, va messo in rilievo come la giurisprudenza avesse già esteso in via interpretativa detta disposizione a tutti i figli minori.⁶⁰ Ai sensi di tale norma, nel caso di inadempimento all'obbligo degli alimenti, chiunque vi abbia interesse può ottenere dal presidente del tribunale un decreto che ordini che una quota dei redditi dell'obbligato sia versata direttamente all'altro genitore o a chiunque sopporti le spese di mantenimento del figlio. Si tratta di un procedimento speciale, a cognizione sommaria, che termina con un decreto provvisoriamente esecutivo. Per effetto del nuovo art. 36 *bis*, lett. b) Legge n. 218/95, tale disposizione dovrà oggi essere applicata anche quando il regime dei rapporti tra genitore e figlio è regolato da una legge straniera che non preveda questa particolare forma di tutela.

Infine, il nuovo art. 36 *bis*, lett. c) Legge n. 218/95 rende di necessaria applicazione gli articoli 330 e 333 c.c., che dispongono che in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio il giudice adotti provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale.⁶¹ In particolare l'art. 333 c.c. dispone che quando uno dei genitori tenga una condotta pregiudizievole al figlio, il giudice possa adottare qualsiasi provvedimento ritenuto conveniente a salvaguardare l'interesse, la serenità o l'integrità del minore. La discrezionalità del giudice nel valutare quale provvedimento sia più opportuno è massima: egli può evidentemente incidere in vario modo sull'affidamento e sul diritto di visita del minore, giungendo fino a disporre l'allontanamento del genitore dalla residenza familiare. La norma si applicherà quando il giudice italiano abbia giurisdizione piena (e dunque in relazione al minore abitualmente residente in Italia), o quando questi pronunci in via cautelare in relazione ad un minore qui presente.

⁶⁰ Vedi *supra*, nota 12.

⁶¹ Il menzionato art. 330 c.c., ritoccato dalla riforma solo sul piano terminologico, recita: «(Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli) - Il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale, quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio. «In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore».

L'art. 333 c.c., invece, dispone: «(Condotta del genitore pregiudizievole ai figli) - Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'articolo 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore.

«Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento.» Merita di essere rammentato che, per effetto della modifica dell'art 38 disp. att. c.c., la competenza ad adottare i provvedimenti ex art. 333 è oggi del giudice ordinario, anche nei confronti del figlio nato da coppia non sposata. Sui problemi relativi a tale trasferimento di competenza, e sull'eventuale estensione in via interpretativa anche ai provvedimenti *de potestate* ex art. 330 c.c., v. la dottrina citata *supra*, nota 6.

Come può constatarsi, dunque, il combinato disposto delle nuove norme di conflitto attribuisce alla disciplina italiana un ambito di applicazione molto ampio, tanto da chiedersi se esso non sia quasi eccessivo.

Già con riguardo alle modifiche apportate all'art. 33, co. 4, si erano manifestate perplessità in ordine ad un ricorso troppo ampio alla categoria delle norme di applicazione necessaria. Si è in quella sede proposta una correzione in via interpretativa del riferimento testuale alla «necessaria applicazione delle norme ... che sanciscono lo status unico di figlio». Il principio dell'unicità dello status di figlio, pur divenuto fondamentale per il nostro ordinamento, appare realizzabile anche tramite il richiamo del diritto straniero, che verrebbe così applicato direttamente quando espressione della stessa politica materiale, o con un suo opportuno adattamento in altri casi.

Al medesimo approccio conviene ora ricorrere in relazione ai tre casi menzionati dall'art. 36 *bis*. E' evidente infatti che un'interpretazione tradizionale e testuale della nozione di norme di applicazione necessaria, che conduca all'applicazione a priori della normativa italiana per ciascuno dei punti menzionati dalla norma, avrebbe l'effetto di svuotare completamente la portata della norma sui rapporti tra genitori e figli. Poiché tale non poteva essere l'intenzione del legislatore, che ha nella stessa occasione provveduto a modificare e a mantenere in vigore l'art. 36, converrà nei limiti del possibile cercare di applicare il diritto straniero, eventualmente 'adattandolo' ai principi fondamentali formulati nell'art. 36 *bis* ma salvandone l'applicazione per tutti gli ulteriori profili.

