

Nuovi paradigmi della filiazione

Atti del Primo Congresso Internazionale
di Diritto delle Famiglie e delle Successioni

a cura di

Vincenzo Barba, Ettore William Di Mauro,
Bruno Concas, Valentino Ravagnani



Collana Convegni 66

DIRITTO, POLITICA, ECONOMIA

Nuovi paradigmi della filiazione

Atti del Primo Congresso Internazionale
di Diritto delle Famiglie e delle Successioni

a cura di

*Vincenzo Barba, Ettore William Di Mauro,
Bruno Concas, Valentino Ravagnani*



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2023

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive

El presente libro se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación "El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas" [ref. PID2019-109019RB-I00], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, Convocatoria de 2019

Grupo de Investigación T.O.I. (Tandem Obtinet Iustitia)

Copyright © 2023

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

Registry of Communication Workers registration n. 11420

ISBN: 978-88-9377-295-2

DOI: 10.13133/9788893772952

Publicato nel mese di ottobre 2023 | *Published in October 2023*



Opera distribuita con licenza Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere derivate 3.0 Italia e diffusa in modalità open access (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Work published in open access form and licensed under Creative Commons Attribution – NonCommercial – NoDerivatives 3.0 Italy (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Impaginazione a cura di | *Layout by:* Vincenzo Barba, Ettore William Di Mauro, Bruno Concas e Valentino Ravagnani.

In copertina | *Cover image:* Giuseppe Pellizza da Volpedo, *Girotondo*, 1906-1907, Milano, Galleria d'Arte Moderna.

Indice

Prefazione <i>I Curatori</i>	9
PARTE I – LA MULTIPARENTALITÀ	
Famiglie reconstituite, multiparentalità e successioni: nuovi problemi <i>Vincenzo Barba</i>	15
Socioaffettività, adozione di integrazione e pluriparentalità <i>Mariana Callegari</i>	51
La multiparentalità nel Diritto familiare cubano: una opzione possibile <i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	65
Consorzi familiari non convenzionali, multiparentalità e autonomia negoziale <i>Valentino Ravagnani</i>	107
La riforma «di sistema» delle azioni di stato e le prospettive della «poligenitorialità» <i>Marco Rizzuti</i>	145
La costruzione di multiparentalidades a través de la adopción abierta <i>Paula Sanchez Richarte</i>	157
PARTE II – LA FILIAZIONE ADOTTIVA	
Per una riforma della disciplina dell'adozione, nell'interesse del minore <i>Claudia Benanti</i>	179

Adozione in casi particolari e recenti sviluppi giurisprudenziali. Quali conseguenze sulle trasformazioni della famiglia? <i>Serena Cancellieri</i>	191
Adozione in casi particolari e legami parentali <i>Valerio D'Alessandro</i>	207
La intervención de la mediación en conflictos derivados de la adopción abierta <i>Raquel Guillen Catalán</i>	227
Rapporti tra forma e sostanza nell'evoluzione dell'adozione in casi particolari <i>Gregorio Pacini</i>	249
La tutela dei minori orfani per crimini domestici tra affidamento e adozione <i>Chiara Sartoris</i>	271

PARTE III – LA FILIAZIONE NEL DIRITTO EUROPEO E INTERNAZIONALE PRIVATO

L'ordine pubblico internazionale e la gestazione per sostituzione alla luce del dialogo tra le Corti <i>Bruno Concas</i>	301
Tutela del minore straniero tra norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico <i>Federico Ioannoni Fiore</i>	341
Esercizio della libertà di soggiornare e di circolare all'interno dell'UE e pluralità di modelli familiari <i>Roberto Alessandro Garetto</i>	363
A proposito di una recente proposta di uniformazione europea per il riconoscimento della genitorialità <i>Federico Ruggeri</i>	393

PARTE IV – FILIAZIONE E TECNICHE DI RIPRODUZIONE UMANA ASSISTITA

Técnicas de reproducción asistida humana. Entresijos y olvidos <i>María Elena Cobas Cobiella</i>	419
---	-----

Dalle tecniche procreative all'utero artificiale: una storia di limiti e di desiderio 445

Alessandra Cordiano

Sullo status del figlio "in provetta" e sul diritto alla conoscenza delle proprie origini nella fecondazione eterologa 465

Federica Maffettone

L'attribuzione della genitorialità al minore nato dalla gestazione per altri: il letto di Procuste delle Ss.Uu. n. 38162/2022 503

Edoardo Messineo

PARTE V – DIRITTI DEL MINORE E STRUMENTI DI TUTELA

Il curatore speciale del minore: spunti di riflessione a partire da una pronuncia eurounitaria 531

Ivan Allegranti

L'interesse del minore a vivere e crescere nella propria famiglia 559

Ettore William Di Mauro

Determinación tardía de la filiación respecto del padre y derecho de reembolso de la madre por los alimentos prestados al hijo comun 597

María Teresa Martín Meléndez

Diritto all'ascolto e soggettività delle persone minori e neo maggiorenni allontanate dalla famiglia di origine 617

Veronica Rita Miarelli

El interés superior del menor de edad y la determinación de los apellidos por reconocimiento tardío de paternidad: su aplicación en la jurisprudencia española de la última década 645

Milagros Petit Sánchez

El reconocimiento de la filiación no matrimonial cuando intervienen medidas de apoyo voluntarias: algunas cuestiones debatibles 667

Ernesto Francisco Sarrión Hernández

Prima lettura sistematica della disciplina del curatore speciale del minore 687

Roberto Senigaglia

Relaciones de filiación y personas con discapacidad que precisan medidas de apoyo	715
<i>M.^a Eugenia Torres Costas</i>	
PARTE VI – LA FILIAZIONE NELLA PROSPETTIVA DI GENERE	
Diversidad afectivo sexual y diversidad sexo genérica: deficiencias y ausencias en el sistema legal de filiación en España	767
<i>Paz Fernández-Rivera González</i>	
Divorcios, afectos, cuidados y patrimonio en la relación materno-filial. Un análisis histórico jurídico con perspectiva de género	791
<i>María Isabel Núñez Paz</i>	
PARTE VII – ALTRE QUESTIONI IN MATERIA DI FILIAZIONE, GENITORIALITÀ E SUCCESSIONI MORTIS CAUSA	
El parentesco socioafectivo como mecanismo para evitar los reconocimientos de complacencia en el ordenamiento español	817
<i>M.^a Amalia Blandino Garrido</i>	
Le genitorialità sospese o incerte. La Kafala e la responsabilità dell'art. 279 c.c	841
<i>Giovanna Chiappetta</i>	
Testamento blockchainizado, bienes digitales extrapatrimoniales y herencia de activos digitales (NFT y criptomonedas)	887
<i>Cristina Argelich Comelles</i>	
La posesión de estado de hijo o hija a la luz de la jurisprudencia española y chilena. Especial referencia al sistema jurídico chileno	907
<i>Rommy Alvarez Escudero</i>	
Lo status interno ed esterno di filiazione: una diplopia irragionevole	933
<i>Remo Trezza</i>	

VIZZONI, L., «La Cassazione conferma la stepchild adoption della minore da parte della partner omosessuale della madre biologica», *www.rivistafamilia.it*.

