



Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione

*Lo spazio giudiziario europeo in materia civile
nella giurisprudenza italiana ed europea*

**RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DELLE DECISIONI :
QUESTIONI IN MATERIA DI FAMIGLIA**

di Paola Amisano

*STRUTTURA DI FORMAZIONE DECENTRATA
DELLA CORTE DI CASSAZIONE
Antonio **Balsamo**, Giovanni **Giacalone**,
Gianluca **Grasso**, Angelina-Maria **Perrino**,
Luca **Ramacci**, Elisabetta **Rosi**, Lucia **Tria***

***Segreteria Organizzativa:**
presso la Corte di Cassazione
Ufficio del Massimario
tel. 06.68832337/2125 – fax 06.6883411
e-mail: formazione.decentrata.cassazione@giustizia.it*

*Per ricevere informazioni sulla programmazione 2017
scrivere alla e-mail:
formazione.decentrata.cassazione@giustizia.it*



STRUTTURA DI FORMAZIONE DECENTRATA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

**Lo spazio giudiziario europeo in materia civile
nella giurisprudenza italiana ed europea**

Roma, 3-5 maggio 2017

Corte di Cassazione

Aula Giallombardo

**Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni
Questioni in materia di famiglia**

Paola Amisano
Tribunale di Asti

Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni - Questioni in materia di famiglia

Paola Amisano

Abstract

A sessant'anni dai Trattati di Roma, il mutuo condizionamento delle trasformazioni (specie istituzionali) che – per il tramite di una devoluzione progressiva di quote di sovranità – hanno modificato e modificano l'assetto dell'UE e dei suoi Stati (SM) si riscontra innanzitutto nel dialogo giurisprudenziale progressivamente evolutosi fra Carte e Corti.

Il terreno sul quale è venuto maturando lo scambio più cospicuo si registra (tra l'altro) in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare.

Lo spazio giudiziario europeo in materia civile si fonda infatti, primariamente, proprio sull'esigenza di garantire la circolazione degli *status* personali e familiari delle persone che vi circolano. E nel cui interesse sono disciplinate le libertà previste nei Trattati. L'effettività della funzione giurisdizionale viene così a misurarsi anche oltre i limiti della sovranità nazionale. Laddove, in particolare, il riconoscimento/esecuzione degli *status* personali - nelle fattispecie che presentano elementi di estraneità – diventa presupposto di effettività del diritto internazionale privato delle relazioni familiari.

Dai primi casi di riconoscimento divorzile, alla riserva ecclesiastica in materia di nullità del matrimonio, alla PMA (procreazione medicalmente assistita), alla cd. maternità surrogata, fino alla *kafala* (cd. adozione islamica), passando per le unioni omoaffettive e, ancora, attraverso il matrimonio poligamico, quello pakistano celebrato via *skype*/telefono, fino agli ultimi scenari in materia di patti prematrimoniali e di cd. direttive anticipate di trattamento.

L'intervento in esame mira ad illustrare operatività e limiti di funzionamento - in concreto - dei meccanismi di cd. riconoscimento/esecuzione/attuazione di provvedimenti stranieri (anche non giurisdizionali; il *trend* è nel senso della degiurisdizionalizzazione, con un ruolo potenziato dei meccanismi di controllo a valle, come l'ufficiale di stato civile); in particolare, si focalizzerà sugli effetti dell'operatività della clausola di ordine pubblico (e degli altri limiti tradizionalmente a presidio dell'ordinamento giuridico interno) nell'era della globalizzazione e della cd. tutela multilivello.

Complessivamente, lo studio del riconoscimento/esecuzione di provvedimenti in materia fam. accompagna la progressiva affermazione del diritto dell'UE come diritto civile comune – a vocazione, peraltro, universale -; dal che l'esigenza non già di abbandonare ma di potenziare la tenuta del sistema – ferma l'ottica plurale grazie al rinvio mobile di cui all'art. 117, I Cost. – si da declinare meglio i (rinnovati) valori fondanti, lontano da ogni tentazione di (artificiosa) indifferenza o di (pericolosa, si pensi alla frode alla legge) derubricazione.

Sommario

1. **Introduzione: la circolazione degli *status* familiari**
2. **Statistiche**
3. **Le origini: dal riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ai cd. matrimoni claudicanti**
4. **L'attuale spazio giudiziario di circolazione dei provvedimenti stranieri in materia di famiglia: le fonti**
 - 4.1. **Riconoscimento ed esecuzione nel reg. 2201/2003**
 - 4.1.1.(segue) **la circolazione delle decisioni in materia matrimoniale**
 - 4.1.2. (segue) **la circolazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale**
 - 4.2. **Riconoscimento ed esecuzione nella Conv. Aja del 1996**
5. **Casistica: dai matrimoni claudicanti ai cd. *limping case*: i più recenti problemi di riconoscimento/esecuzione al vaglio della giurisprudenza**
 - 5.1. **L'incidenza della giurisprudenza di Strasburgo**
 - 5.2. ***Status filiationis* e riconoscimento**
 - 5.3. **La *Kafala***
6. **Sistemi matrimoniali e delle unioni affettive**
 - 6.1. **La poligamia**
 - 6.2. **Il ripudio**
7. ***De iure*: le nuove frontiere del riconoscimento di provvedimenti in materia di relazioni familiari**
8. **Conclusioni**

1. Introduzione: la circolazione degli *status familiari*

Il riconoscimento/esecuzione delle decisioni straniere rappresenta uno dei più rilevanti terreni di confronto delle esigenze di armonizzazione internazionale.

La redazione di testi convenzionali segna infatti il superamento del principio di inderogabilità dell'esercizio della funzione giurisdizionale come funzionalmente (esclusivamente) espressiva della sovranità nazionale entro i confini dello stato. In altri termini, riconoscere effetti alle sentenze straniere nell'ordinamento interno comporta il riconoscimento del potere di *ius dicere* (anche) di giudici stranieri.

In tal senso l'adozione di criteri di giurisdizione uniformi contribuisce a limitare le ipotesi di pronunce rese da giurisdizioni incompetenti colla conseguenza di garantire spazi di circolazione effettivi.

Il riconoscimento è garanzia di circolazione dei provvedimenti; che, in materia di relazioni fam., hanno ad oggetto (tali provv.) *status* personali; la cui tutela – entro i limiti di compatibilità del sistema - rappresenta il presupposto stesso dell'esercizio delle libertà garantite dai trattati.

Il principio generale della libera circolazione delle persone, contenuto nel trattato di Roma, implica infatti che coloro i quali desiderano prestare un servizio o stabilirsi in un qualsiasi Stato membro per esercitarvi la propria attività possono farlo alle stesse condizioni stabilite per i cittadini di quello Stato¹; l'integrazione europea ha avuto l'effetto di parificare (tendenzialmente) la condizione delle persone fisiche (o giuridiche) residenti (o aventi sede) in uno SM dell'UE, (anche) a tal fine è nata la cittadinanza UE²; norme particolari sono state emanate dal Consiglio per facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e per attuare il principio del mutuo riconoscimento degli *status* - in deroga, ad es., alle disposizioni che prevedono l'esclusivo possesso della cittadinanza italiana -.

Sicché l'applicazione dell'art. 16 disp.prel. c.c. appare oggi recessiva – limitatamente agli altri cittadini o società extra-UE, salva ratifica di specifiche convenzioni e fermo (per tutti gli stranieri comunque presenti alla frontiera o sul territorio dello Stato) il riconoscimento dei diritti fondamentali -.

¹ Chiunque abbia la cittadinanza di un paese dell'UE è automaticamente un cittadino dell'Unione.

² Tale cd. automatica reciprocità fra SM UE vale anche per i cittadini extracomunitari che soggiornino in territorio italiano e siano titolari della carta di soggiorno o di un regolare permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro subordinato, di lavoro autonomo, per l'esercizio di un'impresa individuale, per motivi di famiglia, per motivi umanitari e per motivi di studio; così per gli apolidi e i rifugiati soggiornanti in Italia da almeno 3 a. – v. in partic., D.lgs.vo 25/7/1998, n. 286 e succ. mod. -.

Peraltro il principio di reciprocità - tradizionalmente invocato in tema di riconoscimenti – va inteso come condizione di efficacia della norma che attribuisce un diritto allo straniero e non deve essere confuso con il riconoscimento di tale diritto (S.U., 18/3/1999, n. 147). La reciprocità infatti rileva (ed è operante) non come fondamento del diritto, ma (a valle) come condizione di efficacia della norma (straniera) che tale diritto ha già attribuito.

In altri termini, il riconoscimento delle situazioni giuridiche derivanti da qualsivoglia attestazione straniera può avvenire infatti solo a condizione che questa sia emessa, oppure riconosciuta o, ancora, riconoscibile nell'ordinamento competente designato dalle norme di conflitto, insomma purché risulti originariamente valida ed efficace in quel sistema. Il punto è stato da tempo chiarito in sede di legittimità “(...) *le norme di d.i.p. con l'assegnare rilevanza nell'ordinamento del foro ai valori giuridici di altri ordinamenti, si riferiscono non soltanto ai valori rappresentati dalla disciplina normativa della situazione di fatto considerata, ma anche a quelli costituiti dalla regolamentazione concreta di tale situazione come risulta dagli atti giurisdizionali o amministrativi stranieri, i quali acquistano efficacia diretta nell'ordinamento del foro, senza la necessità della mediazione di atti interni di riconoscimento formale, sempreché la situazione di fatto non sia già compiutamente regolata da norme del diritto materiale dell'ordinamento materiale del foro*” (S. U., 15 luglio 1974, n. 2126).

Orbene, in linea generale, una volta ottenuto il riconoscimento il provvedimento straniero (anche non giurisdizionale) esso (provv.) acquista l'idoneità ad essere portato in esecuzione (si badi: il binomio costituito da provv. e relativo riconoscim.): ove poi suscettibile di esecuzione coatta, al riconoscimento del provvedimento conseguirà pure l'apposizione di formula esecutiva.

Ma i due ambiti, riconoscibilità ed esecutività, di regola, non coincidono, infatti:

- presupposto necessario per il riconoscimento di una qualsivoglia decisione straniera è la sussistenza di un interesse (ad agire) che, però, può non coincidere con la possibilità di eseguirla³;
- ove anche conseguito il riconoscimento il difetto di un comando coercibile - secondo il dir.interno – potrebbe determinare l'impossibilità di conseguire l'esecuzione⁴.

³ “(...) *La questione dell'interesse ad agire per il riconoscimento del provvedimento straniero ai sensi dell'art. 67, cit., si risolve nell'accertamento della sussistenza anche di uno soltanto dei tre presupposti indicati dalla norma (inottemperanza, contestazione o necessità dell'esecuzione forzata), ciascuno dei quali è in sè sufficiente a configurare il requisito di cui all'art. 100 c.p.c., senza necessità di ulteriori verifiche non richieste dalla legge*” (Cass. 1/8/2007, n. 16991).

⁴ In particolare, si ritiene suscettibile di riconoscimento anche la sentenza della quale sia temporaneamente preclusa l'esecuzione, ai sensi della legge dello stato in cui dovrebbe avere luogo (S.U., 29/5/2008, n. 14199); oppure quando il

Le pagine che seguono danno conto dello stato dell'arte – non solo a livello sovranazionale – della disciplina progressivamente elaborata in materia di riconoscimento/esecuzione/attuazione di provvedimenti stranieri.

2. Statistiche

La rilevanza (crescente) dei problemi di riconoscimento/esecuzione in materia di relazioni fam. si coglie (forse) ancor meglio alla luce del dato statistico (dato integrato, naz. e sovranazionale).

Secondo le Nazioni Unite (www.unhcr.org⁵), nell'ultimo quarto di secolo il cd. *stock* migratorio (cioè il numero delle persone residenti in un paese ma nate in altro) in Europa sarebbe cresciuto da 49 a 76 milioni, quindi dal 6.8 al 10.3% della popolazione.

Più precisamente (ec.europa.eu/eurostat, v. report 14/11/2016), la popolazione europea ammonta a circa 508,2 milioni di ab. – rappresenta, peraltro, solo il 7% della popolazione mondiale⁶ -; e mentre i matrimoni sono in calo da quasi 50 a.⁷ (sono quasi la metà in meno rispetto al 1970), il tasso di divorzi nello stesso periodo è più che raddoppiato.

Circa un terzo della popolazione europea è organizzato secondo modelli familiari diversi dal matrimonio (dall'aumento dei *single/lone parent family*, alle fam. ricostituite alle *registered partnership* alle varie forme di *concubinage*).

Nelle unioni matrimoniali l'ISTAT (report 2016) – quanto all'Italia - segnala che in metà separazioni e 1/3 dei divorzi risulta, di regola, coinvolto almeno un minore.

Infine, il 15% degli abitanti dell'UE che contraggono matrimonio sono di cittadinanza diversa (cd. matrimoni misti); il 26% dei flussi extra UE proviene da paesi del continente africano (in Italia, soprattutto, Marocco); per i flussi intracomunitari si segnala, invece, la mobilità dei cittadini rumeni.

provvedimento risulti concretamente ineseguibile, ad es. per mancata indicazione dell'ammontare del credito (Cass. 1/8/2007, n. 16991). Con la differenza che, mentre nel primo caso non potrà darsi luogo ad alcuna esecuzione (in difetto di procedimento *ad hoc*); nel secondo caso, invece, il provvedimento potrebbe comunque essere munito di f.e. sebbene privo di riferimento ad un credito esigibile.

⁵ V. *Global Appeal 2017 update*. Dalla homepage del sito UNHCR si legge che "(...) 65,3 milioni di persone in tutto il mondo, un numero senza precedenti, sono state costrette a fuggire dal proprio Paese. Di queste, circa 21,3 milioni sono rifugiati, più della metà dei quali di età inferiore ai 18 anni".

⁶ 50 a. fa la pop. Europea era il 14% di quella mondiale; senza inversioni di tendenza, secondo gli esperti, i prossimi 50 a. segneranno la stagnazione dell'Europa.

⁷ Si segnala una leggera inversione di tendenza, per la prima volta dal 2008, nel corso del 2016 (www.istat.it).

3. Le origini: dal riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ai cd. matrimoni claudicanti

Le prime esperienze applicative di circolazione di provvedimenti in materia familiare hanno riguardato il tema dello scioglimento del vincolo matrimoniale.

Come noto, il divorzio è l'unico istituto della crisi separativa conosciuto omogeneamente a livello internazionale.

Fino alla L. 898/70 vigeva in Italia il principio di indissolubilità del matrimonio; né la novella ha previsto alcuna disciplina di diritto internazionale privato e processuale, limitandosi ad indicare fra i motivi di scioglimento (v. art. 3, n. 2, lett. e L. cit.) quello secondo cui l'altro coniuge, cittadino straniero, abbia ottenuto all'estero l'invalidamento del vincolo (ovvero abbia contratto all'estero un nuovo matrimonio).

Dal che (ha preso il via) il fenomeno della fuga all'estero di cittadini italiani interessati ad ottenere una pronuncia di annullamento/invalidità variamente intesa purchè riconoscibile in Italia – si apre così la strada anche al riconoscimento del cd. divorzio diretto (senza separazione)⁸ -; soprattutto, è emerso il fenomeno dei cd. matrimoni claudicanti, quelli cioè in cui lo sposo/a italiano/a si trovava (paradossalmente) a restare vincolato/a comunque al matrimonio, nonostante l'altro coniuge, in quanto straniero, avesse già ottenuto il divorzio o contratto un nuovo vincolo altrove.