Anche con tali correttivi, però, è dubbia la necessità di fare ricorso in modo tanto massiccio alla categoria delle norme di applicazione necessaria. Da un lato, infatti, va ricordato come – prima di oggi – la legge n. 218/95 non contenesse alcuna norma specificamente dichiarata di applicazione necessaria.⁶² Anche materie in cui la legislazione interna era stata ritenuta in passato altamente qualificante e connaturata da esigenze imperative – dibattito simile si ebbe nei primi anni 70 in occasione della legislazione laburista, e successivamente in relazione alle norme sul divorzio – sono oggi pacificamente regolate ricorrendo a norme di conflitto, eventualmente di carattere materiale. E' oggi fortemente opinabile la necessità di un'applicazione 'esorbitante' di un ambito normativo tanto esteso, in evidente contrasto con le caratteristiche di fondo della legge nella quale le norme sono inserite.⁶³

A tali considerazioni sistematiche, poi, se ne aggiungono altre, specifiche alla materia qui trattata. Deve infatti essere sottolineata la circostanza che, quanto meno in ambito europeo, i principi dei quali si vuole garantire il rispetto mediante l'applicazione necessaria del diritto italiano non sono certo sconosciuti agli altri Stati europei. Come accennato sopra, infatti, l'Italia è l'ultimo paese a dare attuazione in modo pieno al principio di parità tra figli e le differenti legislazioni europee, pur nelle diversità di disciplina, sono tutte ispirate ai principi volti a garantire il pari trattamento tra figli, il diritto dei figli ad intrattenere rapporti con entrambi i genitori e a quello di fare prevalere sempre il superiore interesse del minore. In un quadro normativo sostanzialmente uniforme quanto ai principi ispiratori pare distonico e fuori luogo l'approccio seguito dal legislatore italiano di ritenere la legge italiana *l'unica* suscettibile di venire in considerazione.

Posizioni differenziate si registrano, invece, in relazione alla responsabilità parentale *ex lege* del padre non coniugato. Tuttavia anche a tale riguardo, genera perplessità un approccio che impone

⁶² E' invero inusuale, benché non impossibile, che la definizione di norma di applicazione necessaria sia fatta dal legislatore. Più frequentemente infatti è l'interprete, *in primis* il giudice, a rilevare tale carattere nell'ambito di uno specifico caso concreto. Non è la prima volta, tuttavia, che il legislatore italiano dichiara esplicitamente che una norma è di applicazione necessaria. Se ne veda un esempio recente, per quanto particolare, nel decreto del Ministero delle politiche agricole del 19 ottobre 2012 n. 199. La norma costituisce attuazione di altra disposizione legislativa che stabilisce condizioni di forma e di contenuto per i contratti che abbiano ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e alimentari tra soggetti che operano in ambito professionale. Essa dichiara pertanto (v. art. 1) che queste sono di applicazione necessaria per tutti i contratti la cui consegna deve avvenire su territorio italiano. Se ne veda la menzione in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 236.

⁶³ Solo con riguardo alla disciplina dell'adozione, la legge n. 218/95 stabilisce un'applicazione unilaterale del diritto materiale italiano. L'art. 38, co. 1, in fine, dispone infatti che «si applica il diritto italiano quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio legittimo».

la propria concezione dei rapporti tra genitori e figli anche a rapporti altrimenti soggetti ad una legge straniera. Rammentando, poi, che un valido diritto di affidamento è pre-condizione perché il trasferimento di un minore in un altro Stato sia qualificato come sottrazione internazionale, si rafforzano i dubbi quanto al fatto che siano state adeguatamente valutate tutte le implicazioni della presente norma di applicazione necessaria di cui all'art. 36 *bis*, lett. a).

In conclusione, dunque, benché sia evidente che il nuovo art. 36 *bis* non sia destinato ad operare solo nei riguardi dei paesi dell'Unione europea e benché i principi fondamentali che informano la legge n. 219/02 non siano altrettanto condivisi su una scala più ampia (basti pensare al folto gruppo degli Stati musulmani), lascia perplessi il ricorso massiccio e 'strutturale' alla categoria delle norme di applicazione necessaria. Da tempo infatti sono emerse sul piano del diritto internazionale privato altre tecniche normative capaci di garantire l'applicazione dei valori ritenuti inderogabili.⁶⁴ Poteva ad esempio essere sufficiente, e più coerente con i caratteri complessivi della Legge n. 218/95, se i principi enunciati fossero stati formulati come obiettivi di diritto materiale, diretti a condizionare la selezione della legge applicabile in funzione della loro realizzazione. In altre parole, sarebbe stato più convincente se, anche con riferimento ai tre principi elevati dall'art. 36 *bis* a norme di applicazione necessaria, si fosse fatto ricorso alla tecnica delle norme di conflitto in funzione di un risultato materiale, come già avvenuto con l'art. 33, co. 4. La disposizione avrebbe così costituito una guida sicura per l'interprete, garantendo il medesimo risultato sul piano materiale. Al contempo però avrebbe consentito il normale operare della norma di conflitto, richiamando il diritto straniero, svolgendo un controllo sul suo contenuto concreto e apportando una 'rettifica' alla luce del diritto italiano solo come ultima ipotesi.

⁶⁴ Si limita qui il rinvio alle opere citate supra note 24, 25 con particolare riguardo alle opere di P. PICONE, ove anche ampi riferimenti.