Tutela del minore straniero tra norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico

Federico Ioannoni Fiore

ABSTRACT: Il contributo intende analizzare la situazione del minore straniero residente in Italia, i cui genitori abbiano instaurato un procedimento di divorzio nel Paese di provenienza. Il problema, creatosi in sede giurisprudenziale di merito, si rinviene nell'individuazione della giurisdizione straniera, previamente adita per il giudizio di divorzio, anche per i provvedimenti relativi alla prole e, in particolare, al contributo di mantenimento. Tale orientamento comporta uno scollamento tra il luogo di statuizione del suddetto contributo – il Paese estero – e quello in cui esso viene percepito: l'Italia. Qualora la decisione del giudice straniero ponga condizioni difficilmente conciliabili con lo stile di vita (ad esempio un contributo troppo basso poiché calcolato alla stregua dei costi locali) e/o le norme di applicazione necessaria, si potrebbe profilare un'incompatibilità con le norme del diritto internazionale privato, con il Regolamento UE 1111/2019, con la Convenzione Aja 19 ottobre 1996 o, quantomeno, con il superiore interesse del minore. Ci si propone, dunque, di operare una risoluzione del problema ex ante, applicando le succitate fonti normative, o ex post, immaginando un'impossibilità di dispiegamento degli effetti di tale provvedimento per contrarietà all'ordine pubblico ex art. 64 L. 218/1995.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive, individuazione del problema e premesse metodologiche. – 2. Breve analisi casistica. – 3. La natura del contributo di mantenimento in favore dei figli tra funzione sociale, perequativa e diritto delle obbligazioni. – 4. Le norme riguardanti la giurisdizione sui provvedimenti relativi alla prole: il principio di prossimità. – 5. Il problema derivante dall'art. 7 l. n. 218 del 1995 e le possibili soluzioni: la prevalenza del principio di

prossimità e l'impossibilità del provvedimento del giudice straniero di dispiegare i propri effetti alla luce dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria. – 6. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive, individuazione del problema e premesse metodologiche

Il diritto di famiglia, come è noto, è una sovrastruttura comprensiva di regole appartenenti a diversi settori dell'ordinamento, seppur in dissimile misura. Benché esso venga generalmente ascritto alla branca del diritto privato, certamente la realtà familiare e le vicissitudini che la riguardano assumono rilevanza anche nel diritto costituzionale, penale, processuale e, per quanto qui di interesse, nel diritto internazionale privato¹.

Se è vero che il diritto evolve seguendo i mutamenti della società cui si rivolge, tale correlazione emerge spiccatamente nel ramo dell'ordinamento riferito alla famiglia: si è passati da una visione di essa legata alla tradizione borbonica, che imponeva l'indissolubilità del vincolo, ad una legislazione che – sulla scorta della modificazione del tessuto sociale e dell'instabilità dei rapporti affettivi e di coppia – sta concentrando i propri sforzi nell'istituzione di modalità sempre più celeri di scioglimento del matrimonio. L'ordinamento, dunque, recepisce e ratifica i risultati dello sviluppo di una diversa sensibilità collettiva, modificando persino le proprie fondamenta.

Così, ad esempio, si è frantumato il concetto unitario di famiglia e sono emersi nuovi paradigmi di essa e della genitorialità²; i minori risultano spesso inseriti in contesti precedentemente inimmaginabili; l'approccio generale, politico e regolatorio, ha subito una "deriva" personalistica, tanto da condurre parte della dottrina ad affermare che si sia passati dalla tutela degli interessi "della famiglia" all'esigenza di protezione degli interessi "nella famiglia"³.

¹ Sottolinea in questo modo la vastità degli interessi sottesi alla regolamentazione della famiglia SESTA, M., *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2021, p. 8.

² Si rimanda, al riguardo, al contributo di VALENZA, C. A., «L'itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 756-805.

³ Il mutamento di prospettiva è dimostrato dalla ormai pacificamente ritenuta

Un'ulteriore e precipua modificazione può essere analizzata partendo da una prospettiva "geografica". I flussi migratori, un'economia fondata sui traffici intercontinentali e il generale fenomeno di globalizzazione (che ha investito anche i rapporti intimi e personali) hanno provocato la crescita del numero di famiglie c.d. "internazionali"⁴. Queste ultime – i cui membri hanno nazionalità differente o non hanno la cittadinanza nel paese in cui risiedono – non sono immuni dai problemi che investono i nuclei "classici".

Pertanto, si registra un crescente numero di liti c.d. "transfrontaliere" tra genitori, il che porta ad interrogarsi sugli strumenti di tutela da apprestare nei confronti dei minori con cittadinanza comunitaria ed extracomunitaria. Quanto detto giustifica l'inserimento del diritto internazionale privato nell'elenco di materie affini al diritto di famiglia, a maggior ragione considerando le implicazioni dell'attribuzione all'una o all'altra giurisdizione nazionale di un provvedimento concernente il minore⁵, soggetto da considerarsi come quello maggiormente vulnerabile nella famiglia⁶.

Nelle pagine che seguono ci si focalizzerà su un problema in particolare che può travolgere le istanze di protezione del minore.

Il presente contributo, difatti, intende analizzare la situazione del minore straniero residente in Italia, i cui genitori abbiano instaurato un procedimento di divorzio nel Paese di provenienza. Le storture, createsi in sede giurisprudenziale di merito, si rinvergono nell'individuazione della giurisdizione straniera, previamente adita

configurabilità del c.d. "illecito endofamiliare", ossia dall'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari, che testimonia l'attenzione dell'ordinamento alle prerogative dei singoli individui, un tempo sacrificate dalle incombenti potestà familiari: cfr. SESTA, M., *op. cit.*, pp. 487 ss.

⁴ Nel 2019 la Commissione Europea ha stimato che nel territorio dell'UE erano presenti almeno 16 milioni di famiglie internazionali, e che ogni anno si registrano circa 140.000 divorzi internazionali e 1800 casi di sottrazione di minori da parte di un genitore. Cfr. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/MEMO_19_3374

⁵ Anche nel contesto europeo si registra un atteggiamento di prudenza delle istituzioni, da sempre restie a trattare in sede sovranazionale argomenti inerenti allo status delle persone, disciplinati solo marginalmente ed in via residuale al fine di salvaguardare l'identità delle varie culture nazionali. Così CALÒ, E., «L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia», *Famiglia*, 2005, p. 509.

⁶ BATTELLI, E., *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Giappichelli, Torino, 2021, spec. pp. 19 ss. in cui l'Autore pone la minore età quale presupposto per una particolare protezione.

per il giudizio di divorzio, anche per i provvedimenti relativi alla prole e, in particolare, al contributo di mantenimento.

Tale orientamento comporta uno scollamento tra il luogo di statuizione del suddetto contributo – il Paese estero – e quello in cui esso viene percepito: l'Italia. La decisione del giudice straniero può facilmente risultare foriera di condizioni difficilmente conciliabili con lo stile di vita, ad esempio nel caso in cui il mantenimento sia calcolato alla stregua dei costi di vita locali ed essi siano sensibilmente più bassi rispetto a quelli italiani, ergo insufficienti a svolgere la funzione dell'assegno di mantenimento.

Di seguito alcuni cenni metodologici: posta una breve analisi casistica e ricostruita la natura del contributo di mantenimento in favore dei figli, si procederà a tracciare una panoramica dei criteri di individuazione della giurisdizione sui provvedimenti relativi alla prole e, infine, si immagineranno proposte risolutive della distorsione suesposta alla stregua del diritto internazionale privato e delle principali fonti normative comunitarie ed internazionali.

2. Breve analisi casistica

Ai fini di una maggiore chiarezza dell'oggetto dell'analisi, si riportano alcune pronunce di merito e di legittimità inerenti alla giurisdizione sui provvedimenti riguardanti i minori.

Per i minori residenti in Italia e con cittadinanza extraunitaria, difatti, si possono rinvenire decisioni contrastanti.