⁸ Dopo un iniziale atteggiamento restrittivo sul cd. divorzio diretto – per cui, più in generale, si subordinava il riconoscimento delle sentenze straniere alla previsione di cause identiche/analoghe a quelle interne, come nel caso del mancato riconoscimento del divorzio francese per colpa in quanto non preceduto da separazione (T. Venezia, 14/11/1996) – la giurisprudenza è giunta ben presto ad escludere che la separazione sia norma di applicazione necessaria e, in ogni caso, l'operatività in tale ipotesi del limite dell'ordine pubblico (*ex multis*, T. Tivoli, 14/11/2002; T. Pordenone 14/9/2005). Anzi, in materia di separazione personale, si è affermato che la delibazione della sentenza straniera che pronunciava la separazione per colpa di uno dei coniugi non trovasse ostacolo nel fatto che la riforma del diritto di famiglia italiano avesse abolito la colpa come causa di separazione. In ambito di divorzio, più o meno coeve sono poi significativamente le prime delibazioni, ad es. della sentenza straniera che, in applicazione della *lex fori*, aveva pronunciato lo scioglimento del vincolo matrimoniale per colpa di entrambi i coniugi o quella (californiana), in cui il giudice aveva verificato il carattere irrimediabile del fallimento dell'unione matrimoniale, a prescindere dalla previa pronuncia della separazione personale (App. Milano 9/1/1998). La Cassazione ha poi chiarito, ancora di recente, che la separazione non solo non è un diritto fondamentale ma non è neanche un presupposto indefettibile per ottenere il divorzio (Cass., I 16978/2006). Solo il divorzio è norma di applicazione necessaria ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 12-quinquies L. div. e 31, II L. 218/95.

Oggi, in materia, viene in esame – tra l'altro - il disposto dell'art. 25 reg. 2201/03; ad ogni modo già la Conv. Aja 1970 ammette il cd. divorzio diretto.

Superati i primi problemi di compatibilità fra istituti, il dibattito si sta spostando sulla compatibilità tra i principi fondamentali del nostro ordinamento e i portati del recente trend di degiurisdizionalizzazione: dal divorzio consensuale, previsto da alcune legislazioni straniere; alla possibilità di fare riferimento, rispetto al cd. *private divorce* - che non ha titolo in un provv. giurisdizionale ma direttamente in un accordo (anche non amministrativo) – ebbene di procedere a forme di riconoscimento/esecuzione semi-automatico – ad es. per il tramite dell'art. 46 reg. 2201/03 -. Ferma la compatibilità con l'ordine pubblico.

Senza contare la cd. riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici per la pronuncia di annullamento dei matrimoni concordatari; storicamente, le prime ipotesi di riconoscimento avevano ad oggetto proprio le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale⁹.

Come noto, gli stati di tradizione cattolica sono soliti stipulare con la Santa Sede delle particolari convenzioni (internazionali) dette concordati, volti a disciplinare materie di comune interesse, quali il matrimonio.

Nonostante la laicità che connota l'ordinamento sovranazionale, l'art. 63 del reg. 2201/03 riconosce espressamente le sentenze ecclesiastiche di nullità dei matrimoni concordatari che siano state riconosciute agli effetti civili negli ordinamenti di Italia, Spagna, Portogallo e Malta.

Ma a ben vedere la disposizione non deroga rispetto al il sistema convenzionale di riconoscimento (automatico) previsto per tutti gli altri SM: il riconoscimento cui fa riferimento la norma non è, infatti, alle sentenze rese dall'autorità ecclesiastica in sé (né potrebbe essere altrimenti: le sentenze emesse da qualsivoglia autorità religiosa, infatti, non sono produttive, di regola, di effetti civili); il riferimento è piuttosto ai provvedimenti con i quali l'AG dello SM attribuisce effetti civili a tali decisioni (tramite l'*exequatur*)¹⁰, in esecuzione degli obblighi internazionalmente assunti da tale SM con la Santa Sede – accordi per lo più preesistenti che l'UE non può che riconoscere e rispettare; peraltro, presidiati, nel caso dell'Italia, a livello di Costituzione (art. 7) -.

Allo stato, l'esecutività della decisione ecclesiastica non è più dichiarata con ordinanza emessa in camera di consiglio a seguito di giudizio di omologa (senza alcun controllo, salvo l'autenticità degli atti pervenuti), come prevedeva l'art. 34 del Concordato lateranense del 1929 (da ritenersi abr., sic S.U., 13/2/93, n. 1824). Occorre per l'attribuzione di efficacia civile una sentenza della Corte d'Appello che accerti i requisiti di cui all'art. 8.2 dell'Accordo di Villa Madama del 1984; tra i quali, in particolare, il decreto di esecutività del Tribunale della Suprema Segnatura Apostolica (che suggella il controllo sull'effettiva competenza del tribunale ecclesiastico), inoltre il rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento processuale (ad es. viola l'art. 6 CEDU la nullità canonica fondata su una procedura canonica speciale meramente doc., ECHR, 20/7/2000, Pellegrini vs. Italia); tra i quali, specificamente, l'ordine pubblico (la convivenza coniugale per almeno tre anni – termine individuato in analogia a quanto stabilito dall'art. 6 L. 183/84 – consideratane le capacità

⁹ Del tutto artificiosa la distinzione fra matrimonio canonico/concordatario e matrimonio civile; che ricalca le corrispondenti ipotesi di cessazione e scioglimento degli effetti civili del matrimonio. In realtà, trattandosi pur sempre di scioglimento del vincolo coniugale, nel primo caso di matrimonio religioso trascritto e riconosciuto quanto a corrispondenti effetti civili.

¹⁰ Cass. 29/3713, n. 7946.

sanante dei vizi del rapporto ai sensi degli artt. 119 ss. c.c. è condizione ostativa al riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità, *funditus* v. S.U. 16379/14¹¹).

Peraltro, sulla sopravvivenza della riserva di giurisdizione ecclesiastica si è pronunciata la Corte Costituzionale che ha precisato che poiché l'atto matrimoniale sorge nell'ordinamento canonico esso deve rimanere sottoposto a quest'ultimo, quindi giudicato (il matrimonio-atto) dai tribunali della Chiesa (Corte Cost. 1/12/1993, n. 421).

Sulla disciplina del procedimento, l'orientamento prevalente è nel senso della perdurante applicazione del giudizio di delibazione di cui agli artt. 796 ss. c.p.c. (nonostante l'abr.espressa ex art. 73 L. 218/95; ma si cita il disposto degli artt. 2 L. 218/95¹² che richiama l'art. 4, lett. b del Prot.addizionale all'Accordo del 1984 rinviante, a sua volta, alla disciplina di cui all'art. 796 c.p.c.; senza contare che la legge di esecuzione al concordato risulta costituzionalmente assistita).

Tale ultrattività del controllo (forte) di delibazione pare però (forse doppiamente) forzata; non solo perché comporta l'ultrattività di un giudizio (la delibazione, appunto) ormai scomparso dall'ord.; soprattutto, nel senso che ha l'effetto di rendere (paradossalmente più) defaticatorio il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, cioè proprio quelle storicamente ritenute (massimamente) degne di fiducia¹³ e, per questo, normalmente, ritenute libere di circolare nell'ord. interno (primi casi storicamente di riconoscimento di provv. stranieri).

¹¹ S.U., 17/7/2014, n. 16379 esplicitano il seg.articolato principio di dir.: "*La convivenza "come coniugi" - intesa nei sensi di cui al su enunciato principio di diritto -, come situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, ed in quanto connotata da una "complessità fattuale" strettamente connessa all'esercizio di diritti, all'adempimento di doveri ed all'assunzione di responsabilità personalissimi di ciascuno dei coniugi, deve qualificarsi siccome eccezione in senso stretto (exceptio juris) opponibile da un coniuge alla domanda di delibazione proposta dall'altro coniuge e, pertanto, non può essere eccepita dal pubblico ministero interveniente nel giudizio di delibazione né rilevata d'ufficio dal giudice della delibazione o dal giudice di legittimità - dinanzi al quale, peraltro, non può neppure essere dedotta per la prima volta -, potendo invece essere eccepita esclusivamente, a pena di decadenza nella comparsa di risposta, dal coniuge convenuto in tale giudizio interessato a farla valere, il quale ha inoltre l'onere sia di allegare fatti e comportamenti dei coniugi specifici e rilevanti, idonei ad integrare detta situazione giuridica d'ordine pubblico, sia di dimostrarne la sussistenza in caso di contestazione mediante la deduzione di pertinenti mezzi di prova anche presuntiva. Ne consegue che il giudice della delibazione può disporre un'apposita istruzione probatoria, tenendo conto sia della complessità dei relativi accertamenti in fatto, sia del coinvolgimento di diritti, doveri e responsabilità personalissimi dei coniugi, sia del dovere di osservare in ogni caso il divieto di "riesame del merito" della sentenza canonica, espressamente imposto al giudice della delibazione dal punto 4, lett. b), n. 3, del Protocollo addizionale all'Accordo, fermo restando comunque il controllo del giudice di legittimità secondo le speciali disposizioni dell'Accordo e del Protocollo addizionale, i normali parametri previsti dal codice di procedura civile ed i principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in materia". La pronuncia si segnala in particolare in quanto riepiloga, ampia e dottissima, l'intera materia dei rapporti Stato-Chiesa in sede di riconoscimento.*

¹² Quindi, il princ. di prevalenza delle norme internazionali rispetto a quelle interne.

¹³ Si pensi allo sdoganamento dei cd. accordi prematrimoniali, nel senso della maggiore idoneità degli strumenti incisivi di controllo del procedim.ecclesiastico con conseguente validità dei patti ivi sanciti (Cass., 13/1/1993, n. 348).

4. L'attuale spazio giudiziario di circolazione di provvedimenti stranieri in materia di famiglia: le fonti

Il quadro delle fonti di disciplina in tema di riconoscimento/esecuzione di provvedimenti stranieri in materia di relazioni fam. risulta, complessivamente, tripartito.

Da un lato le fonti interne/UE: dove spicca il reg. 2201/03; inoltre, sulle misure di protezione per quanto richiamata, viene in esame la Conv. Aja 1996, di recente ratifica da parte dell'Italia (v. *infra*).

Dall'altro lato le fonti convenzionali – laddove specificamente applicabili (il coordinamento è affidato alle clausole di compatibilità di cui, rispettivamente, agli artt. 59 ss. reg. cit.) -; *de residuo*, si applicano gli artt. 64 ss. L. 218/95 – cioè, per il riconoscimento dei provvedimenti provenienti da stati terzi -.

Si rinvia per la panoramica con i rif. normativi di dettaglio alle *slide* all. al presente lavoro.

Va però, in questa sede, fin da subito premesso che il riconoscimento in Italia di decisioni in materia di relazioni familiari, laddove la decisione sia proveniente da stato terzo, richiede (come di regola, prima che fossero emanati reg. UE) l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 64 ss. cit. – salvo l'ipotesi di specifica conv.int.applicabile -.

Sul (problematico) rapporto fra il riconoscimento disciplinato dall'art. 64 (automatico per le sentenze, salvo cause ostative) e i requisiti (parzialmente diversi¹⁴ prescritti dagli) artt. 65 (più in generale per i provvedimenti, quindi anche gli atti amm.vi) e 66 L. 218/95 l'orientamento prevalente sostiene che questi ultimi non sostituiscono ma integrano il disposto dell'art. 64 cit.; nel senso che *"(...) con la disposizione di cui all'art. 65, il legislatore non ha inteso dare luogo ad un trattamento in qualche modo esclusivo e "differenziato" delle controversie in tema di rapporti di famiglia, riconducendoli obbligatoriamente nell'ambito operativo di una tale disciplina, piuttosto dopo aver descritto, nell'art. 64, un meccanismo di ordine più generale valido per tutti i tipi di controversie (...) ha quindi previsto all'art. 65 un percorso semplificato ed agevolato per tutti "i provvedimenti" in tema (nell'ambito fra l'altro di una ristretta famiglia di fattispecie attinenti tutte alla capacità delle persone ed agli status personali) di rapporti di*

¹⁴ In primo luogo, manca il requisito del giudicato; segnatamente, non sono richiamati i requisiti previsti dall'art. 64, lett. d-e-f L. 218/95; in secondo luogo l'operatività del meccanismo agevolato di cui all'art. 65 L. cit. risulta circoscritto in materia di capacità/personalità/rapporti di fam.; in terzo luogo, opera (altresi) in corrispondenza del richiamo che le norme di conflitto applicabili alla fattispecie abbiano fatto all'ordinamento competente ossia quell'ordinamento la cui legge è chiamata a regolare il rapporto giuridico controverso sulla base delle pertinenti norme di conflitto, individuate a loro volta dalla stessa legge n. 218/1995.

famiglia, emessi all'estero da giudici che, oltre ad essere muniti appunto di giurisdizione, siano anche quelli dello Stato la cui legge sia quella prescelta a regolare la controversia" in quanto richiamata dalle norme di conflitto (Cass. 28/5/2004, n. 10378; id., 17/7/2013, n. 17463).

Fermo il procedimento (che ha natura di mero accertamento¹⁵ e si svolge secondo il rito sommario di cognizione¹⁶; ammessa all'esito opposizione) di cui all'art. 67 l. 218/95 per ottenere il riconoscimento (in caso di contestazione)/attuazione/esecuzione forzata¹⁷ di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria.

4.1. Riconoscimento ed esecuzione nel reg. 2201/2003

Il buon funzionamento del mercato interno UE presuppone l'operatività di uno spazio di circolazione europeo dei diritti che sia effettivo il che viene garantito (tra l'altro) dal ruolo propulsore della cooperazione rafforzata (comunitarizzata, da ultimo) in materia familiare – fermi i limiti di compatibilità di cui all'art. 67 TFUE -.

Il reg. 1259/10 ne rappresenta (rispetto alla coop.rafforzata) il frutto più avanzato (attualmente in vigore, v. *infra* sub 4.1.1.); ma limitatamente alla scelta della legge applicabile (*ius*) che è soltanto uno dei (classici) problemi rimessi alla disciplina internazionalprivatistica.

Il reg.2201/2003 risolve gli altri due problemi (i.e., *forum* e appunto riconoscimento/*exequatur*).

Comunemente def. Bruxelles II bis¹⁸ - il reg. in esame ha carattere (doppiamente) doppio, nel senso che si occupa di disciplinare, contemporaneamente, come si diceva, da un lato, i criteri di competenza giurisdizionale (cd. *forum*) e, dall'altro, il riconoscimento e l'esecuzione delle relative decisioni. Inoltre, tale disciplina è dettata sia per questioni attinenti alla responsabilità genitoriale (v. *infra* 4.1.2.), che per le materie concernenti l'affievolimento del vincolo matrimoniale (v. *infra* 4.1.1.).

¹⁵ La Corte d'Appello dovendo limitarsi ad accertare la sussistenza dei requisiti (per lo più in negativo) perché l'atto possa esplicare efficacia in Italia, senza alcuna nuova statuizione sul rapporto (App. Genova, 7/11/2009; Cass., 1/8/2007, n. 16991).

¹⁶ L'art. 67, l-bis è stato introdotto dal D.lgs.vo 1/9/2011, n. 150.

¹⁷ Ma non costituiscono forme di esecuzione le iscriz./trascriz./annotazioni (cir.Min.Giustizia 7/1/1997) perciò è chiamato direttamente a procedere l'ufficiale di stato civile, senza alcun vaglio giurisdizionale preventivo. Salvo il controllo del Prefetto cui compete la vigilanza sulla tenuta dei registri dello stato civile – che prima del DPR 396/2000 era in capo al PM – e salvo, in caso di respingimento della richiesta di trascrizione, l'opposizione dell'interessato alla Corte d'Appello.

¹⁸ Come noto il reg. 2201/03 era stato preceduto dal reg. 1347/2000 che, a sua volta, aveva sostituito la Conv. di Bruxelles del 1998 (cd. Bruxelles II, concernente competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di cause matrimoniali; la Conv. Brux. 1998 non è mai entrata in vigore; la conv. Bruxelles I è quella del 1968 che però non riguarda i rapporti fam.); il reg. 1347/2000 già assorbiva la Conv. Aja 1970 su riconoscimento di div. e sep.stranieri (ratificata con L. 10/6/1985, n. 301) – dove l'Italia si era riservata di non riconoscere div. e sep.tra coniugi in possesso della sola cittadinanza italiana laddove fosse stata applicata una legge diversa da quella italiana salvo che da tale applicazione sia emerso risultato analogo a quello cui avrebbe condotto l'applicazione della legge italiana -. Tale ultima conv. Aja 70 continua ad applicarsi nei confronti dei paesi extra UE per i quali non opera il reg. 2201/03.

La disciplina convenzionale è destinata ad applicarsi tutte le volte in cui il criterio di collegamento richiamato radichi la giurisdizione in uno SM; quindi laddove sorga controversia inerente la resp. genitoriale su di un minore residente in uno SM dell'UE o che si trova nel territorio dell'UE ovvero (per le cause matrimoniali persino) laddove il convenuto non sia né cittadino UE né ivi residente.

Il riconoscimento serve ad attribuire alla decisione esterna la stessa imperatività ed efficacia che le sono propri nello Stato di origine – fermo il rispetto dei requisiti formali e sostanziali ivi previsti -; la legge dello stato *ad quem* disciplina modalità di riconoscimento/esecuzione/attuazione; dopodiché la decisione in questione diventa giudicato interno (con efficacia *ex tunc*) e divieto di qualsivoglia riesame nel merito¹⁹.

L'unico esame concesso al giudice *ad quem* è quello circoscritto a verificare se la decisione di cui si chiede l'esecuzione sia da ritenere effettivamente legittimata a circolare, nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, sulla base del regime semplificato istituito dal regolamento Bruxelles II (ma non si tratta di una verifica della competenza giurisdizionale che è riservata al giudice *a quo*; ma di un'indagine circoscritta ai casi in cui non sia chiara l'applicazione del reg. 2201/03; CJEU, 15/7/2010, Purucker, causa C-256/09)²⁰.

La circolazione di provvedimenti²¹ stranieri è automatica, di regola: nel senso che – salvo motivi ostativi e se non sorgono contestazioni – le decisioni straniere possono circolare nell'UE senza alcun procedimento di previa verifica. Questo per il riconoscimento (che può essere anche incidentale).

Per l'esecuzione, invece, occorre (come per Brux. I) l'instaurazione di un procedimento di *exequatur* - semplificato e, di regola, senza contraddittorio, secondo la legge dello stato *ad quem* – da attivarsi (esclusivamente) in via principale, secondo la legge dello stato *ad quem* (v. *infra*).

¹⁹ Come chiarito da S.U. 23/10/2006, n. 22663, persino con rif. al procedimento di cui alla L. n. 218 del 1995, art. 67, l'accertamento del Giudice ha natura puramente dichiarativa (non costitutiva), risolvendosi nel mero accertamento della sussistenza dei requisiti prescritti perché l'atto straniero possa esplicare i propri effetti in Italia sicché la corte di appello adita per la delibazione deve limitarsi ad accertare l'esistenza di tali requisiti, indicati (per le sentenze) dall'art. 64, non potendo procedere né ad una nuova statuizione sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio dinanzi al giudice straniero, né ad accertamenti o statuizioni su questioni estranee al mero accertamento di quei requisiti.

²⁰ La Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che: "(...) come precisa l'art. 24 di detto regolamento, i giudici degli altri Stati membri non possono sindacare la valutazione svolta dal primo giudice in ordine alla sua competenza. Questo divieto non preclude ad un giudice cui sia sottoposta una decisione che non contiene elementi attestanti senza ombra di dubbio la competenza nel merito dell'autorità giurisdizionale d'origine di verificare se da tale decisione emerge che quest'ultimo giudice ha inteso fondare la propria competenza su una disposizione del regolamento n. 2201/2003. Infatti, come ha sottolineato l'avvocato generale al paragrafo 139 delle conclusioni, tale verifica non costituisce tanto un controllo della competenza dell'autorità giurisdizionale d'origine, bensì unicamente l'accertamento del fondamento sul quale il giudice ha basato la sua competenza» (CJEU, sent. Purucker cit.).

²¹ Alle decisioni (giudiziarie, a prescindere dalla denominazione) sono equiparati gli atti pubblici purché efficaci in uno SM e gli accordi purché aventi efficacia esecutiva nello SM membro di origine (art. 46 reg. 2201/03). Sono esclusi dalla disciplina sul riconoscimento qui in esame i provv. cautelari di cui all'art. 20 reg. cit. (CJEU, 15/7/2010, Purucker vs. Valles Perez, C-256/09).

Invece le decisioni in materia di diritto di visita e di sottrazione internazionale di minori (e solo queste) sono le uniche la cui attuazione non richiede alcun procedimento; veri e propri prototipi di titolo esecutivo europeo della famiglia (v. *infra*).

4.1.1. (segue) La circolazione delle decisioni in materia matrimoniale

Va premesso, in linea generale, che il sistema di diritto internazionale privato non detta alcuna norma in materia di stato civile poiché l'ordinamento di quest'ultimo costituisce materia esclusiva di diritto interno. Ai fini del riconoscimento è suff. accennare al fatto che gli estratti dei certificati dello stato civile - rilasciati secondo i modelli conformi alla convenz.int.vigenti²² – non soltanto hanno piena validità in UE ma soprattutto non necessitano di alcuna forma di legalizzazione²³.

Rientrano nell'ambito di applicazione del reg. 2201/03 i procedimenti (anche non giudiziari, v. art. 46 reg. 2201/03) relativi al divorzio, alla separazione personale, all'annullamento del matrimonio (escluse, dunque, le altre tipologie di unioni affettive, su da ultimo v. nuovo reg. *infra*; inoltre par. 7.).

Deve trattarsi di decisioni, passate in giudicato²⁴ e a contenuto positivo (non così, ad es. le decisioni di rigetto o di mero rito); la *ratio* pare la seguente: considerata la disomogeneità del panorama normativo in materia familiare e la riproponibilità del ricorso (senza contare la modifica in caso di sopravvenienze), le uniche decisioni stabili e uniformemente paragonabili a livello sovranazionale sono quelle che determinano oggettivamente lo scioglimento²⁵ del vincolo – il che garantisce la circolazione dello stato libero in UE -.

I motivi ostativi al riconoscimento sono previsti dall'art. 22 e ricalcano, sostanzialmente, quelli già previsti dall'art. 34 reg. 44/2001 (dal 10/1/15 sostituito dal reg. 1215/12).

Con la precisazione che, per evitare il contrasto di giudicati, convergono sia (a monte) le regole sulla litispendenza di cui all'art. 19 reg. 2201/03; sia in ogni caso (a valle, in fase di riconoscimento) l'art. 22 reg. cit., al fine di salvaguardare la coerenza dell'ordinamento giur.interno, in cui non sono ammesse a circolare decisioni contrastanti.

²² *De iure*, v. Reg. 2016/1191, *infra*, sub 7.

²³ Per una panoramica sulle (residue) attestazioni di autenticità richieste ai fini del riconoscimento, v. *amplius infra* 5.2. p. 25).

²⁴ Cass., 16/10/2009, n. 22093 trae la definitività come presupposto del riconoscimento alla luce della lettera dell'art. 20.2 reg. 2201/03, nel senso che l'aggiornamento automatico degli atti dello stato civile avviene solo a fronte di pronuncia contro la quale, appunto, non sia più proponibile impugnazione.

²⁵ L'evoluzione in ordine al riconoscimento del cd. divorzio diretto è riportata *sub* nota 8.

L'eventuale controversia in ordine all'accertamento dei detti motivi ostativi origina un procedimento avanti alla Corte d'Appello nella cui circoscrizione si trova la residenza abituale del soggetto nei cui confronti il provvedimento viene azionato. Si aprono, così, due fasi:

- nella prima, che vede la partecipazione del solo ricorrente, la Corte d'appello verifica se ricorrano cause ostative al riconoscimento;
- la seconda fase (sempre di fronte alla Corte d'Appello) è solo eventuale e si apre con l'opposizione di una delle parti (al provv.conclusivo della prima fase); ricorribile in Cassazione.

Il contraddittorio è obbligatorio (soltanto) ove venga presentata istanza di non riconoscibilità e va garantito fin dall'inizio del procedimento (CJEU, 11/7/2008, Rinau, in causa C-195/08 PPU).

Da ultimo, si segnalano (recentissimi risultati, non ancora in vigore, della cooperazione rafforzata in materia di relazioni familiari) in tema di riconoscimento/esecuzione di decisioni in materia matrimoniale, rispettivamente il reg. 2016/1103 del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi; e, in pari data, il reg. 2016/1104 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Si applicheranno a decorrere dal 29 gennaio 2019 quindi ai coniugi che hanno contratto matrimonio o che hanno designato la legge applicabile al loro regime patrimoniale successivamente a tale data, così ai *partner* che hanno registrato la loro unione o che hanno designato la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione dopo il 29/1/19.

4.1.2. (segue) La circolazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale

Rientrano nell'ambito di applicazione del reg. 2201/03 tutte le questioni relative alla responsabilità genitoriale (anche non matrimoniale), espressione con cui si intendono il complesso dei diritti e dei doveri riguardanti la persona e/o i beni del minore (l'oggetto di tale responsabilità, con una definizione meramente esplicativa, si rinviene all'art. 1.2 reg. cit.). Mentre sono escluse tutte le decisioni in materia di *status filiationis*, obblighi alimentari (v. reg. 4/2009), trust e successioni (v. reg. 650/2012); oltre alla materia penale.

Il regolamento è destinato ad applicarsi alle controversie in materia di responsabilità genitoriale instaurate anche disgiuntamente rispetto ai procedimenti di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio. Alcune (piuttosto recenti) precisazioni della Corte di Giustizia hanno contribuito ad

agevolare l'interprete nella (non sempre agevole) delimitazione delle ipotesi di applicabilità del reg. cit.:

- ad es. l'approvazione di un accordo di divisione dell'eredità concluso dal curatore – in nome e per conto di figli minori - costituisce misura relativa all'esercizio della responsabilità genitoriale - e non una misura relativa alle successioni – con conseguente applicazione del reg. 2201/03 (CJEU, 6/10/2015, Marie Matoušková, C-404/14);
- del pari, rientrano nell'ambito di applicazione del reg.cit. le decisioni che dispongono, contestualmente, la presa a carico di un minore da parte della pubblica autorità e la sua collocazione al di fuori della famiglia d'origine (CJEU, 27/11/2007, C-435/06);
- l'istanza di non riconoscimento deve rispettare la procedura di *exequatur*, in contraddittorio (CJEU, 11/7/2008, C-195/08, Rinau);
- con rif., poi al certificato di esecutività che deve assistere le decisioni in materia di resp.genitoriale²⁶ (non così per il dir. di visita e la sottrazione int.) è stato precisato, ad es. che la collocazione forzata di un minore in un istituto di custodia sito in un altro Stato membro deve essere specificamente dichiarata esecutiva nello SM richiesto e, a tal fine, onde conservare l'effetto utile della decisione, l'AG di tale SM richiesto deve procedere in tempi particolarmente brevi e senza che i ricorsi proposti avverso una siffatta decisione dell'autorità giurisdizionale dello Stato membro richiesto possano avere effetto sospensivo (CJEU, Health Service Executive c. SC e AC, causa C-92/12 PPU).

Il procedimento, su istanza della parte che ha interesse a far accertare la sussistenza o la carenza dei requisiti per il riconoscimento, avviene di fronte alla Corte di Appello nella cui circoscrizione si trova la residenza abituale del soggetto nei cui confronti il provvedimento giurisdizionale viene fatto valere. Verificato se ricorrano o meno cause ostative al riconoscimento, senza, di regola, instaurare il contraddittorio, la fase di opposizione che ne segue è meramente eventuale (ma a contraddittorio pieno e, all'esito, ricorribile in Cassazione; S.U., 26/6/1986, n. 4253).

I motivi ostativi al riconoscimento sono individuati dall'art. 23 reg. cit., nel senso della garanzia processuale dei dir. del genitore soccombente e, soprattutto, nel senso di salvaguardare l'interesse del minore (il che però non può mai sconfinare nel riesame di merito del provvedimento, CJEU, 19/11/2015, C-455/15 PPU).

Vi sono poi, come si anticipava, decisioni che – oltre ad essere immediatamente riconosciute nello spazio giudiziario europeo – godono di un regime di esecutività automatica.

²⁶ Sul punto si sofferma anche Cass., 20/12/2006, n. 27188.

In primis, in materia di sottrazione int. di minore (la cui disciplina integra e completa quella di cui alla Conv. Aja 1980). Come noto, in caso di trasferimento illecito o mancato rientro del minore, l'autorità dello Stato di residenza legittima può disporre immediatamente il ritorno. I giudici dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito hanno la possibilità di opporsi al suo rientro nei casi tassativamente indicati dagli artt. 12 e 13 della convenzione dell'Aja del 1980; tuttavia, l'ultima decisione resta affidata all'AG dello Stato di residenza abituale del minore (che è poi quella dello SM del genitore cd. *primary caretaker*) la quale, verificate complessivamente le ragioni su cui poggia la decisione emanata nel Paese in cui il minore si trova²⁷, può comunque disporre il rientro (art. 11 reg. cit.); si tratta dei c.d. *trumping orders*, decisioni esecutive *ex se* e senza possibilità di opposizione/impugnazione, semprechè certificate nello Stato membro d'origine (v. all. da I a IV reg. 2201/03).

Medesimo regime agevolato per le decisioni inerenti il diritto di visita, ossia quelle pronunce che attribuiscono ad un soggetto il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dallo Stato di sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo²⁸.

La Corte di giustizia ha in materia precisato che:

- le decisioni che impongono il ritorno di un minore in tanto sono immediatamente esecutive in quanto siano successive ad un provvedimento che nega detto ritorno sulla base dell'art. 13 della convenzione dell'Aja (CJEU, 11/7/2008, Rinau, causa C-195/08 PPU);
- l'immediato rientro del minore non è subordinato (neppure) alla condizione del previo esaurimento dei ricorsi interni nell'ordinamento del Paese in cui il minore è illecitamente trattenuto (ad es. nell'ipotesi in cui l'AG del paese sottraente abbia revocato o sospeso la propria decisione); né la decisione di ritorno deve essere preceduta da una decisione definitiva sul diritto di affidamento; affidamento che non può essere pronunciato dallo stato sottraente per di più in pregiudizio dell'ordine di rientro emesso dallo SM di residenza (CJEU, 1/7/2010, Povse, causa C-211/10 PPU);

²⁷ Osserva la Cassazione: "(...) il giudice della residenza abituale del minore, sulla base delle "conclusioni" formulate dalle parti, ha il potere di effettuare una nuova e globale valutazione degli elementi probatori acquisiti dal giudice che ha negato il rientro - eventualmente integrandoli con quelli da lui ulteriormente acquisiti a seguito di "sommarie informazioni" (...) - e, all'esito, di emettere una decisione o confermativa del provvedimento di diniego del ritorno - eventualmente anche per ragioni diverse od ulteriori da quelle addotte dall'altro giudice -, ovvero "sostitutiva" dello stesso provvedimento, prescrivendo il ritorno del minore (Cass., 14/7/2010, n. 16549).

²⁸ Con specifico riferimento alle decisioni concernenti il diritto di visita, la Corte di Giustizia ha ritenuto applicabile il regime di circolazione del regolamento anche alle decisioni che istituiscono una sanzione pecuniaria il cui obiettivo sia garantire l'effettività del diritto in questione (CJEU, 9/9/2015, Bohez, C-4/17).

- l'accertamento della sussistenza di (qualsivoglia) violazione del reg. 2201/03 (persino in caso di mancato ascolto²⁹) compete esclusivamente ai giudici dello Stato membro d'origine quindi non è idonea a pregiudicare l'esecutività dell'ordine di rimpatrio (CJEU, 22/12/2010, Joseba Andoni Aguirre Zarraga, causa C-491/10 PPU).

Il meccanismo celere di automatica esecutività ivi previsto - con rientro entro il periodo di sei settimane dalla richiesta del genitore che ha interesse al ritorno del minore ex art. 11.3 reg. 2201/03 e art. 11 Conv. Aja - non impedisce al titolare della responsabilità genitoriale di presentare un'apposita istanza al fine di avviare eventuale procedim.di *exequatur* che si renda necessario (art. 40 reg. 2201/03).

Da notare che - tra le novità del cd. recast del reg. Bruxelles II bis, COM(2016) 411 final - si segnala, appunto, la proposta di abolizione (totale) del procedimento intermedio di *exequatur*.

4.2. Riconoscimento ed esecuzione nella Conv. Aja del 1996

La Convenzione dell'Aja del 1996 sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e misure di protezione dei minori è, allo stato, uno degli strumenti normativi di diritto internazionale privato e processuale più avanzati per la protezione dei minori in difficoltà.

L'Italia ha provveduto di recente alla ratifica con L. 18/6/2015, n.101³⁰ (in vigore dal 1/1/2016).