Il tribunale di Belluno⁷, affrontando la questione relativa all'affidamento dei figli proposta nelle more di un procedimento di separazione pendente tra cittadini extracomunitari marocchini, ha affermato la competenza del giudice italiano per via del criterio di residenza abituale del minore di cui al previgente Regolamento CE 2201/2003⁸.

Un altro filone giurisprudenziale, invece, ritiene che la regolamentazione dei rapporti economici e personali tra figlio e

⁷ Trib. Belluno, sentenza 30 dicembre 2011 in Foro.it 2012, 3, I, 939.

⁸ La statuizione trova fondamento nella decisione della Corte di Giustizia CE, sez. III, 29 novembre 2007, n. 68, nel procedimento C-68/07, Sundelind Lopez v. Lopez Lizano.

genitori extracomunitari (nel caso di specie di cittadinanza cinese⁹) segua la disciplina di cui all'art. 37 l. 31 maggio 1995, n. 218¹⁰ e di cui all'art. 36-*bis* della medesima legge in materia di responsabilità genitoriale. Un orientamento, quest'ultimo, confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità, il cui postulato è riassumibile nell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato nel caso di controversie che coinvolgono la giurisdizione degli Stati non UE¹¹.

Aderire a quest'ultima posizione comporta l'accettazione di una discrasia nella tutela dei minori, che risulta armonizzata limitatamente al caso di soggetti con cittadinanza comunitaria. Il quadro consegnatoci dalle Sezioni Unite, in estrema sintesi, è riassumibile con la seguente bipartizione di possibili situazioni: *i*) se il giudizio avente ad oggetto il rapporto personale e/o patrimoniale tra genitori e prole viene instaurato in Italia, non si pongono dubbi in merito alla possibilità per il giudice italiano di conoscere e statuire nel merito *ex* art. 37 l. n. 218 del 1995; *ii*) se tra i genitori, invece, pende un giudizio (ad esempio di separazione) previamente instaurato dinanzi ad un giudice straniero, il criterio di residenza abituale del minore rischia di essere eliso, venendo affermata la giurisdizione del giudice dinanzi al quale pende il giudizio tra i genitori anche relativamente ai provvedimenti riguardanti i figli in virtù della litispendenza internazionale extra-comunitaria, disciplinata dall'art. 7 della l. n. 218 del 1995¹².

Sul punto, sono recentemente intervenute due pronunce di merito che rischiano di incrinare il sistema di protezione del minore.

Ci si riferisce al caso di una madre albanese, la quale ricorreva *ex* art. 700 c.p.c. al fine di vedere regolamentato l'affidamento dei tre figli – residenti in Italia, ove frequentavano la scuola – e riconosciuto un assegno mensile di mantenimento. Il padre si opponeva alla giurisdizione italiana e chiedeva la sospensione del procedimento in attesa della pronuncia del giudice albanese, dinanzi al quale pendeva

⁹ Trib. Mantova, 24 febbraio 2016 in *dejure.it*.

¹⁰ L'art. 37 sopra citato recita: "In materia di filiazione e di rapporti personali fra genitori e figli la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti rispettivamente dagli articoli 3 e 9, anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia".

¹¹ Cfr. Cass. SS. UU. 18 marzo 2016, n. 5420 in *dejure.it*

¹² Sull'applicazione dell'art. 7 della succitata legge in luogo della normativa comunitaria si veda Cass., 4 febbraio 2021, n. 2654 in *Giust. Civ. Mass. 2021 e*, per esteso, in *dejure.it*.

giudizio di separazione. Nonostante il ricorrente avesse evidenziato l'impossibilità per il giudice di albanese di operare una valutazione del *quantum* dell'assegno di mantenimento adeguata ai costi della vita in Italia, il Tribunale accoglieva le richieste del padre con ordinanza¹³ – poi confermata in sede di impugnazione¹⁴ – rilevando la sussistenza della giurisdizione del giudice albanese, i cui provvedimenti in merito ai figli avrebbero dispiegato effetto anche nell'ordinamento italiano *ex artt. 64 ss. l. n. 218 del 1995*.

L'incoerenza sistematica che si rinviene è rappresentata dalla rottura dell'uniformità di protezione dei minori, ancor più grave poiché basata su norme la cui *ratio* è, al contrario, la salvaguardia di questi soggetti deboli.

I casi qui riportati saranno utili ai fini della comprensione delle problematiche che si possono riscontrare soprattutto nel caso di litispendenza internazionale o conflitto di giurisdizione internazionale in riferimento alla decisione avente ad oggetto le modalità con le quali il genitore non collocatario debba provvedere al mantenimento della prole. Per tale ragione, nel paragrafo successivo si esaminerà il dovere di mantenimento e la natura del relativo assegno.

3. La natura del contributo di mantenimento in favore dei figli tra funzione sociale, perequativa e diritto delle obbligazioni

Il capo II del titolo IX del libro I del Codice Civile è dedicato agli effetti della crisi genitoriale rispetto ai figli. Nel predisporre le misure necessarie affinché il minore non risenta della decisione dei coniugi di porre fine alla loro unione, il legislatore ha disciplinato anche gli aspetti patrimoniali della vicenda, che si concretizzano nel dovere, da parte di entrambi i genitori, di contribuire al mantenimento della prole in misura proporzionale al reddito e sulla base dei parametri di cui all'art. 337-ter, comma 4 c.c.¹⁵. Nelle intenzioni del legislatore ciascuno

¹³ Trib. Teramo, ordinanza 29 aprile 2022.

¹⁴ Corte di Appello di L'Aquila, pronuncia 19 luglio 2022.

¹⁵ Si considerano: "1) le attuali esigenze del figlio; 2) il tenore di vita goduto dal figlio

dei due dovrebbe farsi carico del mantenimento per il tempo in cui il figlio vive con lui e dovrebbero essere ripartite le spese generali; tuttavia, essendo impossibile attuare una suddivisione del contributo rispettosa della cura prestata da entrambi, il giudice è spesso chiamato a stabilire un contributo in denaro che un genitore debba versare all'altro (c.d. mantenimento indiretto)¹⁶.

La funzione dell'assegno di mantenimento deve essere studiata attraverso un duplice angolo visuale; esso, difatti, ha una funzione sociale riferibile al figlio ed una funzione perequativa ascrivibile alla condivisione della responsabilità genitoriale e dei doveri da essa discendenti.

Procedendo con ordine, l'obbligo di mantenimento rappresenta un dovere che, nei confronti del figlio, assume rilevanza quale estrinsecazione del diritto alla bigenitorialità, inteso come diritto di ricevere da entrambi i genitori cura, istruzione, educazione ed assistenza morale¹⁷. Parte della dottrina ha sottolineato come l'assolvimento della funzione genitoriale del mantenimento assicuri la continuità ed effettività del rapporto con il genitore non collocatario¹⁸; a tal proposito, giova specificare che le modalità attraverso le quali si concretizza il mantenimento possono essere due: diretta ed indiretta.

La prima, diretta, prevede che il genitore soddisfi parte dei bisogni del figlio in prima persona mediante l'individuazione di specifici capitoli di spesa (es: spese scolastiche, abbigliamento, cure mediche ecc.). La modalità indiretta, al contrario, si estrinseca nella corresponsione da parte di un genitore all'altro di un assegno periodico, del quale il ricevente acquisisce pertanto la titolarità. Dunque, la figura dell'"assegno di mantenimento" si presenta in questa circostanza.

in costanza di convivenza con entrambi i genitori; 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore; 4) le risorse economiche di entrambi i genitori; 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore".