Si tratta di un testo oggettivamente di riferimento per gli operatori:

- in quanto radica *forum e ius* facendoli coincidere con la residenza abituale del minore, criterio (territoriale, oggi.³¹) il quale viene così a costituire, in una, titolo di giurisdizione e criterio di collegamento; nei rapporti tra gli SM dell'UE prevale comunque il reg. 2201/03 nel caso, cioè, in cui il minore abbia residenza abituale in uno degli SM (v. art. 61 reg. 2201/03);
- in quanto dotato di efficacia (tendenzialmente) universale, considerato che è destinato ad applicarsi anche a paesi terzi e anche laddove richiami istituti di protezione sconosciuti al dir.interno;

²⁹ L'ascolto del minore (e del genitore *primary caretaker*) rientra nel novero delle garanzie di cd. ordine pubblico processuale - salve le ipotesi di urgenza e salvo che per i minori in tenerissima età - (sulla non derogabilità dell'ascolto proprio alla luce dei canoni sovranazionali, v. in linea generale, S.U. 21/10/2009, n. 22238).

³⁰ Si è trattato di una ratifica cd. secca - viste le difficoltà di una legge di autorizzazione alla ratifica che contemplasse soluzioni condivise ai fini della disciplina di attuazione/adattamento/coordinamento -. Si resta in attesa di prossimo intervento normativo in vista dell'adozione delle necessarie misure di coordinamento.

³¹ La conv. Aja 1996 non fornisce alcuna definizione del concetto di "residenza abituale". Il riscontro è di fatto.

- in quanto ha rappresentato (per il reg. 2201/2003) e rappresenta (per il cd. *recast* in corso del reg. 2201/03, v. *supra*) modello normativo di tutela; in particolare, la Conv. dell'Aja 1996 prevede:
 - misure dal contenuto flessibile di protezione dei minori;
 - obbligo di riconoscimento automatico da parte di tutti gli stati contraenti delle misure adottate dalle autorità competenti come individuate ed emanate in virtù della disciplina convenzionale. Per le modalità attuative si rinvia alla legge dello stato *ad quem* (art. 7 Conv. Cit.);
 - disciplina della cooperazione da parte delle Autorità Centrali³² (AC).

Complessivamente, pertanto, la Conv. Aja 1996 ha un ambito di operatività più ampio rispetto al reg. 2201/03. Sotto un duplice profilo:

- sia soggettivamente, nel senso che la convenzione (entrata in vigore, a livello internazionale, il 1/1/2002) coinvolge - a quanto consta, al momento - ben 42 stati europei - tra cui la Danimarca - ma non solo anche dal continente africano, asiatico e americano (per ogni aggiornamento sullo stato delle ratifiche, www.hcch.net);
- sia oggettivamente, nel senso che disciplina anche la legge applicabile ma senza proporsi l'obiettivo di alcuna regolamentazione uniforme quanto - più pragmaticamente - quello di limitare/evitare conflitti di leggi/giurisdizioni (anche attraverso il potenziamento dell'operatività delle reti delle AC).

La convenzione stabilisce il riconoscimento automatico delle misure di protezione che sono dunque immediatamente efficaci. E' sufficiente che una copia del documento (recante il provvedimento) sia comunicata via *fax/mail* e, nei casi di urgenza si ritiene idonea allo scopo anche una semplice telefonata (seguita dalla trasmissione del detto doc.) dallo stato di origine allo stato *ad quem*³³. Depotenziare le ragioni di non riconoscimento - fermo il divieto di riesame nel merito (art. 27 conv. cit.) -: l'art. 23 Conv. cit. - nell'ottica di garantire la più ampia circolazione delle misure - prevede (peculiarmente) una mera facoltà di opporre motivi ostativi (tra i quali, l'ordine pubblico, il mancato ascolto del minore, la violazione dell'obbligo di consultazione preliminare di cui all'art. 33 conv. cit.).

³² Per l'Italia, la Presidenza del Cons. Ministri è stata designata quale responsabile dell'attività di cooperazione e coordinamento. La dottrina segnala l'inaspettato *revirement* rispetto alla continuità dell'esperienza di AC già svolta, sia per la Conv. 1980 che per l'adozione int. che per il reg. 2201/03, dal Dipartimento per la Giustizia Minorile presso il Ministero della Giustizia (DGMC).

³³ Per ogni dettaglio, si rinvia all'*Explanatory report* di Paul Lagarde, www.hcch.net.

Eccezionalmente, nei casi in cui sia necessario ottenere una attestazione di non contrarietà della misura ai motivi ostativi di cui all'art. 23 cit., vengono disciplinati due specifici procedimenti:

- l'art. 24 conv. prevede la possibilità, in capo agli "interessati" (non quindi le "parti interessate" come nel procedim.*infra*), di ottenere un riconoscimento anticipato della misura;
- l'art. 26 conv. riguarda, invece, l'adozione di atti di esecuzione che si rendessero necessari – e per cui si rinvia alla legge dello stato *ad quem* -. Interessante la raccomandazione agli stati di ricorrere a procedure semplici e rapide.

Da notare che la Conv. Aja 1996 non prevede l'istituto della *perpetuatio iurisdictionis*, con la conseguenza che il cambio di residenza del minore si traduce in un cambio di giurisdizione; ma ai fini del riconoscimento le misure già adottate non decadono automaticamente, restando in vigore fino all'adozione di nuove misure da parte della nuova AG competente (art. 14 conv.cit.).

5. Casistica: dai matrimoni claudicanti ai cd. *limping case*: i più recenti problemi di riconoscimento/esecuzione al vaglio della giurisprudenza

Si è detto dei matrimoni cd. claudicanti come uno dei primi banchi di prova della circolazione di decisioni in materia di relazioni familiari (v. *supra* 3.)

Specialmente la giurisprudenza di Strasburgo in casi che riguardavano il riconoscimento/esecuzione di provvedimenti in materia di relazioni familiari è stata chiamata a dare risposta al fenomeno delle relazioni cosiddette *limping*, letteralmente zoppicanti: si tratta, cioè, di stati giuridici, quali matrimoni o adozioni, che, sebbene regolarmente acquisiti secondo il sistema di diritto internazionale privato di uno Stato, non risultano poi riconosciuti/riconoscibili in altro Stato. Queste relazioni, per così dire, zoppicanti sono il risultato della (fisiologica) disomogeneità degli ordinamenti giuridici nazionali: i criteri di collegamento variano da paese a paese, così come la concezione di ordine pubblico, l'interpretazione di ciò che si considera giurisdizione o una procedura idonea, ecc.

Le AG chiamate a determinarsi sulla fattispecie (ad es. su istanza di *enforcement* ovvero in sede di cd. riconoscimento incidentale) possono scegliere di ritenere inevitabili le relazioni familiari *limping*, una sorta di livello accettabile di rischio insito nel sistema; colla conseguenza che resta onere delle parti prendere, a monte, le opportune precauzioni. Il tribunale si limiterà ad applicare la *lex fori*, cioè le norme dello Stato in cui si svolge il procedimento (lo Stato di esecuzione), dando atto (presupposto) della validità della formazione del titolo (anche stragiudiziale) qualificante lo *status* delle parti nell'ambito del sistema di diritto internazionale privato di altro Stato.

Senonchè una tale interpretazione del diritto internazionale privato, se applicata inflessibilmente dallo Stato che riconosce (o non riconosce) lo *status* proveniente da altro paese (anche extra UE), può entrare in conflitto – in particolare - con l'art. 8 CEDU.

Prima di affrontare la panoramica giurisprudenziale, va premesso che l'affievolirsi – per il tramite dell'affermazione di meccanismi di *welfare* pubblico – dei tradizionali compiti familiari di cura della persona, in una con la tendenziale affermazione dell'autodeterminazione (specie in campo procreativo) e, più in generale, il riconoscimento dei diritti individuali, stanno segnando (non solo in UE) la progressiva privatizzazione e liberalizzazione del diritto delle relazioni familiari; cui corrisponde la degiurisdizionalizzazione dei meccanismi di tutela.

La famiglia non è più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che la disciplina degli *status* e dei legami di fatto fra i suoi membri prescinde e travalica l'atto matrimoniale; perchè l'interesse della famiglia non si può considerare superiore o distinto da quello dei membri che la compongono; peraltro, non necessariamente avvinti da reciproci legami biologici (ECHR, S&K vs. Austria, 24/6/2010; id., Oliari vs. Italia 21/7/2015).

Su queste premesse si fonda l'interpretazione della Corte di Strasburgo (non raramente evolutiva); e, con essa, quella delle corti nazionali e, meno frequentemente data la materia qui in esame, quella della Corte di Lussemburgo.

Si è scelto di declinare l'esame casistico (nazionale e sovranazionale) in materia di riconoscimento sotto tre distinti profili:

- a) il riconoscimento/esecuzione dietro spinta cd. endogena – i nuovi legami familiari di fatto emergenti (dalla famiglia ricomposta, all'adozione da PMA, alla mono e alla omogenitorialità, alla *single parental family* ecc.);
- b) il riconoscimento/esecuzione dietro spinta cd. esogena – i flussi migratori (anche endocomunitari) hanno acuitizzato l'emergere di situazioni di conflitto con istituti sconosciuti ovvero non riconoscibili per l'ordinamento interno (dalla poligamia, al ripudio, alla *kafala* ecc.); è uno dei banchi di prova del cd. multiculturalismo;
- c) il riconoscimento/esecuzione da progresso scientifico/tecnologico – dal turismo procreativo al turismo sanitario, gli effetti di una miscela potenzialmente esplosiva: nel senso che si combina l'introduzione sul mercato (in concorrenza fra loro anche le discipline non economiche - più o meno *liberal* - previste via via dagli stessi ord. giur.) ebbene l'introduzione di nuove tecniche che spostano in avanti i confini dell'eticamente

sensibile; e ciò non solo senza previa regolazione ma soprattutto senza alcun previo vaglio degli effetti che una tale ingerenza implica sulle posizioni giur. individuali -.

Questi, ad avviso di chi scrive, (alcuni) tra i nuovi orizzonti su cui si stagliano le sfide cui è (già stata, in parte) chiamata a pronunciarsi la giurisprudenza. Nel segno della tutela dello *status filiationis* – comunque e *ubicumque* acquisito – a sua volta garantito nel segno del *best interest of the child* ³⁴.

Principio (*i.e.*, superiore interesse del minore) di matrice sovranazionale³⁵, a vocazione universale - forse anche per questo fisiologicamente indeterminato - la cui dosimetria giurisprudenziale nelle ipotesi riconoscimento è significativa della (ormai) assurta prevalenza (di esso, in concreto, come controlimite) rispetto (persino) al limite dell'ordine pubblico.

5.1. L'incidenza della giurisprudenza di Strasburgo

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo, fino ad oggi, di pronunciarsi su tutte o quasi tutte le questioni più significative in materia di filiazione e adozione; con importanti ricadute nella materia qui in esame (riconoscimento/esecuzione di provvedimenti in materia di famiglia). Ma occorre una precisazione di fondo.

Premesso che il giudice delle leggi ha chiarito da tempo (Corte Cost. 49/2015) che l'onere gravante sui giudici – di interpretare il diritto interno in modo conforme alla CEDU – è limitato agli

³⁴ In tal senso l'esegesi giurisprudenziale; ma questa pare la chiave per leggere anche molte disposizioni normative tra cui, ad es. l'art. 31, III T.U. 286/98 che consente al TM, di regola (e eventualmente anche in deroga), di autorizzare l'ingresso temporaneo del familiare per gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico e tenuto conto delle condizioni di salute/età del minore che si trova in Italia (S.U., 25/10/2010, nn. 21799 e 21803).

³⁵ Per una recentissima applicazione del criterio dell'interesse del minore, in tema di immigrazione e riconoscimento del diritto di soggiorno, per cui si è sottolineata l'imprescindibilità di una motivata ponderazione in concreto, si v. CJEU, Grande Sez., 10/5/2017, C-133/15 secondo cui: "(...) L'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di valutare se un minore, cittadino dell'Unione europea, sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione globalmente inteso e verrebbe così privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti ad esso conferiti dall'articolo di cui sopra nel caso in cui il suo genitore, cittadino di un paese terzo, si vedesse rifiutare il riconoscimento di un diritto di soggiorno nello Stato membro di cui trattasi, il fatto che l'altro genitore, cittadino dell'Unione, sia realmente capace di e disposto ad assumersi da solo l'onere quotidiano ed effettivo del minore costituisce un elemento pertinente ma non sufficiente per poter constatare l'assenza, tra il genitore cittadino di un paese terzo e il minore, di una relazione di dipendenza tale per cui quest'ultimo subirebbe una costrizione siffatta nel caso di un rifiuto di soggiorno quale sopra evocato. Una valutazione del genere deve essere fondata sulla presa in considerazione, nell'interesse superiore del minore, dell'insieme delle circostanze del caso di specie, e, segnatamente, dell'età del minore, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva sia con il genitore cittadino dell'Unione sia con il genitore cittadino di un paese terzo, nonché del rischio che la separazione da quest'ultimo comporterebbe per l'equilibrio del minore stesso (...) Spetta tuttavia alle autorità competenti dello Stato membro di cui trattasi procedere, sulla base degli elementi forniti dal cittadino di un paese terzo, alle ricerche necessarie per poter valutare, alla luce dell'insieme delle circostanze del caso di specie, se una decisione di rifiuto avrebbe conseguenze siffatte" (CJEU, C-133/15 cit.).

“orientamenti consolidati” della giurisprudenza europea. E considerato che quest’ultima (quantomeno a partire dal caso Golder del 1975) ha evolutivamente impostato il proprio lavoro interpretativo della CEDU ritenendola, in generale, strumento vivente di tutela dei diritti fondamentali, da valorizzare in senso sostanziale, privilegiandone le ricadute in termini di garanzie concrete ed effettive (ECHR, 27/4710, Moretti e Benedetti; id. 17/11/15, Bondavalli).

Ebbene, specie nella materia di riconoscimento degli *status* fam. il giudice europeo (di Strasburgo³⁶) tende, di regola, a ricondurre nell’ambito delle garanzie convenzionali – di regola, peraltro, clausole aperte come l’art. 8 CEDU – anche posizioni giuridiche soggettive (vieppiù ove si consideri la natura di temi trasversali, eticamente sensibili) pur se prive di riconoscimento giuridico a livello nazionale; in ciò evidentemente assumendosi un vero e proprio ruolo propulsore al di là di un ruolo (*latu sensu*) nomofilattico.

La causa Wagner e J.M.W.L. vs. Lussemburgo del 2007 costituisce uno dei più significativi precedenti nella giurisprudenza della ECHR sulle cause di diritto internazionale privato che coinvolgono relazioni familiari non riconosciute come efficaci in ciascuno degli Stati interessati dalla vicenda di riconoscimento (*Stato a quo e ad quem*). La causa riguardava l'adozione autorizzata dall'autorità giudiziaria in Perù, in conformità con la legge peruviana, di una bambina da parte della sig.na Wagner, cittadina lussemburghese, nubile. All’epoca dell'adozione in Perù, la Corte Europea ha ritenuto che la sig.na Wagner poteva aspettarsi il riconoscimento automatico e incondizionato dell'adozione da parte dei funzionari del registro di stato civile del Lussemburgo. Successivamente però questa prassi, in vigore dagli anni settanta fino alla metà degli anni novanta circa, era stata dichiarata illegale dall’organo competente (Procureur d’Etat) quindi abolita in Lussemburgo. La ricorrente – che non aveva potuto registrare la minore secondo la vecchia prassi – doveva sottoporre la sentenza di adozione straniera al tribunale distrettuale lussemburghese, con conseguente applicazione delle norme lussemburghesi sul diritto applicabile all'adozione. Ciò perché all’epoca la legge lussemburghese prescriveva ancora come requisito per il riconoscimento di una sentenza pronunciata in un altro Stato che l’organo giudicante straniero applicasse la stessa legge designata dalle norme di diritto internazionale privato del Lussemburgo o una legge di contenuto equivalente. Ora, ai sensi del diritto internazionale privato del Lussemburgo le condizioni per adottare un minore sono disciplinate dalla legge dello Stato dell'adottante e, secondo il diritto sostanziale del

³⁶ Non così per la giurisdizione di Lussemburgo; né, di regola, per qualsiasi tr. internazionale la cui interpretazione risulta vincolata alla volontà espressa e storica delle parte contraenti. Per una compiuta enunciazione dei canoni ermeneutici applicati dalla Corte – la cui giurisdizione, a seguito dell’entrata in vigore del Prot. N. 15, è segnata altresì dal rispetto del principio di sussidiarietà e del margine di apprezzamento – si rinvia, in partic., a ECHR, 12/11/08, Demir e Baykara vs. Turkey.