¹⁶ Cfr. SESTA, M., *op. cit.*, p. 322; BONILINI, G., *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2022, p. 247; AULETTA, T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 268.

¹⁷ Cfr. ARCERI, A., «Aspetti patrimoniali dell'affidamento», in SESTA, M., ARCERI, A., *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2016, p. 287.

¹⁸ BUZZELLI, D., «Sulle modalità del mantenimento dei figli nella crisi della coppia genitoriale», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 500.

Nonostante la dottrina maggioritaria caldeggi la prioritaria scelta del mantenimento diretto¹⁹, la Cassazione²⁰ ha ribadito la propria posizione non adesiva a tale ipotesi, favorendo le modalità indirette per una maggiore praticità. La scelta tra le due possibilità assume rilevanza in considerazione del fatto che la prima, imponendo una diretta sopportazione degli oneri economici ed una partecipazione attiva ai bisogni ed alle esigenze della prole, risulta favorire il benessere di quest'ultima coinvolgendo entrambi i genitori nella quotidianità del figlio²¹.

Invero, lo stesso art. 337-ter c.c., nel prescrivere che «ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli» evoca la regola del mantenimento diretto²², ma, come detto, l'orientamento giurisprudenziale dominante vede nel mantenimento indiretto, e dunque nella corresponsione di un assegno al genitore collocatario, la via primaria di assolvimento dei doveri del genitore ad esso obbligato.

Le considerazioni sulla funzione dell'assegno di mantenimento in riferimento al figlio si limitano alla definizione dello stesso quale modalità di adempimento della funzione genitoriale. Solo un *revirement* giurisprudenziale farebbe assumere allo stesso una connotazione eventuale (poiché disposto solo se impossibile la modalità diretta) e residuale-integrativa, natura che la dottrina auspica gli sia attribuita il prima possibile²³.

Volgendo lo sguardo alla natura ed alla funzione che l'assegno di mantenimento assolve in riferimento al rapporto tra gli ex coniugi, il discorso si amplia ed abbraccia il diritto delle obbligazioni.

L'assegno di mantenimento svolge una funzione perequativa, poiché l'importo dello stesso è stabilito dal giudice al fine di ristabilire la proporzione tra le posizioni contributive delle parti²⁴. Tale proporzionalità, giova ripeterlo, non si estrinseca nella paritaria suddivisione del totale fabbisogno, bensì dipende dalle posizioni reddituali/patrimoniali.

¹⁹ *Ex multis* BIANCA, C. M., «La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso», *Dir. fam. e pers.*, 2006, p. 679.

²⁰ Cass., 16 giugno 2021, n. 17222 in *Quotidiano giuridico*, 2021.

²¹ DE FILIPPIS, F., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2006, p. 106.

²² Interpreta in tal senso BUZZELLI, D., *op. cit.*, p. 500.

²³ *Ibidem*.

²⁴ PAVONE, M., «Il principio di proporzionalità nella quantificazione dell'assegno di mantenimento in favore dei figli», *Il familiarista.it*, 2020, *passim*.

I rapporti tra genitori in riferimento al mantenimento del figlio sono palesati dalla disciplina delle azioni di stato. In particolare, si ritiene che la sentenza che dichiara la filiazione²⁵ (ad esempio, in tema di dichiarazione giudiziale di paternità) implichi per il genitore anche il dovere di mantenimento che decorre dalla nascita del figlio, con conseguente diritto di regresso in favore dell'altro genitore, che nel frattempo abbia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore dichiarato giudizialmente²⁶; tale diritto di regresso è riconosciuto sulla scorta delle regole dettate dall'art. 1299 c.c. nei rapporti fra condebitori solidali²⁷.

Alla stregua di quanto appena affermato e ricostruendo il rapporto tra genitori e figli in termini di credito-debito, si può giungere alla conclusione per la quale il figlio vanti un credito "di mantenimento" nei confronti dei genitori, credito facilmente traducibile in termini pecuniari. La posizione passiva solidale implica che, nelle more della crisi di coppia, la prestazione possa essere adempiuta interamente dal genitore collocatario, salvo il diritto di regresso.

Lo schema così costruito fa emergere una diversa natura dell'assegno di mantenimento, quale corresponsione della quota di rispettiva spettanza di un'obbligazione solidale da parte del condebitore che non abbia direttamente adempiuto. Il *quantum* della prestazione non è preventivamente fissato, ma dipende dalle esigenze del creditore (*rectius*: il figlio), ergo il giudice che lo stabilisce deve avere contezza di quali esse siano e tale contezza dipende dalla consapevolezza circa i costi della vita.

Per quanto l'analisi sull'assegno di mantenimento in favore del figlio non possa essere ridotta alla sola componente "venale", una prospettiva patrimonialistica aiuta a comprendere l'esigenza che il giudice che si pronuncia su tale aspetto sia il più prossimo possibile al minore, non solo poiché egli è persona vulnerabile, ma anche per la sua qualifica di soggetto attivo di un rapporto obbligatorio dalla prestazione eterodeterminata la cui eventuale erronea quantificazione lederebbe i suoi diritti personali (la bigenitorialità) e patrimoniali (il mantenimento)²⁸, strettamente interconnessi.

²⁵ Sentenza che, *ex art. 277 c.c.*, "produce gli effetti del riconoscimento".

²⁶ Si veda Cass., 28 marzo 2017, n. 7960 in *dejure*.

²⁷ Cass., 17 febbraio 2021, n. 4223.

²⁸ Cfr. SCOTTI A., *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2010, spec. p. 39 il quale sottolinea che il diritto al mantenimento configura un diritto di natura patrimoniale all'assistenza materiale che si concretizza nel ricevere quanto

4. Le norme riguardanti la giurisdizione sui provvedimenti relativi alla prole: il principio di prossimità

Quanto sin qui esposto dimostra come la tutela dei diritti personali e patrimoniali del minore dipenda in misura non marginale dal soggetto deputato a garantirla; per tale ragione assumono importanza precipua le norme di individuazione del giudice competente.

Le fonti che vengono in aiuto sono essenzialmente tre: la già menzionata l. n. 218 del 1995; il reg. UE n. 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, in materia di responsabilità genitoriale e alla sottrazione internazionale dei minori (c.d. Bruxelles II *ter*, o Bruxelles II *bis* – rifusione); la Convenzione Aja 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.

L'art. 37 l. n. 218 del 1995 postula la sussistenza della giurisdizione italiana in materia di rapporti personali tra genitori e figli nel caso in cui uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia. Il generico riferimento alla residenza è stato circostanziato dalla giurisprudenza, la quale – a piú riprese²⁹ – ha fornito un'interpretazione del concetto particolarmente elastica: con esso non si individua il luogo risultante da un calcolo aritmetico del vissuto, bensí quello di concreto e continuativo svolgimento della vita personale: la nozione assume, perciò, una valenza fattuale, dovendo intendersi per “residenza abituale” quella in cui si sia verificata una stabile e durevole permanenza dalla quale sia discesa la centralità del luogo nella vita relazione del soggetto³⁰.

occorre per le esigenze di vita quotidiana (con obbligazione in solido in capo ad entrambi i genitori che nel rapporto di filiazione si prescrivono in 5 anni. Si veda, inoltre, COSTANZA, M., «Filiazione, III) Filiazione naturale», in *Enc. giur., Agg.*; Roma, 2005, p. 8 in cui si sottolinea la natura prettamente non patrimoniale dei diritti all'educazione ed all'istruzione, insuscettibili di valutazione economica.