Lussemburgo in materia di adozione, un'adozione piena è possibile solo per una coppia sposata. La sig.na Wagner era lussemburghese ed era nubile e l'adozione ottenuta in Perù era un'adozione piena. Ma l'adozione in questione non era stata (ancora) riconosciuta in Lussemburgo.

Dal che la sig.na Wagner presentò ricorso alla Corte EDU, per sé e per conto della figlia adottiva e vinse.

La Corte di Strasburgo – pur non soffermandosi sul diritto applicabile né sul rapporto fra questo e le leggi concernenti il riconoscimento delle sentenze – in motivazione prende atto della preclusione per il diritto lussemburghese del riconoscimento dell'adozione straniera da parte di una *single*. Ciò che rileva e su cui la Corte si sofferma, nella fattispecie, è stabilire se il principio del diritto sostanziale lussemburghese applicabile all'adozione fosse tale da prevalere sull'interesse delle ricorrenti a ottenere il riconoscimento dell'adozione peruviana. La risposta è negativa; la Corte riscontra un'ingerenza dello Stato nel diritto al rispetto della vita familiare (v. anche *Hussin c. Belgio*, n. 70807/01, 6 maggio 2004); 'obbligo positivo' scaturente dallo stesso art. 8 CEDU per il Lussemburgo in quanto Stato Contraente di garantire la tutela del diritto delle ricorrenti al rispetto della vita familiare dal punto di vista pratico e anche in termini di procedura giudiziale; e il diritto alla non discriminazione nel godimento dello stesso diritto (art. 14 CEDU). Il motivo per cui la Corte ha concluso, nella causa Wagner, che ci fosse un'aspettativa legittima alla tutela è molto specifico: un'anomalia da parte del registro dello stato civile interno che (all'insaputa della ricorrente) non aveva applicato una norma così come ci si aspettava (legittimamente). Unitamente alla esigenza di tutelare il legame fam.stabilito con la minore, esigenza che prevale sulle restrizioni (legittime interne) di ordine pubblico.

Ma in altri casi in cui tale anomalia non è più presente, si deve supporre che sarà il legame tra la relazione familiare e il paese in cui lo *status* giuridico è stato acquisito a dover essere considerato come determinante ai fini della creazione di una legittima aspettativa riguardo alla sua stabilità, aspettativa da tutelare *ex post* nel paese di riconoscimento – ma con valutazione *ex ante*, in concreto da parte dei giudici *ad quem* -; sicchè, ad es., se invece, l'adozione peruviana fosse stata il risultato di un'operazione di traffico di minori, il mancato riconoscimento sarebbe stato assolutamente giustificato.

La causa Wagner offre lo spunto per due considerazioni di ordine generale – che accomunano le problematiche afferenti il riconoscimento/esecuzione di provvedimenti in materia di relazioni familiari -:

- da un lato la pronuncia mostra l'effetto combinato di due principi fond. derivanti dall'operatività della CEDU – principi di diritto pubblico ma qui a servizio del dir.int.priv. – e, cioè, proporzionalità e tutela delle legittime aspettative;
- dall'altro si chiarisce come non esista a livello sovranazionale nessuna regola inflessibile di riconoscimento automatico e incondizionato di tutte le adozioni internazionali; nè di uniformazione delle relative norme di conflitto;

Sicchè – ferma la tutela delle aspettative legittimamente acquisite all'estero - la legge dello Stato a quo (dove risulta formato il provvedimento da riconoscere) non deve in ogni caso prevalere sulla legge dello Stato ad quem (richiesto). L'etichetta di legale provenienza da un ordinamento straniero non è, di per sé, un lasciapassare. L'ingerenza da parte della legge dello Stato ad quem, infatti, può essere giustificata. Si pensi ai casi di frode alla legge basati sulla costituzione fittizia di un rapporto giuridico in un territorio straniero in cui le parti sono consapevoli della natura fittizia del rapporto: dal che non possono rivendicare alcuna tutela ai sensi della CEDU.

Più in generale, come noto, l'art. 8 CEDU – come interpretato dalla Corte - nel garantire il rispetto della vita familiare contro ogni ingerenza pubblica, presuppone l'esistenza di una famiglia, (cfr. Marckx; Johnson c. Regno Unito, sentenza del 24 ottobre 1977); da intendersi nel senso di legami affettivi tra i suoi componenti (X, Y e Z c. Regno Unito, sentenza del 22 aprile 1997) onde consentire la piena integrazione del minore nella sua famiglia (Kroon e altri c. Olanda, sentenza del 27 ottobre 1994). Perciò la protezione a tutto tondo dell'individuo comporta la sussistenza di obblighi positivi in capo allo Stato – da interpretarsi alla luce della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza del 20 novembre 1989, v. Maire c. Portogallo, n. 48206/99 –; Stato che deve mantenere un equo bilanciamento tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della società nel suo insieme – le misure concrete in tal senso sono coperte dal cd. margine di apprezzamento (cfr. Pini e altri c. Romania, n. 78028/01 e 78030/01).

La Corte ribadisce poi, a più riprese che sebbene il diritto all'adozione non sia compreso tra i diritti riconosciuti dalla Convenzione (cfr. Fretté c. Francia, n. 36515/97) – omologamente, v. il matrimonio rispetto al dir. a sposarsi - , “(...) le relazioni tra un genitore adottivo e un figlio adottivo sono di norma della stessa natura delle relazioni familiari protette dall'art. 8 della Convenzione” (cfr. Pini e altri e X. c. Francia, n. 9993/82, Decisione della Commissione del 5 ottobre 1982).

Altro caso interessante rispetto ai meccanismi di riconoscimento/esecuzione nelle fattispecie cd. *limping* è quello che emerge con la causa Negrepontis-Giannisis c. Grecia del 2011, conclusasi con una sentenza secondo cui la Grecia, non riconoscendo un decreto di adozione emesso da un'autorità giudiziaria americana, aveva violato (plurioffensivamente) i diritti del ricorrente – ex art. 8 CEDU

ma anche il diritto alla non discriminazione ex art. 14, il diritto alla proprietà ex art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione e persino il diritto procedurale all'efficacia delle sentenze ottenute, come corollario del diritto all'equo processo protetto dall'art. 6 CEDU -.

Nel caso *de quo* il ricorrente era stato adottato dallo zio – monaco - poi ordinato vescovo della Chiesa Ortodossa Orientale di Cristo, la Chiesa Ortodossa Greca i cui “canoni e tradizioni sacre” godono del riconoscimento costituzionale e giuridico nell'ambito dell'ordinamento giuridico greco -. Secondo i precetti della Chiesa, i monaci non possono adottare bambini né possono contrarre matrimonio. Tuttavia, ciò non aveva impedito allo zio del ricorrente, un vescovo ortodosso di Detroit (Michigan), di adottare il ricorrente che all'epoca era studente negli Stati Uniti. Le parti avevano mantenuto la loro relazione adottiva per circa 14 anni fino alla morte dello zio. Da cui l'apertura della successione - in cui rientravano anche dei beni immobili siti in Grecia -. Un'altra parente del *de cuius* era riuscita ad ottenere dalla Corte Suprema Greca (Areios Pagos) una sentenza che stabiliva che il precetto canonico che impediva ai monaci di adottare figli facesse parte non solo del diritto civile della Grecia (mentre la regola che vietava ai monaci di sposarsi era stata abolita dalla riforma del 1982), ma anche dell'ordine pubblico ai sensi del diritto internazionale privato greco. Per questo l'adozione del ricorrente decretata dall'autorità giudiziaria americana non poteva essere riconosciuta, con esclusione dello stesso dalla successione.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto il mancato riconoscimento da parte della Grecia del decreto di adozione emesso dal Michigan come un'ingerenza nei diritti del ricorrente rimasta peraltro priva di giustificazione. Senza contare che i precetti canonici, considerati come norme vincolanti del diritto civile, erano troppo obsoleti (risalivano al primo millennio) per riflettere le condizioni dell'odierna società greca, quando la riforma legislativa del 1982 aveva per l'appunto già da tempo abolito gli effetti civili dei precetti più importanti che vietavano ai monaci di sposarsi.

5.2. *Status filiationis* e riconoscimento

La delicatezza e complessità delle problematiche sollevate dalle metamorfosi in materia di relazioni familiari si riscontra in pieno nel momento in cui l'interprete è alle prese col riconoscimento di titoli variamente attributivi dello stato di filiazione. Si parla, in tal senso, di rapporti di filiazione atipica – dove la specialità è data dalla vicenda sostanziale attributiva dello *status* -.

Di regola, come noto, la protezione del minore privo di genitori (ovvero l'esigenza di trasmissione dell'asse patrimoniale, in ipotesi di maggiorenni) trova nell'istituto dell'adozione la propria

naturale esplicazione; con conseguente recisione di ogni pregresso legame biologico; sennonchè, rispettivamente, il progressivo rilievo della libertà di autodeterminazione - a condizioni non discriminatorie – (ad ogni modo, il divieto nazionale di ricerca sugli embrioni crioconservati non viola l’art. 8 CEDU, ECHR, Parrillo vs. Italia, 27/8/15), inoltre, la preminenza del diritto alla conoscenza delle proprie origini (ECHR, Mandet vs. Francia, 14/1/2016; id. Moretti, Zhou, Manuello) come *species* del diritto all’identità personale (ECHR, Mikulic vs. Croazia, 7/2/2002; id., Genovese vs. Malta 11/10/2011) e, ancora, lo sviluppo delle tecniche di fecondazione assistita (dall’apertura alla PMA eterologa, v. ECHR, 28/8/2012, Costa Pavan; fino alla *surrogacy*, ECHR, 26/6/2014 Mennesson e Labassee; id., 24/1/2017 Paradiso Campanelli) hanno complessivamente indotto una certa metamorfosi dell’istituto (dell’adozione): da strumento per la realizzazione dell’(esclusivo, sostanzialmente) interesse del minore ad avere (almeno) un genitore, a mezzo (legale) di realizzazione (anche) del diritto alla genitorialità (ECHR, Frette e E.B. vs. France; Gas e Dubuois vs. France; persino di *single*³⁷; persino in assenza di legame col minore – che viveva da tempo col marito della madre - e contro la volontà del minore stesso, viene data prevalenza al riconoscimento richiesto dal padre biologico *sub specie* pure di diritto all’identità del minore, v. cit. Mandet vs. France³⁸).

Vengono in esame, in particolare, due ipotesi di riconoscimento – a seconda che si tratti di riconoscere (anche incidentalmente) un atto amministrativo ovvero un provvedimento giurisdizionale estero -.

In ogni caso, si tratta, come hanno precisato i giudici di legittimità, non già di verificare se “(...) *l’atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili) ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo desumibili dalla Carta Cost., dai trattati fondativi e dalla carta dei diritti fondamentali dell’UE, nonché dalla CEDU*” (Cass. 19599/2016).

Nel primo caso (riconoscimento di atto amministrativo), vengono in esame (per lo più) i casi di certificati di nascita formati all’estero.

³⁷ Sul punto aveva già avuto modo di pronunciarsi la Cassazione secondo cui: “(...) *può essere deliberata come adozione particolare la pronuncia straniera di adozione a favore di persona singola, purchè risulti comunque accertato lo stato di abbandono del minore, da valutarsi tenuto conto della peculiare realtà del paese di provenienza del minore stesso*” (Cass. 8/11/1994, n. 9278).

³⁸ Analogamente in ECHR, 15/9/11, Schneider vs. Germania si è detto che viola l’art. 8 CEDU ogni preclusione al superamento della presunzione di paternità pur se fondata su un legame fam. effettivo perché l’interesse del minore a negare contatti col padre biologico (col quale non vi siano – ancora – legami) deve essere verificato in concreto.

In linea generale, occorre sottolineare come l'interprete sia chiamato ad un vaglio di attendibilità meram. formale dell'atto pubblico proveniente dall'estero (Cass.10/10/03,n. 14545); venuto meno – di regola - ogni onere di legalizzazione - salvo che per i paesi extra UE ovvero non aderenti alla Conv. Aja 1996 e salva la residua applicabilità della cd. *apostille* (con conseguente necessità di convalida da parte del MAE) limitatamente ai paesi aderenti alla Conv. Aja 1967 (laddove non abr.da conv. Bruxelles 1987) -.

Ebbene, posto che, alla luce del combinato disposto degli artt. 12, VI L. 40/2004 e art. 9 c.p., chi commissiona una maternità (*surrogacy*) fuori dal territorio italiano non può essere perseguito penalmente in Italia - salvo che per alterazione di stato (art. 567 c.p.) e falsa attestazione/dichiarazione di qualità personali (495 c.p.) -; e fermo che il contratto di surrogazione è civilisticamente affetto da nullità assoluta per contrarietà a norme imperative (art. 1418 c.c.); i committenti (di cui almeno uno italiano) già al momento del rientro in Italia si vedono di regola negare il visto di ingresso da parte del Consolato/Ambasciata – che segnala pure all'Ufficiale di stato civile (del comune di residenza, competente per la trascrizione) e, per i risvolti penali, alla Procura (per i minorenni) -.

Peraltro, i predetti controlli preliminari, in quanto finalizzati alla tutela del minore e della di lui madre (biologica), sono stati giudicati interferenze legittime nella vita familiare delle parti, purchè esercitati entro il limite del margine di apprezzamento (da intendersi in senso ampio, trattandosi di questioni eticamente sensibili) – ECHR, 8/7/14, D. et A. vs. Belgio -.

Ad ogni modo va segnalato in materia che il Ministero degli Affari Esteri ha diramato un Protocollo (Prot. MAE, 11/8/2011) secondo cui “nel supremo interesse del minore” allo stesso deve essere comunque rilasciato un doc. di viaggio idoneo all'ingresso in Italia, persino laddove al funzionario consolare è nota la circostanza che la nascita deriva da maternità surrogata.

Resta, in ogni caso, lo scoglio del successivo rifiuto di trascrizione da parte dell'ufficiale di stato civile; ferme le iniziative del PM presso il TM che - accertate le circostanze della procreazione - è legittimato:

- in via generale, ad agire per la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore (ECHR, Grand Chambre, Paradiso campanelli);
- salvo intervenuta prova del legame biologico con almeno uno dei genitori; al che il PM può comunque decidere di impugnare l'avvenuto, non veridico riconoscimento da parte dell'altro genitore (committente) ai sensi dell'articolo 264, II c.c., nominando a tal fine un

curatore speciale del minore - avverso il quale i committenti possono proporre opposizione, rispettivamente, ai sensi dell'art. 67 L. 218/95 ovvero 96 DPR 396/00 -; con esiti non del tutto scontati, considerate le argomentate osservazioni sull'interesse del minore alla conservazione del legame genitoriale comunque instaurato, su cui la q.l.c. dell'ord.³⁹ di App. Milano, 25/7/16.