²⁹ Si veda Cass., Sez. Un., 18 marzo 2016, n. 5418 e Cass., Sez. Un., 19 aprile 2021, n. 10243 in dejure.

³⁰ Si veda SALZANO, A., «Considerazioni sulla competenza giurisdizionale a disporre l'affidamento della prole e ad adottare misure provvisorie e urgenti di protezione di minorenni asseritamente sottratti nella applicazione del Regolamento (CE) n. 2201/2003, e sulla individuazione della residenza abituale di neonati nella

Conformemente a quanto sopra, l'art. 7 del reg. UE n. 2019/1111 e l'art. 5 della Convenzione Aja pongono come criterio la residenza abituale.

Al fine di valutare quale sia il luogo in cui effettivamente il minore abbia sviluppato la sua personalità – accertamento riservato al giudice di merito – sono rilevanti elementi quali la frequenza scolastica, la sussistenza di documenti dai quali risulti la presenza del minore nel territorio, l'effettivo inserimento nel contesto sociale³¹.

L'uniformità di posizioni assunte dai legislatori nelle varie fonti brevemente ripercorse si fonda non soltanto sulla volontà di evitare conflitti tra le diverse autorità, ma anche nella salvaguardia del rapporto di prossimità del minore al giudice chiamato a decidere sulle sue modalità di vita³². Il criterio di prossimità³³, perciò, prende le mosse dalla considerazione per cui il giudice che meglio possa valutare il superiore interesse del minore sia quello del territorio in cui il minore stesso vive abitualmente³⁴.

Alle conclusioni appena stilate si è giunti attraverso riflessioni improntate su aspetti sociologici di tutela. Anche spostando l'attenzione sulle prospettive patrimoniali e sull'assegno di mantenimento i risultati sono corroborati dall'esame di ulteriori aspetti.

applicazione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori», *Dir. fam. pers.*, 2011, pp. 225 ss. il quale sottolinea che nella giurisprudenza nazionale e straniera prevale l'orientamento secondo cui, nell'individuare il luogo di abituale residenza, il dato fattuale deve prevalere su quello meramente anagrafico e, sostanzialmente, si deve far riferimento al centro di vita del minore, ai suoi effettivi legami sociali e familiari, non solo parentali, ed all'elemento temporale, la cui rilevanza è pacifica, stanti gli effetti del trascorrere del tempo sul consolidamento delle consuetudini di vita e sul radicamento ambientale, a séguito di una stabile e continua permanenza in un determinato luogo.

³¹ Cfr. CORTESI, F., "Su alcune questioni in merito alla competenza giurisdizionale relativa ai diversi profili del giudizio di separazione", in *Giur. merito*, 2013, pp. 1344 ss.

³² *Ibidem*.

³³ Cfr. considerando n. 20 Reg. UE 2019/1111: "Al fine di salvaguardare l'interesse superiore del minore, la competenza dovrebbe essere determinata in primo luogo in base al criterio di prossimità. Di conseguenza, la competenza giurisdizionale dovrebbe appartenere allo Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo in determinate situazioni di cui al presente regolamento, ad esempio ove si verifichi un cambiamento della residenza del minore o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale".

³⁴ Così RUO, M. G., «"The long, long way" del processo minorile verso il giusto processo», *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 139.

Il criterio di vicinanza geografica individua non solo il giudice maggiormente idoneo a valorizzare il *best interest of the child*, ma anche il piú in grado di calcolare e tradurre in termini pecuniari l'ammontare dovuto dal genitore non collocatario a titolo di assegno di mantenimento.

Volendo esemplificare il tutto riferendosi al caso della madre albanese cui si è accennato in precedenza³⁵, considerando che l'Italia era pacificamente riconosciuta quale residenza abituale del minore (presente e futura), non si accoglie di buon grado la decisione del tribunale, il quale, seppur senza sospendere il processo in attesa delle determinazioni del giudice albanese come previsto dall'art. 7 l. n. 218 del 1995, ha assunto solo provvedimento provvisori ritenendo competente per il resto il tribunale albanese. A causa di una pronuncia di tal genere sussiste il forte rischio che quest'ultimo calcoli il *quantum* dell'assegno di mantenimento alla stregua del costo della vita in Albania, chiaramente inferiore a quello italiano, cosí ledendo il diritto di credito del figlio e il diritto di regresso della madre, esercitabile in misura non soddisfattoria.

Le fondamenta di tale stortura devono essere rinvenute in un'erronea considerazione di prevalenza dell'art. 7 l. n. 218 del 1995 sull'art. 37, della quale si dirà di séguito.

5. Il problema derivante dall'art. 7 l. n. 218 del 1995 e le possibili soluzioni: la prevalenza del principio di prossimità e l'impossibilità del provvedimento del giudice straniero di dispiegare i propri effetti alla luce dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria

Come anticipato, l'art. 7 della l. n. 218 del 1995 impone al giudice di sospendere il processo quando nel corso del giudizio instaurato in Italia venga eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di una domanda avente il medesimo oggetto ed il medesimo titolo dinanzi ad

³⁵ Si veda *supra*, paragrafo 2.

un giudice straniero, a condizione che il provvedimento straniero possa produrre effetti nell'ordinamento italiano³⁶.

Risulta chiaro il conflitto esistente tra le norme disciplinanti la giurisdizione sui provvedimenti relativi alla prole e l'art. 7, poiché è possibile che – anche con finalità elusive della giurisdizione italiana – si instauri un procedimento di separazione o divorzio all'estero impedendo che la tutela dei minori extra-unitari residenti in Italia sia affidata alla nostra giurisdizione³⁷.

In relazione ad una tale nefasta evenienza si possono immaginare soluzioni *ex ante* ed *ex post* che in via preventiva valorizzino il principio di prossimità e determinino un giudizio di prevalenza del disposto di cui all'art. 37 sull'art. 7 l. n. 218 citata³⁸ oppure, in via successiva e residuale, l'impossibilità di dispiegamento degli effetti può esser fatta discendere da una valutazione di contrarietà all'ordine pubblico della statuizione sul mantenimento.

Procedendo in ordine "cronologico", si vuole evidenziare come la stessa Corte di Cassazione, nella sua veste più autorevole, abbia postulato l'autonomia della domanda il cui *petitum* sia l'assegno di mantenimento rispetto al giudizio di separazione e divorzio, ammettendo che la giurisdizione cui è affidata prescinda dalle vicende processuali della seconda³⁹. Di conseguenza, ben può ipotizzarsi che,

³⁶ L'art. 7 recita: "1. Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell'ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata. 2. La pendenza della causa innanzi al giudice straniero si determina secondo la legge dello Stato in cui il processo si svolge. 3. Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano."

³⁷ Esattamente quanto accaduto nel caso della madre albanese, per cui si richiamano nuovamente Trib. Teramo, ordinanza 29 aprile 2022 e App. L'Aquila, pronuncia 19 luglio 2022.

³⁸ Proceduralmente, tale prevalenza può essere fatta valere anche in sede di impugnazione dell'ordinanza di sospensione. Al riguardo si rimanda a RAITI, G., «Ancora un revirement delle sezioni unite civili sul dilemma dell'impugnabilità dell'ordinanza sospensiva per litispendenza internazionale», *Riv. trim.*, 2019, pp. 361 ss.

³⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2020, n. 29171: "Le domande relative alla responsabilità genitoriale ed al mantenimento di figli minori appartengono alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria dello stato di residenza abituale dei minori al

nonostante la pendenza di giudizio di separazione e/o divorzio all'estero, si possa procedere in Italia – quale luogo di residenza del minore – per i provvedimenti che lo interessano.