Orbene, complessivamente, l'analisi della giurisprudenza ha fatto emergere, tra le più recenti, ad es. le seg. fattispecie:

- il caso della tutela delle cd. co-madri (su cui, in generale, Cass. 12962 del 2016):
 - o App. Mi, 16/10/15 conferma il rifiuto di trascriz. limitatamente al solo matrimonio omosessuale - e relativa omologa della separazione in Spagna - in quanto inidonei a produrre effetti in Italia, Cass. 4184/2012; id. 2400/15; mentre dispone la trascrizione dell'adozione della figlia della (ex) *partner* ai sensi dell'art. 21 ss. reg. 2201/03, valutato in concreto l'interesse della minore alla relazione familiare (Cass. 601/13; ECHR, Menneson);
 - o App. Torino 29/10/14 similmente tutela la co-madre (peraltro donatrice di ovulo) ordinando la trascrizione del certificato di nascita del minore dalle proprie due madri alla luce del combinato disposto degli artt. 33 l. 218/95 e 19 DPR 396/00 (che, diversam.dal riconoscimento di crf.relativi a cittadini italiani di cui alle due norme prec., non richiama il limite dell'ordine pubblico) tenuto conto del *best interest* del minore da interpretarsi alla luce del rinvio mobile di cui all'art. 117, I Cost.;
 - o App. Napoli 30/3/16 riguarda l'opposizione al rifiuto di trascrizione del provvedimento di adozione "incrociata" dei rispettivi figli minori di due madri sposate in Francia e successivamente venute a risiedere in Italia; riconoscimento ottenuto ai sensi dell'art. 65 L. 218/95, nel merito richiamando l'orientamento espresso da Cass. 601/2013 secondo cui ritenere che sia contrario all'equilibrato sviluppo del minore il fatto di vivere in famiglia omoparentale è questione di merito, in questo caso riservata (esclusivamente) al giudice *a quo* francese;
- Il caso della trascrizione di atto di nascita da maternità surrogata diventa peculiarissimo, poi, nella vicenda affrontata da App.Milano 3990/2016 che ha disposto la trascrizione –

³⁹ La norma contestata è l'art. 263 cod. civ., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore nato da maternità surrogata, possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso, mentre non consente al giudice di valutare in concreto l'interesse del minore a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita.

considerata la conformità dell'atto alla legge di provenienza che è poi quella dei minori, in una con il loro interesse alla conservazione della relazione genitoriale instaurata – ebbene si trattava dell'atto di nascita di 2 gemelli nati da maternità surrogata in California da (ben) 4 genitori (madre biologica scelta dall'agenzia per fornire gli ovuli; madre gestazionale ingaggiata per portare a termine la gravidanza; mentre la coppia omosessuale committente aveva fornito il materiale spermatico per l'inseminazione, partitamente, di due diversi ovuli).

Ferma l'inoperatività – nei casi di riconoscimento in esame – dell'art. 46 reg. 2201/03 (che non regola lo *status filiationis*) si profilano, peraltro, dubbi in ordine ai seg. profili:

- a) sul mancato rinvio alle norme di cui agli artt. 65 e 66 l. 218/95;
- b) sul mancato coordinamento fra la disciplina di cui del reg. 2201/03 (già reg. 1347/00) e il DPR 396/00; ad es. in tema di opposizione (art. 67 L. 218/95 e art. 96 DPR 396/00)
- c) segnatamente, quanto a tale ultima fonte, sulla discrepanza fra il limite di compatibilità (ord. pub.) richiamato espressamente agli artt. 17 e 18 DPR 396/00 per il solo riconoscimento di certificati relativi a cittadini italiani - a differenza dal successivo art. 19 DPR cit. -.

Diversamente, quando si tratta di riconoscere provvedimenti giurisdizionali stranieri (per lo più, di adozione) viene in esame il rinvio di cui all'art. 41 L. 218/95.

La cui esegesi porta ad enucleare, di regola, tre distinte ipotesi di riconoscimento:

- Adozione (non legittimante) totalmente straniera (art. 41, I L. 218/95): adozione di maggiorenni o minorenni stranieri non in stato di abbandono ovvero da parte di stranieri all'estero ovvero adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44 lett. d L. 184/83⁴⁰; in tutti questi casi il riconoscimento segue le regole di cui agli artt. 64 ss. L. 218/95;
- Adozione internazionale (art. 41, II L. 218/95): adozione secondo la Conv. Aja 93 su istanza di qualsiasi sogg. residente in Italia (ovvero anche res. all'estero ma che intenda portare stabilmente il minore a risiedere in Italia); riconoscimento ai sensi dell'art. 35 L. 184/83 – con il limite del rispetto dei principi “fond. che regolano nello stato il dir.di fam.e

⁴⁰ Fermo che occorre verificare l'interesse in concreto del minore coinvolto, l'identità di sesso dei genitori – nei casi frequenti di ricorso ex art. 44 cit. – non può essere invocata per negare l'adozione in quanto discriminazione vietata ai sensi dell'art. 8 CEDU (ECHR, 19/2/13, X et a. vs. Austria).

dei minori, da valutare in relaz. al sup.int.del minore” e fermo, in ogni caso, il possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana sulle adozioni -;

- (in particolare) adozione straniera da parte di cittadino italiano in ipotesi di res. all'estero, da parte di questi, continuativamente, per 2 anni⁴¹: riconoscimento regolato (eccezionalmente) ai sensi dell'art. 36, IV L. 184/83 – senza i limiti predetti; fermo il controllo circa il rispetto dei principi di cui alla Conv. Aja 93: tra cui, l'int.del minore, la sussidiarietà del ricorso all'adozione e la necessaria intermediazione dell'AC per il controllo sull'effettiva sussistenza del decreto di idoneità genitoriale come sulle garanzie – *in primis* di informazione - sul procedimento -.

Tale ultima fattispecie è stata, appunto, specificamente oggetto di elaborazione in uno dei primi (recentissimi) interventi giurisprudenziali noti, in materia (TM Fi, decr. 7/3/2017); si tratta di due coevi decreti che riconoscono l'adozione omoparentale straniera: rispettivamente, di due minori già adottati in UK da genitori omosessuali ivi residenti ma con parenti in Toscana che intendono far frequentare ai figli; e di bambina di due anni già adottata e residente con i padri (uno italiano) a N.Y.

In definitiva, accanto ai primi, recenti riconoscimenti (tot.interni) di adozioni in casi particolari (in particolare, a seguito dell'emanazione della L. 76/16) in fattispecie di omogenitorialità (da ultimo, recentissimamente, si segnala, App. Mi, 9/2/17); ebbene l'adozione legittimante straniera ha trovato ingresso in Italia o per il tramite del vaglio di compatibilità di cui all'art. 64 ss. L. 218/95; ovvero – senza i limiti dell'ordine pubblico - attraverso le aperture consentite dall'adozione internazionale declinata *sub specie* dell'art. 36, IV L. 184/83.

Ferma l'incoercibilità della trascrizione dell'atto di nascita da maternità surrogata, dato il riconosciuto margine di apprezzamento degli Stati in materia – in partic. quanto alla valutazione del profilo del legame biologico - (Cass. 24001/14).

Sullo sfondo si richiamano, in quanto ritenute significative, due pronunce (non frequenti *decisum* in materia di relazioni familiari) dei giudici di Lussemburgo, rispettivamente:

- un primo caso (interessante anche di più vista la risalenza - CJEU, 10/12/68, C-7/68) in cui la Corte sottolinea l'incomerciabilità dei gameti umani (che non sono qualificabili

⁴¹ Non suff.allo scopo un soggiorno di periodo inferiore, ancorchè significativo (Cass., 18/3/2006, n. 6078).

- come *res*); ma al contempo è noto che PMA e le tecniche di crioconservazione rientrano nell'ambito delle prestazioni sanitarie oggetto di libera prestazione di servizi entro l'UE⁴²;
- nel secondo caso la Corte esclude che l'incapacità di procreare naturalmente costituisca, di per sé, un impedimento ad accedere/svolgere un impiego, quindi non costituisce un «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78; né la circostanza che la madre committente si occupi del bambino sin dalla nascita è atta a rimettere in discussione questa conclusione: sicchè, in definitiva, non si rinviene alcuna discriminazione nel fatto di negare la concessione di un congedo retribuito di maternità a una lavoratrice che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, in qualità di madre committente che non abbia – in quanto tale – portato a termine la gestazione (CJEU, Grande Sezione, 18 marzo 2014, C-363/12).

Da ultimo, un cenno al riconoscimento di adozioni straniere disposte a favore di *single* – ferma la non contrarietà all'ordine pubblico già predicata da Cass. 9278/94 cit. (v. sub nota 26) “(...) *dovendosi nella specie solo verificare che il giudice straniero abbia adeguatamente escluso la possibilità di un vero e proprio affidamento preadottivo ed abbia considerato l'interesse del minore*” -.

Sebbene l'art. 35, VI L. 183/84 faccia esplicito rif. al possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana sulle adozioni (il che ha portato i giudici di legittimità ad escluderne il riconoscimento, essendo l'adozione legittimante riservata a coniugi, Cass., 21/3/2006, n. 6078; id., 14/2/2011, n. 3572) quindi, allo stato, si esclude che soggetti singoli possano ottenere il riconoscimento in Italia di un provv. straniero di adozione di minore ai sensi dell'art. 36, IV L. 184/83; cionondimeno si registrano aperture nella giurisprudenza di merito che riflettono le seg. osservazioni:

- a) l'adozione (nazionale) da parte di *single* è (già) prevista non sono con effetti non legittimanti, ai sensi dell'art. 44 L. 184/83 ma anche piena ex art. 25, IV e V L. cit. in caso di morte di uno degli affidatari ovvero di loro separazione (TM Bologna, 27/4/2007); sarebbe possibile così direttamente riconoscere l'adozione ai sensi dell'art. 44 lett. d L. 184/83 valutato il legame di fatto instaurato col minore e riscontrata l'assenza di alternative in termini di affidamento preadottivo/adozione legittimante (TM Caltanissetta, 18/7/2011);
- b) l'adozione internazionale deve (del pari) ritenersi ammissibile negli stessi casi in cui è ammessa l'adozione nazionale (quindi tanto nell'ipotesi di adozione legittimante da parte di

⁴² In tal senso la decisione della *Court of Appeal – R. vs. Human Fertilisation and Embryology Authority – 1997*, che ha consentito ad una vedova inglese l'esportazione dei gameti del marito (prelevati quando era ancora in coma) per poter procedere in Belgio a fecondazione *in vitro – post mortem* – vietata in UK – vieppiù in assenza del consenso scritto del marito -.

una coppia quanto nell'ipotesi di adozione in casi particolari da parte di un *single*; Corte Cost. 347/2015);

- c) la (prossima) conv. di Strasburgo del 27/11/2008 sull'adozione dei minori ammette l'istituto in esame (anche se la conv.cit. non è stata ratificata dall'Italia⁴³ –).

Si segnala, all'esame del Parlamento, la proposta di legge n. 3832 del 16/5/16 intitolata, specificamente “Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione da parte di persone singole”.

5.3. La *Kafala*

Il divieto coranico di instaurare rapporti di filiazione – al di fuori del matrimonio - è alla base dell'istituto di protezione in esame. Il diritto islamico, infatti, conosce soltanto la filiazione legittima⁴⁴ (in linea paterna) mentre sconosce del tutto l'adozione⁴⁵.

La protezione dei minori in stato di necessità risulta perciò affidata (temporaneamente) ad un *kafil* (di solito, una coppia ma anche un ente di assistenza⁴⁶) che si assume l'obbligo – ratificato da un giudice (cd. *kafala* giudiziale⁴⁷) o da un notaio (cd. *kafala* negoziale⁴⁸) – di provvedere alla cura del minore (*markful*), fino alla maggiore età di questi⁴⁹, senza che ciò conduca all'instaurazione di alcun vincolo giuridico, né alla recisione dei rapporti con la fam.di origine.

A livello normativo la *kafala* è contemplata dalla Conv.di N.Y. del 1989 sui dir. del fanciullo (art. 20, III) e, da ultimo (quanto all'Italia, dopo una lunga fase di gestazione motivata dal fatto che trattasi di istituto sconosciuto al nostro ordinamento) la *kafala* è stata ricompresa fra le misure di protezione previste dalla Conv. Aja 1996 (art. 3, lett. e).

⁴³ Il 27 novembre 2008 è stato aperto alla firma dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa il testo di una nuova Convenzione sull'adozione dei minori, destinata a sostituire la precedente Convenzione di Strasburgo, sulla stessa materia del 24 aprile 1967 (e ratificata dallo Stato italiano con legge n. 357 del 22 maggio 1974).

⁴⁴ Il vincolo di filiazione, nei paesi di tradizione giuridica islamica, può instaurarsi solo attraverso il rapporto biologico e, limitatamente alla linea paterna, solo se avvenuto in costanza di matrimonio.

⁴⁵ L'adozione è vietata dal Corano (Sura XXXIII, 4).

⁴⁶ Per i non musulmani che intendono ricorrere alla *kafala* viene richiesto un atto ufficiale di conversione alla religione islamica.

⁴⁷ La *kafala* giudiziale si realizza avanti alla pubblica autorità competente (per la tutela dei minori, in genere, il governatore della Prefettura, cd. *wali*) la quale autorità mantiene un diritto/dovere di vigilanza sull'inserimento del minore nel nucleo fam. di accoglienza oltre al potere di emettere la necessaria autorizzazione in ipotesi di trasferimento all'estero (sia del minore che del *kafil*).

⁴⁸ La *kafala* negoziale è istituto atipico (non disciplinato dal dir. islamico); i genitori affidano, di regola, il figlio non abbandonato mediante un atto notarile che deve essere poi omologato dal tribunale.

⁴⁹ Per le donne, fino al matrimonio.

Ritenuta strutturalmente misura non assimilabile né all'adozione⁵⁰ né all'affidamento preadottivo (per le ragioni di cui alla sottolineatura *supra*), soprattutto tradizionalmente sospetta di aggiramento delle norme imperative sull'adozione⁵¹, l'istituto appare emblematicamente rappresentativo di come il controlimite dell'interesse del minore (qui massimamente valorizzato dall'esigenza di evitare situazioni claudicanti in nome del princ. della circolazione degli *status*) possa arrivare a superare la contrarietà all'ordine pubblico (persino, tendenzialmente) assorbendo (con ciò) il problema (preliminare) della qualificazione.

La giurisprudenza italiana, a quanto consta, ha avuto occasione di occuparsi di *kafala* soprattutto onde valutarne l'idoneità a fungere da presupposto in tema di ricongiungimenti; ma non solo: segue qui breve rassegna:

- azioni di stato (in ipotesi di nascita di figli non matrimoniali da genitori di cui uno italiano e l'altro cittadino di stato islamico):
 - dichiarazione giudiziale di paternità promossa da madre islamica (marocchina) nei confronti di padre italiano; anche a prescindere dall'allora vigente art. 17 disp.prel.c.c., il rinvio alla norma marocchina che si ispira ad un divieto assoluto di protezione della filiazione naturale della quale esclude qualsiasi rilievo, se non al fine (addirittura) di determinare conseguenze sanzionatorie (penali) a carico del padre, ebbene non può trovare riconoscimento nell'ord. interno per contrasto all'ord.pub. che alla filiazione (anche naturale) riserva rilievo costituzionale (Cass. 8/3/1999, n. 1951);
 - reciprocamente ha diritto a riconoscere la figlia naturale (nata da una relazione adulterina) un padre egiziano impedito dall'opposizione della madre peruviana; si applica la legge italiana ex art. 16 L. 218/95 in quanto la legge egiziana richiamata (che nega giuridicità alla filiazione naturale) produce effetti contrari all'ordine pubblico; il riconoscimento è diritto (personalissimo) alla acquisizione dello *status* (v. ECHR, 13/6/79, Marchx vs. Belgio che tutela il dir.a vedere accertato il proprio *status* ex art. 8 CEDU) indipendentemente dalla relazione dei genitori salvi limiti ex art. 30, III Cost.;

⁵⁰ Si segnala la norma di applicazione necessaria di cui all'art. 37bis L. 184/83 che, in ogni caso, al minore che si trova in Italia in stato di abbandono l'applicaz. della legge italiana; norma che talvolta si invoca proprio in materia di *kafala* sennonchè, si badi, nella *kafala* difetta il presupposto dello stato di abbandono.

⁵¹ Per l'orientamento in termini di esclusione di ogni forma di riconoscimento alla *kafala* si rinvia, da ultimo, a T. Reggio Emilia 9/2/2005.