L'identica soluzione si prospetta piú complicata nel caso in cui ci fosse identico giudizio già pendente all'estero in merito all'affidamento e/o mantenimento del minore; tuttavia, valorizzando la portata dell'art. 37 e il criterio di prossimità in esso contenuto, se ne può affermare in ogni caso la prevalenza rispetto all'art. 7 ed alla sospensione del giudizio in Italia.

La proposta che vede l'art. 37 in posizione di "supremazia" rispetto all'art. 7-può trovare supporto nel disposto di cui all'art. 36-*bis* l. n. 218 del 1995⁴⁰ che categorizza quali norme di applicazione necessaria⁴¹ quelle che stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di mantenere il figlio.

Pur nella consapevolezza che le norme di applicazione necessaria hanno valenza e incidenza diverse rispetto alle disposizioni che servono ad individuare la giurisdizione, si ritiene che esse siano comunque rilevanti ai fini che qui interessano.

Con una norma di applicazione necessaria, infatti, si esclude il funzionamento del diritto internazionale privato, riservando alle disposizioni nazionali una diretta funzione regolatrice; nei settori da esse "colpiti" viene impedito l'ingresso del diritto straniero nel nostro ordinamento. Impedimento, questo, che opera a prescindere da un esame di conformità del diritto straniero ai principi interni⁴².

Ora, categorizzata una disposizione quale norma di applicazione necessaria, si deve comprendere quale sia la sua estensione, la reale portata limitativa da essa discendente. In particolare, la lettera *b*) dell'art. 36-*bis* certamente impedisce che il mantenimento dei figli

momento della loro proposizione, anche se alle stesse vi è affiancata la domanda di separazione personale dei coniugi".

⁴⁰ "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."

⁴¹ Sulle quali si veda QUADRI, R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, Napoli, 1969, pp. 353 ss.

⁴² EMANUELE, C. F., «Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato», *Dir. fam. pers.*, 1996, pp. 326 ss.

possa essere governato da norme straniere in cui non sia previsto il mantenimento “duale”, ma non si ferma a ciò.

Invero, significherebbe esautorare la norma del proprio ruolo non interpretarla nel senso che sia di applicazione necessaria non solo il principio della condivisione dell’obbligo di mantenimento, ma anche le regole sulla ripartizione degli oneri gravanti sui genitori.

In altre parole, certamente l’art. 36-*bis* previene la possibilità che una norma che assegni l’onere di mantenimento al solo padre o alla sola madre abbia ingresso nel nostro ordinamento. In questa sede, però, si vuole proporre un’interpretazione estensiva della norma, sulla base della quale l’art. 36-*bis* impedisca l’ingresso anche di provvedimenti che operino un riparto ingiusto.

D’altra parte, se non si vuole riconoscere la bontà di una tale interpretazione al fine di non ledere il diritto di credito del figlio o di regresso del genitore collocatario, lo si deve fare alla luce della funzione sociale dell’obbligo di mantenimento.

Il mantenimento di cui al succitato articolo non impone soltanto che il provvedimento del giudice attribuisca al genitore non collocatario l’obbligo di corresponsione di un assegno, ma anche che l’entità di tale assegno sia calcolata alla stregua del principio di proporzionalità (ergo sulla base dei redditi degli ex coniugi) e – soprattutto – delle esigenze del figlio, da quantificare a seconda del Paese in cui affronta i costi della vita. Ecco, allora, che si comprende il motivo per cui l’art. 36-*bis* deve essere interpretato alla luce del principio di prossimità e viceversa.

Così procedendo, il giudice che si trovi dinanzi ad una richiesta di sospensione di cui all’art. 7 potrà emettere un provvedimento di rigetto di tale istanza, motivando lo stesso sulla base dell’impossibilità del giudice straniero di stimare in termini monetari le esigenze del figlio e della prevalenza dell’art. 37, il cui principio di prossimità risulta rinforzato dall’art. 36-*bis*.

Riportando quanto detto nell’alveo della concretezza, si pensi ancora al caso della madre albanese: un giudice albanese che si pronunci sul mantenimento della prole abitualmente residente in Italia non potrà che stabilire un assegno mutuato sul costo della vita albanese, ergo non adeguato. Una tal pronuncia, incompatibile con le varie funzioni che questo contributo assume, sarebbe necessariamente oggetto di modifica successiva.

Quanto detto è dimostrativo della non applicabilità della sospensione di cui all'art. 7 (stante anche la probabilità che il provvedimento emesso dal giudice straniero non possa produrre effetti all'interno del nostro ordinamento) e, perciò, della necessaria affermazione della giurisdizione italiana ex art. 37.

A margine di queste considerazioni, si vuole sommessamente ipotizzare un'ulteriore possibilità di risoluzione *ex ante* del problema, la quale, lo si premette, potrebbe suscitare perplessità per via delle ricadute sistematiche che essa comporta.

L'art. 7 prescrive che "quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio".

Da una lettura attenta della disposizione, sembra evidenziarsi che la sospensione del giudizio sia subordinata ad una condizione: che il giudice, sulla base di un giudizio prognostico, consideri verosimile che il provvedimento del giudice straniero possa dispiegare i propri effetti all'interno dell'ordinamento italiano⁴³.

Un tale giudizio prognostico, alla luce del medesimo art. 36-*bis*, non potrebbe che concludersi con una valutazione di impossibilità di entrata nell'ordinamento italiano, considerata l'inadeguatezza del

⁴³ Si veda, al riguardo, LUPOLI, M. A., «La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel regolamento UE n. 1215 del 2012», *Riv. trim.*, 2013, p. 1425 il quale descrive le valutazioni che il giudice deve operare nel seguente modo: "Il giudice dello Stato membro deve, in primo luogo, verificare la prevenzione temporale a favore della corte straniera. Successivamente, è chiamato a una valutazione che si sviluppa sotto tre profili coordinati e complementari. Innanzi tutto, deve ritenere che il giudice dello Stato terzo, previamente adito, pronunci una decisione che sarà riconosciuta e, se del caso, eseguita nello Stato membro. Si tratta di una variante del tradizionale «pronostico di riconoscibilità» previsto, ad esempio, dal nostro art. 71. n. 218 del 1995. Tale pronostico dovrà avvenire in base alle norme della *lex fori*, dal momento che il sistema europeo di circolazione delle decisioni riguarda solo i provvedimenti provenienti dagli Stati membri. È dunque facile preconizzare difformità applicative da uno Stato membro all'altro. Infine, il giudice dello Stato membro deve ritenere che la sospensione del procedimento sia necessaria per la corretta amministrazione della giustizia [...] In quest'ottica, la pendenza della stessa causa all'estero costituisce un mero elemento di partenza, per una disamina che non si limita al rischio del conflitto di decisioni, ma può spingersi sino a considerare l'appropriatezza della giurisdizione esercitata dal giudice straniero, rispetto alle esigenze di giustizia del caso concreto. In tale analisi, dunque, possono essere apprezzati fattori della più disparata natura relativi agli aspetti sostanziali, processuali ed ordinamentali del giudizio pendente nello Stato terzo."

giudice straniero (nell'esempio albanese) a calcolare l'importo del contributo di mantenimento che possa soddisfare le esigenze del figlio residente in Italia. L'inidoneità, invero, discende dal fatto che il giudice calcolerebbe l'ammontare adottando il parametro del costo della vita in Albania, ovviamente inferiore rispetto a quello italiano, rendendo la propria pronuncia insuscettibile di applicazione poiché non soddisfacente dell'obbligo di mantenimento per come sopra ricostruito (proporzionale e rispondente alle esigenze della prole).