- il riconoscim. può essere sacrificato solo per motivi gravi e irreversibili, tali da far ravvisare pericolo di seria compromissione sviluppo psicofisico del minore; non basta il mero pericolo (*i.e.*, dedotto fanatismo religioso) che – riconosciuto il minore italiano da padre tunisino – il nuovo genitore possa “attrarre” il figlio nell’ord. giur.straniero, considerato che il minore resta cittadino italiano (Cass. 28/12/2006, n. 27592);

➤ adozione (non legittimante)/affidamento preadottivo:

- negato riconoscimento su ricorso di coppia di *kafil* italiani – autorizzati dalla Comm.per le adoz.int. a diventare affidatari di due minori marocchini, da tempo con loro residenti in Italia – per l’impossibilità di riconoscere la *kafala* in Italia – con la precisazione finale che non sarebbe però precluso il ricorso dei coniugi ai sensi dell’art. 44 ss. L. 184/83 – (TM Trento, decr. 11/3/2002);
- ammesso riconoscimento alla *kafala* quale atto di volontaria giurisdizione, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 65-66 L. 218/95 e supera il vaglio dell’ordine pub.in considerazione del sup.interesse del minore (App. Bari, 16/4/2004; App. Torino decr. 28/6/2007);
- la *kafala* al massimo può essere equiparata (per effetti) all’affidamento (ma solo come presupposto per consentire il riconoscimento)⁵²; con la conseguenza, però, dell’inidoneità di *kafil* italiani (che non sono né tutori, né rappresentanti legali del minore⁵³) a presentare opposizione avverso la dich.di adottabilità di *markful* marocchino (Cass., 2/11/2005, n. 21395);

➤ ricongiungimento familiare:

problema: premesso che l’art. 29, II T.U. 286/98 equipara i minori affidati ovvero sottoposti a tutela ai fini del riconoscimento si tratta di stabilire se e in che termini possa rilevare l’affidamento del minore straniero in *kafala* ai fini dell’ingresso in Italia):

A) orientamento negativo (Cass., 1/3/2010, nn. 4868 e 4869; id. 19450/11⁵⁴): non è applicabile ai cittadini italiani la norma di cui all’art. 29 cit. – dettata specificamente a beneficio del cittadino extracomunitario (purchè regolarmente soggiornante) da

⁵² Ricongiungimento familiare del cittadino extra UE soggiornante in Italia.

⁵³ V. *sub* nota 10.

⁵⁴ *Contra*, specie nel merito, tra cui si segnala T.Brescia, 12/3/2010.

applicarsi estensivamente per non pregiudicare i minori provenienti da paesi in cui non è prevista l'adozione⁵⁵ – ma la diversa disciplina di cui al D.lgs.vo 30/2007 regolante l'ingresso, la circolazione e il soggiorno dei cittadini dell'UE e dei loro familiari (da intendersi come discendenti diretti ovvero adottati anche ai sensi dell'adozione internazionale);

B) orientamento positivo (S.U. 16/9/13, n. 21108): nulla osta all'ingresso del minore straniero in *kafala* per ricongiungimento a italiano (convivente o che debba assistere il minore) considerata l'inclusione nella nozione (non di “discendente” ma) di “altri familiari” di cui all'art. 3, II, lett. a D.lgs.vo 30/2007; interpretazione estensiva (analoga a quella operata da sempre quanto all'art. 29 cit.) giustificata da una duplice *ratio* antidiscriminatoria:

- la tutela dei minori cittadini stranieri da paesi che sconoscono l'adozione (rispetto ai minori italiani);
- la tutela dei cittadini italiani rispetto ai cittadini stranieri ai quali il ricongiungimento con minori affidati in *kafala* è da sempre consentito (la medesima *ratio* che giustifica, per gli stranieri, l'int. estensiva dell'art. 29 cit. non può poi certo det. discriminazioni alla rovescia ai danni di cittadini italiani).

In definitiva, i giudici di legittimità hanno (finora) sempre escluso, ad ogni modo, che il riconoscimento della *kafala* ai fini del ricongiungimento (familiare) possa valere (in particolare, a beneficio di cittadini italiani) al di fuori di tale circoscritto contesto (giammai come adozione legittimante, Cass., 23/9/2011, n. 19450).

E' ben vero che la Corte non ha mai affrontato, in via diretta, il tema della qualificazione della *kafala*, nel senso della sua compatibilità o meno con i principi dell'ordinamento italiano.

Trattandosi di questione rimessa al legislatore e, appunto, da ultimo, superata a seguito della ratifica della Conv. Aja 1996 (v. *amplius, supra*); da notare l'inserimento, significativamente proprio in tema di *kafala*, di uno specifico obbligo di cooperazione (art. 33 conv.cit.) *sub specie* di consultazione nel caso di collocamento di un minore in una fam.affidataria o in un istituto ovvero della previsione di assistenza mediante *kafala* o analogo istituto, quando tali fattispecie debbano avvenire all'estero, in altro stato contraente. In tali ipotesi l'autorità che ha in corso la valutazione sul collocamento è tenuta ad avviare una specifica consultazione con l'AC (autorità Centrale) dello stato nel quale il minore

⁵⁵ Cass., 20/3/2008, n. 7472; id. 19734/08; 1908/10.

dovrebbe essere collocato, provvedendo a trasmettere uno specifico *report* sulla condizione del minore, nel quale siano indicate le ragioni della misura onde ottenerne il consenso. Presupposto indispensabile ai fini della successiva circolazione della misura tra gli stati contraenti – ai sensi e con gli effetti dell’art. 23 Conv. cit. -.

Sicchè, ad oggi, fermo che la *kafala* non crea né elide vincoli di filiazione e ferma la non automatica assimilabilità della *kafala* all’adozione (su cui, espressamente anche ECHR, 4/10/2012, Harroudj vs. France⁵⁶) l’istituto va ricondotto alle misure di protezione dei minori che, per il tramite dell’art. 42 L. 218/95, sono disciplinate “in ogni caso” a livello convenzionale⁵⁷; *de residuo*, il riconoscimento in Italia di provv. di *kafala* passerebbe pur sempre di regola – per il tramite dell’art. 41, I L. 218/95 - attraverso gli artt. 64 ss. L. 218/95; salvo ricorso (*ex novo*) all’adozione particolare di cui all’art. 44 lett. d L. 184/83.

Dal che permane l’attualità del monito della Cassazione al giudice di merito richiamato al delicatissimo compito di procedere alla qualificazione dell’istituto di volta in volta richiamato dalla fattispecie (anche laddove sconosciuto all’ord. interno, es. *kafala* o altro) istituto il cui riconoscimento è da valutare certamente (ai sensi del cd. rinvio mobile di cui all’art. 117, I Cost.) sotto il profilo della conservazione del legame fam. e dell’interesse del minore (come impone la Corte di Strasburgo in nome del principio di continuità degli *status*) ferma la verifica nella fattispecie degli effetti eventualmente contrari all’ord. pub. (Cass. 21/11/11, n. 24560; id., 1843/2015).

6. Sistemi matrimoniali e delle unioni affettive: problemi di riconoscimento

La circostanza che vi siano istituti noti e disciplinati in alcuni paesi ma ignoti ad altri pone il problema del riconoscimento dei relativi effetti all’estero, con implicazioni evidenti in tema di *status* (*i.e.*, vanificazione delle aspettative di tutela del titolare della posiz.giur.sogg.).

Preliminarmente va precisato che, in tali ipotesi, l’operazione di qualificazione va distinta in due fasi diverse:

⁵⁶ Non viola l’art. 8 CEDU il divieto di riconoscimento con effetti di adozione legittimante di un provv. di *kafala* emesso in Algeria nei confronti di una minore algerina in favore di cittadina francese. Lo Stato può rifiutare l’adozione di un minore in *kafala* (a cittadino interno). La legge francese stabilisce che non può essere adottato un minore il cui Paese di origine vieta l’adozione stessa. Fermo l’ampio margine di discrezionalità riconosciuto agli stati nella disciplina della materia, la Corte valorizza il fatto che la legislazione francese garantisce i medesimi effetti di tutela, pur se graduale, realizzando così un giusto equilibrio tra diritto all’adozione, integrazione e tutela del legame con il proprio paese di origine.

⁵⁷ L’art. 42 L. 218/95 opera la cd. nazionalizzazione della conv. Aja. Ma pare ormai superato dalla ratifica della Conv. Aja 1996 il richiamo che ancora la norma fa alla Conv. Aja 1961.

I) l'individuazione della norma di conflitto ritenuta applicabile da effettuarsi secondo la *lex fori*;

II) l'individuazione della norma materialmente applicabile ex lege causae – salvo il limite delle norme di applicazione necessaria e, in ogni caso, in nome della coerenza e armonia interna dell'ordinamento, in materia di diritto pubblico, le nozioni di rinvio su *status* e matrimonio vanno ricostruite secondo l'ordinamento giuridico interno -.

Il legislatore europeo, infatti, non fornisce alcuna nozione di “famiglia”, né di “matrimonio”, né di “coniuge”, né di “figlio” – evidentemente onde rispettare le diverse tradizioni giur.naz. – sicchè si tratta di campi oggetto di prerogativa esclusiva (cd. *domain reservè*) dei singoli SM. Riscontro di ciò, lo si trae riscontro, ad es., espressamente:

- dalla lettera dell'art. 21 reg. 4/2009, in materia di obl. alimentari, secondo cui l'esistenza del rapporto di famiglia va valutata non in base alla *lex causae* – che potrebbe ammettere tipi di relazioni sconosciute nell'ord.interno – ma appunto secondo la *lex fori*;

- dal (successivo) art. 22 reg. cit. che stabilisce che il riconoscimento di una decisione in materia alimentare non comporta in alcun modo il riconoscimento del rapporto di fam.sottostante;

- l'art. 1 del reg. 2201/03 esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione la determinazione o l'impugnazione dello *status filiationis*;

- similmente l'art. 1.2 lett. b reg. 1259/10 prescrive che il reg. non si applica in materia di esistenza, validità e riconoscimento di matrimoni, nemmeno come questioni preliminari.

La questione della trascrivibilità di atti di matrimonio provenienti dall'estero attiene, comunque, al matrimonio cd. atto (e non al matrimonio-rapporto); in tema si segnala, peculiarmente, Cass. 15343/2016 che ha ritenuto trascrivibile il matrimonio pakistano celebrato via Skype in quanto “(...) se l'atto matrimoniale è valido per l'ordinamento straniero, perché da esso considerato idoneo a rappresentare il consenso dei nubendi in modo consapevole, esso non può ritenersi contrastante con l'ordine pubblico solo perché celebrato in una forma non prevista dall'ordinamento italiano” (peraltro, già con l'art. 111 c.c. si prevede il matrimonio per procura, derogandosi così alla presenza contestuale dei nubendi alla celebrazione richiesta dall'art. 107 c.c.).

La trascrizione di matrimonio straniero può riguardare matrimoni celebrati (all'estero⁵⁸) tanto tra cittadini italiani che tra stranieri.

⁵⁸ Presupposto è che l'atto sia valido ed efficace per l'ordinamento di provenienza ex art. 28 L. 218/95.

Ebbene fermo il rispetto delle formalità prescritte nel luogo di celebrazione (art. 28 L. 218/95) e fermo il rinvio alla legge nazionale di ciascun nubendo (ovunque avvenga la celebrazione; art. 27 L. 218/95), il cittadino italiano che scelga di contrarre matrimonio all'estero risulta comunque soggetto alle disposizioni di cui agli artt. 84 ss. c.c. (art. 115 c.c.); e, ancora, va detto che mentre nel primo caso (cittadini italiani) vengono in rilievo gli artt. 17 e 18 del DPR 396/00 – con l'espresso limite di compatibilità dell'ordine pubblico -; nel secondo caso (cittadini stranieri) l'art. 19 del DPR cit. non ripropone espressamente tale limite (ma l'art. 63, II, lett. c DPR cit. si riferisce genericamente agli atti di matrimonio celerati all'estero).

Ciò premesso, si tratta di fare applicazione dei principi sul riconoscimento (e, ancor prima, sulla qualificazione) con riferimento ad istituti matrimoniali non contemplati ovvero diversamente (anche in modo radicalmente difforme) disciplinati nel nostro ordinamento – rispetto a quello di origine -.

Con la precisazione che – secondo costante orientamento giurisprudenziale⁵⁹ – la trascrizione dei matrimoni stranieri – a differenza da quelli religiosi – ha una mera efficacia certificativa (cd. pubblicità notizia) di effetti che si producono *ex se*, in automatica in forza delle leggi straniere (del paese di celebrazione) –.

Preliminarmente (processualmente) va considerato comunque che la fase di riconoscimento – anche laddove automatico, ai sensi degli artt. 21 ss. reg. 2201/03 – resta valutazione autonoma e distinta rispetto al (precedente) giudizio di delibazione: il quale aveva, appunto, ad oggetto la dichiarazione di efficacia/inefficacia della pronuncia straniera (sul modello dei cd. giudizi di accertamento – non costitutivo -). E il nuovo sistema del riconoscimento automatico se è ben vero che non conosce fasi rescissorie e, quindi, all'AG è precluso decidere la causa nel merito⁶⁰; è altrettanto vero che al giudice non viene affatto precluso un vaglio di merito sul contenuto del provvedimento straniero – secondo il solco tracciato, rispettivamente, dagli artt. 22 ss. reg. 2201/03 e dagli artt. 64 ss. L. 218/95 per i paesi extra UE -.

Dall'autonomia del giudizio di riconoscimento deriva, ad un tempo:

- lo stretto raccordo fra la disciplina processuale e le situazioni sostanziali da riconoscere; con la conseguenza di applicare anche ai giudizi di riconoscimento/esecuzione – laddove richiesto – le norme processuali che il legislatore interno ha costruito in relazione ai processi di quelle det. materie appunto ogg. di riconoscimento;

⁵⁹ A partire da Cass., 28/4/90, n. 3599; sino a Cass., 18/7/13, n. 17620.

⁶⁰ Il riesame nel merito era previsto dall'(abr.) art. 798 c.p.c., divenuto incompatibile con i principi su cui si fonda la circolazione delle sentenze straniere, principi recepiti dal nostro sistema di d.i.p. già a partire dal reg. Bruxelles I (v. poi art. 19 reg. 44/2000).

- sicchè non soltanto è necessaria la partecipazione del PM ma – altresì – risulta pienamente applicabile il disposto di cui all’art. 72, IV c.p.c., a proposito dell’impugnazione da parte del PM delle sentenze che dich.l’efficacia o l’inefficacia di sent.straniere relative a cause matrimoniali – non di separazione -.

Nella prassi problemi di riconoscimento per incompatibilità sorgono con riferimento alle varie forme di unioni civili (anche matrimoniali ma non solo e, inoltre, omoaffettive) più o meno disciplinate dall’ordinamento interno; così con rif. ad istituti propri del dir.islamico (come la poligamia e il ripudio). Quanto a queste ultime figure si rinvia *amplius infra*.

Sui variegati modelli di unioni civili/sistemi matrimoniali che regolamentano la vita di coppia – di fatto ovvero sottoposti a registrazione, in via amministrativa o giudiziaria – ebbene è soprattutto a partire dagli anni ottanta che la dottrina (in particolare nordeuropea) comincia ad interrogarsi sul progressivo sgretolamento del paradigma eterosessuale come presupposto per l’accesso al matrimonio⁶¹/altra unione riconosciuta (significativamente, risale appunto al 1989 la prima normativa, danese, di tutela per le coppie omosessuali).

L’evoluzione normativa e l’approfondimento dottrinale che ne sono scaturiti hanno enucleato, sostanzialmente, tre differenti regimi di riconoscimento (normativo):

- Modello cd. scandinavo: fondato sulla equiparazione sostanziale al matrimonio eterosessuale, secondo il principio del *separate but equal*, con conseguente estensione del medesimo modello di matrimonio anche alle coppie omosessuali (Danimarca, Norvegia, Svezia e Islanda);
- Modello cd. francese: si tratta dei cd. PACS (*pacte civile de solidarité*) introdotti nel 1999, come contratti con cui le parti (anche eterosessuali, naturalmente) sono libere di regolare i loro reciproci rapporti purchè nei limiti della cornice normativa di riferimento – che prescrive la convivenza, reciproci obblighi di assistenza, determina le modalità di scioglimento; mentre non sono previsti diritti successori -;
- De residuo: paesi come la Germania, l’UK, la Svizzera, l’Austria e, da ultimo, pure l’Italia – a seguito dell’emanazione della L. 76/16⁶² -, hanno in comune la circostanza di garantire tramite specifici interventi normativi talune prerogative tipiche dell’istituto matrimoniale anche alle coppie omosessuali; senza alcuna equiparazione.

⁶¹ Fino alla nota ECHR, 24/6/2010, Schalk und Kopf che, ad ogni modo, distingue fra l’obbligo di fornire una cornice giuridica alle coppie omoaffettive e la facoltà di farlo ricorrendo a det. istituti (es. matrimonio).