Dunque, considerata la necessità dell'applicazione dell'art. 36-*bis*, il cui disposto non sarebbe concretizzato da una decisione foriera di un contributo di mantenimento insufficiente, viene a mancare la condizione di cui all'art. 7, inibendo la sospensione e comportando la necessità di una pronuncia del giudice italiano.

Immaginata un'ipotesi di soluzione *ex ante* del problema oggetto di analisi, per completezza si devono sondare anche le vie di tutela offerte dall'ordinamento nel caso in cui, invece, sia richiesto l'ingresso nell'ordinamento ad un provvedimento straniero che stabilisca un assegno di mantenimento non congruo.

L'art. 67 l. n. 218 del 1995⁴⁴ permette di richiedere l'accertamento dei requisiti del riconoscimento della sentenza straniera, tra i quali l'art. 64 enumera anche la conformità delle disposizioni all'ordine pubblico.

Senza dilungarsi eccessivamente sulla nozione di ordine pubblico per ragioni di opportunità, basti in questa sede ricordare che esso si presenta come dispositivo di rilancio delle virtualità inibitorie che l'ordinamento appresta a difesa delle sue determinazioni⁴⁵, indi per cui è, metaforicamente, uno scudo difensivo. L'ordine pubblico di cui all'art. 64 l. n. 218 del 1995 è una sottocategoria, comunemente indicata

⁴⁴ L'art. 67, rubricato "Attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento", recita: "1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere (all'autorità giudiziaria ordinaria) l'accertamento dei requisiti del riconoscimento. 2. La sentenza straniera o il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, unitamente al provvedimento che accoglie la domanda di cui al comma 1, costituiscono titolo per l'attuazione e per l'esecuzione forzata. 3. Se la contestazione ha luogo nel corso di un processo, il giudice adito a pronuncia con efficacia limitata al giudizio."

⁴⁵ Così BARCELLONA, M., «Ordine pubblico e diritto privato», *Eur. dir. priv.*, 2020, spec. p. 952.

come ordine pubblico internazionale, che delinea a posteriori il grado di apertura o di chiusura dell'ordinamento verso valori giuridici estranei⁴⁶.

Per quanto qui di interesse, ci si deve chiedere se e in che misura un provvedimento di un giudice straniero che stabilisca un assegno di mantenimento insufficiente a soddisfare le esigenze della prole possa essere considerato contrario all'ordine pubblico internazionale.

A tal proposito, la Cassazione ha affrontato il problema inerente alla definizione della violazione dell'ordine pubblico, affermando che un contrasto con esso sia ravvisabile ogni qualvolta si violino i principi fondamentali⁴⁷. Non vi sono dubbi circa l'appartenenza dell'obbligo di mantenimento alla categoria dei principi fondamentali, considerando la matrice costituzionale di tale dovere, affermato in prima battuta dall'art. 30 Cost. Tuttavia, si ripropone la medesima questione affrontata in riferimento alla norma di applicazione necessaria: non si sta parlando di un diniego del dovere di mantenimento (rispetto al quale non vi è dubbio circa la contrarietà all'ordine pubblico), bensì di un'erronea estrinsecazione dello stesso.

Se in precedenza l'interpretazione dell'art. 36-*bis* è stata condotta avendo come stella polare il principio di prossimità, in riferimento alla nozione di ordine pubblico si vuole introdurre un diverso principio che ne guidi la definizione: il *best interest of the child*⁴⁸. Tale assioma, come è noto, ha assunto una posizione precipua nel diritto di famiglia: è considerato gerarchicamente superiore alla stessa realtà fattuale nelle

⁴⁶ MONTANARI, A., «Ordine pubblico, diritto privato e vocazione internazionale», *Eur. dir. priv.*, 2022, spec. p. 140.

⁴⁷ Cfr. Cass, 21 giugno 2016, n. 19599 secondo la quale “un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario”.

⁴⁸ Sul tema la letteratura è sconfinata. *Ex multis*, da ultimo, si richiama AA.VV.: *The best interest of the child* (a cura di BIANCA, M.), Editrice Sapienza, Roma, 2021.

azioni di stato⁴⁹ ed anche valore sulla base del quale modulare l'onere probatorio nei giudizi che coinvolgono il minore⁵⁰.

Il rapporto tra ordine pubblico e *best interest of the child* è stato spesso studiato in termini di contrapposizione al fine di permettere l'entrata all'interno dell'ordinamento di provvedimenti contrari all'ordine pubblico ma conformi al *best interest*⁵¹. Ebbene, se al superiore interesse del minore è riconosciuta una forza limitativa dell'operatività dell'ordine pubblico internazionale⁵², coerentemente gli si deve riconoscere un'incidenza "positiva".

In altri termini, il *best interest* rappresenta un valore che può escludere che il limite dell'ordine pubblico internazionale si applichi, ergo condiziona il significato che l'"ordine pubblico" assume in relazione al caso concreto. Il superiore interesse del minore è parte dell'ordine pubblico internazionale, ed addirittura – nelle fattispecie che riguardano i minori – l'ordine pubblico internazionale coincide con il *best interest of the child*, appiattendosi su di esso a prescindere dal fatto che ciò comporti un allargamento o un restringimento delle sue maglie.

Dunque, per comprendere se un provvedimento inerente al minore sia conforme con l'ordine pubblico internazionale basterà chiedersi se esso sia conforme al suo interesse.

Un provvedimento che disponga un assegno di mantenimento non sufficiente nella liquidazione non è conforme all'interesse del minore; perciò, non è conforme all'ordine pubblico internazionale di cui all'art. 64; perciò, tale provvedimento dovrà essere impugnato ex art. 67 così da impedire che dispieghi i suoi effetti nell'ordinamento italiano⁵³.

⁴⁹ PORCELLI, M., *Accertamento della filiazione ed interesse del minore*, Esi, Napoli, 2016; ID, «Il rapporto tra favor veritatis e favor affectionis nelle relazioni familiari», in DELL'ANNA MISURALE – VITERBO (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno 7-8 aprile 2017 – Corte di appello di Lecce)*, Napoli, 2018, pp. 139 ss.

⁵⁰ Sia consentito rimandare a IOANNONI FIORE, F., «Dichiarazione giudiziale di paternità e rifiuto di sottoporsi alla prova ematogenetica», *Giur. it.*, 2021, pp. 1098-1107.

⁵¹ Ci si riferisce al discorso inerente alla genitorialità intenzionale e al riconoscimento dello *status filiationis* di minori nati tramite il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate in Italia. Sul tema si è già richiamato VALENZA, C. A., *op. cit.*, *passim*.

⁵² TONOLO, S., «L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore», *Riv. dir. int.*, 2017, pp. 1085 ss.

⁵³ In effetti, lo stesso Tribunale di Teramo nel caso della madre albanese aveva

6. Conclusioni

Sin quando la giurisprudenza continuerà a considerare preferibile la forma del mantenimento indiretto, si porranno questioni circa il metodo di quantificazione dell'assegno, la natura dello stesso ed il giudice competente a provvedere alla sua statuizione.

Su tale ultimo aspetto si è concentrato il presente contributo, volto a dimostrare come – nonostante gli interventi multilivello dei vari legislatori nazionali, comunitari ed internazionali – la tutela del minore facente parte di una famiglia internazionale dipenda spesso dall'*agere* del potere giurisdizionale.

Sebbene il diritto internazionale privato, il reg. UE n. 2019/1111 e la Convenzione Aja del 1996 si siano mossi sul solco uniforme del principio di prossimità, le fisiologiche incrinature del sistema si possono presentare sotto la forma di strumentali comportamenti dei privati volti a mutare la giurisdizione per interessi personalistici e non corrispondenti a quelli del minore o interpretazioni ottuse delle norme che guardano al solo dato letterale della disposizione senza considerare l'apposizione sistematica della stessa.

Il diritto di famiglia coinvolge aspetti che possono essere osservati da una prospettiva patrimoniale, ma tange sempre il lato intimo della persona, nella sua dimensione più privata e sensibile. Ciò impone di valorizzare il contesto e la *ratio* della norma, a maggior ragione quando questa è volta a governare il rapporto tra genitori e minori.

In relazione alla giurisdizione sui provvedimenti riguardanti la prole, il principio di prossimità si presenta quale corollario naturale del *best interest of the child*, il che rende necessaria una valutazione di prevalenza dello stesso su altri dettati normativi, quale l'art. 7 sulla litispendenza internazionale.

Le due soluzioni immaginate nel precedente paragrafo (impossibilità di dispiegamento degli effetti *ex art. 36-bis* e impugnazione per contrarietà all'ordine pubblico *ex art. 64 e 67*) devono essere considerate, appunto, espedienti nel caso in cui il

sottolineato che "il provvedimento del giudice albanese potrà dispiegare effetto nel nostro ordinamento *ex artt. 64 ss. l. 218/1995*". Il giudice, tuttavia, non affronta i problemi inerenti alla contrarietà all'ordine pubblico o alle norme di applicazione necessaria; in tal modo provocando quantomeno un allungamento dei tempi di tutela del diritto del figlio e della madre stessa, la quale dovrà procedere *ex art. 67 l. 218 cit.*

sistema mostri una sua incoerenza. Sono cure di un'eventuale patologia.

Ciò che preme sottolineare è che l'assetto ordinario non dovrebbe costringere il minore a rivolgersi a questi espedienti, poiché dovrebbe risultare bastevole il principio di prossimità.

Un principio che non rappresenta un mero criterio tecnico di risoluzione di un conflitto di giurisdizione, ma incarna la tutela di un soggetto che necessita protezione⁵⁴.

Bibliografia

- AULETTA, T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2018.
- BARCELONA, M., «Ordine pubblico e diritto privato», *Eur. dir. priv.*, 2020, pp. 952 ss.
- BATTELLI, E., *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Giappichelli, Torino, 2021.
- BIANCA, C. M., «La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso», *Dir. fam. e pers.*, 2006, p. 679.
- BONILINI, G., *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2022.
- CALÒ, E., «L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia», *Famiglia*, 2005, pp. 509 ss.;
- CORTESI, F., «Su alcune questioni in merito alla competenza giurisdizionale relativa ai diversi profili del giudizio di separazione», *Giur. merito*, 2013, pp. 1344 ss.
- COSTANZA, M., «Filiazione, III) Filiazione naturale», in *Enc. giur., Agg.*; Roma, 2005.
- DE FILIPPIS, F., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2006.

⁵⁴ Per tale ragione il principio di prossimità è richiamato anche dalla Convenzione Aja del 1996, richiamato dall'art. 42 della l. 218/1995 (che in realtà rinvia alla Convenzione del 1961, sostituita però dalla nuova versione del '96). La Convenzione non è stata oggetto di approfondimento nel contributo poiché in dottrina è controversa l'interpretazione della locuzione "protezione del minore", da alcuni Autori considerata troppo "forte" per comprendere anche questioni relative al mantenimento o alla responsabilità genitoriale. Potendo prescindere dallo strumento della Convenzione, si è preferito non conferirle una posizione di centralità per non inciampare in errori "ulteriori".

EMANUELE, C. F., «Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato», *Dir. fam. pers.*, 1996, pp. 326 ss.

IOANNONI FIORE, F., «Dichiarazione giudiziale di paternità e rifiuto di sottoporsi alla prova ematogenetica», *Giur. it.*, 2021, pp. 1098-1107.

LUPOI, M. A., «La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel regolamento UE n. 1215 del 2012», *Riv. trim.*, 2013, pp. 1425 ss.

MONTANARI, A., «Ordine pubblico, diritto privato e vocazione internazionale», *Eur. dir. priv.*, 2022, pp. 140 ss.

PORCELLI, M., *Accertamento della filiazione ed interesse del minore*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016.

PORCELLI, M., «Il rapporto tra favor veritatis e favor affectionis nelle relazioni familiari», in DELL'ANNA MISURALE – VITERBO (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno 7-8 aprile 2017 – Corte di appello di Lecce)*, Napoli, 2018.

QUADRI, R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, Napoli, 1969.

RAITI, G., «Ancora un revirement delle sezioni unite civili sul dilemma dell'impugnabilità dell'ordinanza sospensiva per litispendenza internazionale», *Riv. trim.*, 2019, pp. 361 ss.

RUO, M. G., «“The long, long way” del processo minorile verso il giusto processo», *Dir. fam. pers.*, 2010, pp. 139 ss.

SALZANO, A., «Considerazioni sulla competenza giurisdizionale a disporre l'affidamento della prole e ad adottare misure provvisorie e urgenti di protezione di minorenni asseritamente sottratti nella applicazione del Regolamento (CE) n. 2201/2003, e sulla individuazione della residenza abituale di neonati nella applicazione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori», *Dir. fam. pers.*, 2011, pp. 225 ss.

SCOTTI, A., *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2010.

SESTA, M., *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2021.

TONOLO, S., «L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore», *Riv. dir. int.*, 2017, pp. 1085 ss.

VALENZA, C. A., «L'itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione», *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, pp. 756-805.

L'opera raccoglie, in seguito al Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni "Nuovi paradigmi della filiazione", gli scritti di autori italiani, spagnoli e latino-americani i quali, attraverso un confronto tra gli ordinamenti, riflettono a vario titolo sui nuovi paradigmi della filiazione e sulle loro implicazioni nel diritto delle famiglie e nel diritto successorio, con particolare attenzione alle rilevanti questioni di diritto internazionale privato. Attraverso un approccio sistematico e assiologico l'opera mira ad analizzare il mutato contesto familiare – dalla famiglia alle famiglie – e a valutarne le molteplici conseguenze che impongono una rilettura degli istituti tradizionali nel rispetto dei principi degli ordinamenti presi in considerazione. La multiparentalità, le tecniche di riproduzione assistita, l'evoluzione dei rapporti di filiazione e tutti i nuovi temi posti dall'evoluzione sociale in campo familiare, che spesso sfuggono ai confini nazionali, richiedono infatti all'interprete un bilanciamento nel caso concreto con particolare – ma non esclusivo – riferimento al miglior interesse del minore.

Vincenzo Barba è Professore ordinario di Diritto Privato presso La Sapienza Università di Roma. Autore di sette monografie e più di duecento saggi pubblicati su riviste nazionali e internazionali. Responsabile di numerosi progetti di ricerca nazionali e internazionali. Direttore del Gruppo di ricerca internazionale T.O.I. (*Tandem Obtinet Iustitia*). Profesor Distinguido de la Universidad de La Habana. Socio ordinario della Società Italiana degli Studiosi di diritto civile.

Ettore William Di Mauro è ricercatore in Diritto Privato presso La Sapienza Università di Roma.

Bruno Concas è dottorando in Diritto Privato presso La Sapienza Università di Roma.

Valentino Ravagnani è dottorando in Diritto Privato presso La Sapienza Università di Roma.

ISBN 978-88-9377-295-2



9 788893 772952