⁶² La definitiva messa in mora dell’Italia è venuta, da ultimo, *post* ECHR, 21. 7. 2015, Oliari.

Quanto al riconoscimento di unioni civili contratte all'estero occorre premettere il rinvio all'art. 12^{quinquies} della L. 897/70 e succ. mod. (v. art. 1, co. 25 L. 76/16) nel senso che si applica la L. div. italiana allo straniero la cui legge nazionale non disciplina lo scioglimento del vincolo.

Inoltre, da ultimo, si segnalano i nuovi artt. 32bis ss. L. 218/95 come inseriti ad opera del D.lgs.vo 19/1/17, n. 7 che ha dato attuazione all'art. 1, co. 28 della L. 20/5/2016, n. 76 (che diventa norma di applicazione necessaria) per il riordino delle norme di d.i.p. in materia di unioni civili. In particolare, l'art. 32-quinquies L. 218/95 equipara l'unione costituita all'estero tra cittadini italiani res. in Italia, appunto agli effetti della legge italiana.

Problemi di riconoscimento dell'atto matrimoniale in genere sono venuti in esame da tempo, prevalentemente, in materia di ricongiungimento; sul punto, l'art. 2 lett.b) n. 2 della dir. 2004/38⁶³ espressamente ricomprende fra i familiari anche il *partner* di un'unione registrata – semprechè si tratti di unione stabile debitamente attestata, anche laddove non equivalente al matrimonio -. Medesima *ratio* quanto alle richieste di riconoscimento da paesi extra UE, nel senso che sebbene l'art. 4, par 3 della dir. 2003/86 non prescriba una specifica disciplina, i giudici di legittimità hanno sottolineato che la normativa in materia di permesso di soggiorno per motivi fam.presuppone una nozione di familiare delineata dal legislatore italiano, quindi secondo la *lex fori* (Cass. 17/3/09, n. 6441).

Più specificamente, quanto al matrimonio omosessuale il principio della diversità di sesso fra i nubendi era considerato internazionalmente *self evident*, una sorta di criptotipo (non necessariamente corrispondente, cioè, ad alcuna norma vigente, salvo rare eccezioni nazionali) rappresentativo di una caratteristica latente dell'istituto matrimoniale. L'uniformità dello scenario internazionale ha cominciato a venir meno a partire dal 2001, quando il matrimonio omosessuale è stato riconosciuto espressamente negli ordinamenti di Paesi Bassi, Belgio (2003) e Spagna (2005).

In Italia la preclusione al matrimonio per le coppie omosessuali si ricava, indirettamente, dal combinato disposto degli artt. 107, 143 c.c. e 63 DPR 396/00.

Inoltre, mentre l'art. 9 della (più recente) Carta di Nizza garantisce, neutralmente, il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia – sempre però nel rispetto delle leggi nazionali che ne disciplinano

⁶³ Come modificata con L. 97/2013 intervenuta a seguito di procedura di infrazione – nei casi di impossibilità di ottenere attestazione pubblica, era necessario consentire alle parti di dare prova dell'effettività della convivenza -.

l'esercizio (Corte Cost. nn. 138/10 e 170/14) -; l'art. 12 CEDU limita il dir.di sposarsi solo a coppie costituite da uomini e donne⁶⁴.

E se l'art. 8 CEDU riconosce la relazione omosessuale stabile come relazione familiare da tutelare; è altrettanto vero che se è espressamente previsto il diritto a sposarsi e a costituire e vedere riconosciuti i propri legami fam., non è, invece, un diritto l'accesso al matrimonio (sebbene non più – in generale - modello esclusivo degli eterosessuali, ECHR, 24/6/2010, Schalk und Kopf v. *sub* nota 49).

La giurisprudenza si è posta, in materia, su posizioni agli antipodi.

- A) Un primo orientamento ammette la trascrivibilità del matrimonio *same sex* purchè fondate su rapporto valido per l'ordinamento straniero e legame fam. effettivo, come tale da non discriminare (Cass.4184/2012; id. 17620/13; T. Grosseto 9/4/14 giunge ad affermare che l'eterosessualità non è condizione inderogabile in quanto non prevista ex art. 84 ss. c.c.);
- B) un secondo orientamento (più cauto) - presupponendo l'eterosessualità come requisito essenziale per contrarre matrimonio in Italia -, conviene sulla rilevanza costituzionale delle unioni omoaffettive stabili che per questo il legislatore deve sollecitamente provvedere a proteggere ai sensi dell'art. 2 Cost., beninteso senza obbligo di adottare una o altra specifica cornice normativa⁶⁵ (Corte Cost 170/2014⁶⁶; Cass. 2400/15).

Resta legittimo, allo stato, il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni del matrimonio celebrato tra persone dello stesso sesso (es., v. App. Firenze, 27/6/2008) e, ciò, per due ordini di considerazioni:

⁶⁴ Nello stesso senso (dir.di sposarsi a uomini e donne in età adatta) la dich.Univ.dir.uomo del 1948 (art. 16); e così l'art. 23 del Patto int.relativo ai dir.civ. e politici del 1966. In realtà in queste carte, come nella CEDU, il riferimento a "uomini e donne" va inteso non nel senso di individuare la portata dei destinatari del diritto; ma semplicemente come rinvio volto a circoscrivere la portata dell'istituto matrimoniale – come variamente declinato dalle legislazioni interne – alle relazioni intercorrenti appunto, fra uomini e donne, nel loro complesso; tutti indistintamente coperti dalla predetta garanzia convenzionale (diritto di sposarsi).

⁶⁵ Evidenza Cass. 9/2/2015, n. 2400 che è del tutto legittima la scelta del legislatore di mancata estensione del regime matrimoniale alle coppie omoaffettive; in linea con quanto già affermato da Corte Cost. 138/2010 (secondo cui le unioni omoaffettive rappresentano certamente una formazione sociale ex art. 2 Cost. ma non idonea a costituire una famiglia fondata sul matrimonio - stante l'imprescindibile (potenziale) "*finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale*"; con la conseguenza della non omogeneità delle unioni omosessuali a quelle matrimoniali ammesse tanto che, opinare diversamente, significherebbe - afferma la Consulta - "*procedere ad un'interpretazione creativa (...) non una semplice rilettura del sistema*" non potendo pertanto il precetto costituzionale "*essere superato per via ermeneutica*").

⁶⁶ E' incostituzionale il cd. divorzio automatico che segue al cambio di sesso di uno dei coniugi laddove non è prevista un'altra forma di convivenza tutelata. Ma significativamente la Corte non basa la declaratoria di incostituzionalità sugli artt. 3, 24 e 19 Cost. ma solo sull'art. 2 Cost. (eterosessualità è il tratto che connota il matrimonio).

- non tanto per la contrarietà o meno all'ordine pubblico (limite espressamente menzionato, da ultimo, ancora da da T. Latina, decr. 10/6/2005); in conformità con le note circ. del Min. Interno;
- piuttosto per la non riconoscibilità di tale atto di matrimonio perciò inidoneo a produrre qualsivoglia effetto nell'ord.giur.italiano (Cass. 15/3/12, n. 4184).

Sono seguite (con posizioni che si discostano peculiarmente dalle tesi della Cassazione) due specifici filoni di pronunce del Consiglio di Stato:

- A) un primo filone – nel richiamare la categoria dell'inesistenza del matrimonio omosessuale – ha confermato i decreti prefettizi di annullamento della trascrizione (disposta dal Sindaco) di atto matrimoniale contratto all'estero, da coppia dello stesso sesso, annullamento in autotutela che – secondo i giudici - deve ritenersi espressione del potere del superiore gerarchico (Prefetto) di rimozione dell'atto illegittimo (trascrizione sindacale) per violazione del presupposto indefettibile della diversità di sesso fra i nubendi; in ottemperanza alla nota circ. Min.Int. 7/10/2014 (che vieta tale trascrizione). Da cui (peraltro) l'affermazione della giurisdizione del GA (Cons. St., III, 26/10/2015, n. 4897; id. n. 4899);
- B) un secondo (opposto) orientamento ha concluso per la illegittimità dell'annullamento prefettizio, per carenza di potere/difetto assoluto di attribuzione sulla base del disposto di cui all'art. 453 c.c., considerata l'assenza di una fonte normativa dell'atto gerarchico (non potendosi qualificare fonte la cit.circ.min.) né essendovi altra fonte (es. ordine giudiziale; Cons. Stato, sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5047).

Dopodichè è stata emanata la L. 76/2016. Con conseguente introduzione – per la prima volta in Italia – di un paradigma di riconoscimento per le unioni civili registrate e le convivenze a tutela (anche) delle unioni omoaffettive (anche con elementi di estraneità, v. art. 32-*quinquies* L. 218/95).

Interessante, infine, sempre in tema delle unioni omoaffettive, l'intervento della Corte di Giustizia⁶⁷ secondo cui una normativa che riconosca solo al coniuge superstite e non anche al *partner* superstite di un'unione solidale omosessuale la pensione di reversibilità costituisce un'ipotesi di discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale e vietata dal combinato disposto degli artt. 1 e 2 della Direttiva 2000/78; laddove nel diritto nazionale i partner dello stesso sesso siano in

⁶⁷ CJEU, 1/4/2008, Tadao Maruko. Tra l'altro la Corte osserva: "È vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il diritto comunitario non pregiudica tale competenza. Tuttavia, occorre ricordare che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione (v., per analogia, sentenze 16 maggio 2006, causa C-372/04, Watts, Racc. pag. I-4325, punto 92, e 19 aprile 2007, causa C-444/05, Stamatelaki, Racc. pag. I-3185, punto 23)".

posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda tale prestazione. In tal modo, la violazione del principio di non discriminazione viene fondata sul presupposto dell'esistenza di una legge nazionale che equipari i partner di un'unione omosessuale e i coniugi, con ciò confermando la competenza dei singoli Stati in tale materia.

Sempre più frequentemente – anche a fronte delle spinte (non solo interne) di liberalizzazione e degiurisdizionalizzazione del diritto delle relazioni familiari – vengono poi in esame fattispecie di cd. private divorce⁶⁸ tra le quali, più specificamente per la materia in esame, la richiesta di riconoscimento (ai sensi dell'art. 66 L. 218/95, quali atti di volontaria giurisdizione) e la conseguente trascrizione dei cd. certificati di divorzio notarili.

Il primo paese che ha introdotto tale forma di scioglimento non giurisdizionale del vincolo è Cuba.

Il problema che si pone è duplice.

- a) da un lato si tratta di stabilire l'eventuale riconoscimento di un istituto che resta sconosciuto al nostro ordinamento;
- b) dall'altro lato si tratta di valutare l'operatività dell'eventuale *optio legis* che i coniugi – ai sensi dell'art. 5 reg. 1259/10 - avessero fatto per una legge straniera che riconosca il divorzio consensuale notarile.

Il problema *sub b)* non può trovare riscontro nella pratica, nel senso: il rinvio ad una legge che riconosca il divorzio notarile o, del pari, ove tale legge fosse quella richiamata dal nostro sistema di d.i.p., ciò non varrebbe comunque complessivamente a legittimare l'esercizio di una tale competenza da parte dei notai di uno Stato che – come il nostro – non riconosca detta competenza a livello normativo.

Non resta che affrontare il problema *sub a)*.

Che va risolto quanto agli SM UE con il principio di riconoscimento automatico ai sensi degli artt. 21 ss. reg. 2201/03 a prescindere dalla forma, dall'autorità emanante e dal carattere definito o meno del provvedimento (richiesto, il passaggio in giudicato, solo ai fini dell'aggiornamento, pure automatico, dei registri di stato civile).

⁶⁸ In realtà, la semplice volontà dei coniugi con efficacia direttamente dismissiva del vincolo (questo il cd. *private divorce*) rappresenta il portato più estremo del cit. *trend* di degiurisdizionalizzazione in materia di crisi separativa. Allo stato però, ferme le verifiche procedurali ad oggi ancora richieste ai fini dello scioglimento del rapporto matrimoniale e l'inapplicabilità – a quanto consta – dell'art. 46 reg. 2201/03 (per cui si chiede l'efficacia esecutiva del crf.) i divorzi privati paiono ancora contrari all'ordine pubblico.

Invece, operano gli artt. 64 e ss. l. 218/95 quando la richiesta di riconoscimento abbia ad oggetto provvedimenti di paese extra UE; e semprechè, beninteso, la disciplina richiamata possa essere applicata ai richiedenti – ove cioè gli stessi non risultino inderogabilmente assoggettati alla giurisdizione italiana, vertendosi, infatti, in materia di *status* non può trovare applicazione alcuna deroga convenzionale di giurisdizione ex art. 4 L. 218/95 (Cass., 12/3/14, n. 5710) -.

Perplessità suscitano richieste di riconoscimento (anche in via incidentale) in fattispecie che non presentano elementi di estraneità diversi dalla pronuncia di divorzio straniera da riconoscere (è il caso, ad es. del divorzio amministrativo ottenuto in Giappone da due cittadini italiani, residenti in Italia; forse non scevri da intenti elusivi).

Il Ministero dell'Interno ha invece chiarito che non sono, al contrario, riconoscibili i cd. divorzi olandesi: certificati divorzili che si ottengono all'esito di una (mera) volontaria conversione (secondo modalità varie) del rapporto matrimoniale in convivenza registrata, con successiva ulteriore dich. questa volta di scioglimento, resa dalle parti direttamente all'ufficiale di stato civile (circ. 18/7/2007, n. 40).

Del pari esclusi dal novero dei provvedimenti riconoscibili, secondo la giurisprudenza che li ha studiati (anche in termini di volontaria giurisdizione ex art. 66 L. 218/95) i certificati amministrativi di divorzio russo (App. Firenze, 19/4/1999).

6.1. La poligamia

L'etimo (greco) del termine "poligamia" rivela il significato di "matrimonio plurimo" – nella pratica, modello di ispirazione religiosa, diffuso nei paesi di diritto islamico come pure, con tratti fortemente autoctoni, presente già dall'Ottocento nella comunità mormona statunitense e canadese; strutturalmente, quasi esclusivamente monoandrico poliginico simultaneo -.

In regresso nei paesi islamici – il Corano autorizza la poligamia; il nuovo codice della famiglia, invece (*Moudawana* 2004) favorisce l'opzione monogamica – il matrimonio è una delle poche figure di contratto previste dall'ordinamento; nel diritto di famiglia islamico, in partic., il matr. (poligamico o meno) ha un duplice oggetto: l'attribuzione al marito di diritti sulla persona della moglie e, correlativamente, l'attribuzione alla moglie del diritto a un corrispettivo (donativo nuziale e mantenimento). Con la differenza che mentre l'uomo può sposare anche donne non musulmane – purché "gente del Libro", cioè ebreo o cristiano -; la donna può sposare solo uomini musulmani.

La validità del matrimonio (*nikah*)⁶⁹ è subordinata alla sussistenza di 4 pilastri:

- capacità giuridica dei nubendi;
- consenso libero;
- intervento del tutore (*wali*) – a convalida del consenso della donna anche laddove maggiorenne –;
- costituzione del cd. donativo nuziale (*mahr*).

Ferma la non riconoscibilità/intrascrivibilità del matrimonio poligamico⁷⁰ – radicalmente nullo, considerato il combinato disposto degli artt. 86, 116 e 117 c.c.; di più, è reato (art. 556 c.p.) - i punti di attrito che più significativamente sono venuti all'esame della giurisprudenza⁷¹ hanno riguardato, rispettivamente:

- il matrimonio-atto:
 - non riconoscibile il matrimonio celebrato telefonicamente – seppur validamente secondo l'ordinamento pakistano – sia per insussistenza del vincolo (a parte il certificato di matrimonio, mancando ogni prova di legame di convivenza effettivo) sia per il mancato consenso della prima moglie alle nozze (poligamiche) del marito; in fattispecie di ricongiungimento fam. (App. Milano 24/9/2003; senza contare eventuali intenti elusivi – i.e., matrimonio celebrato all'unico scopo di consentire l'ingresso dello straniero nel territorio dello stato, T. Milano, 2/2/2007; della spinosa questione dei matrimoni cd. fittizi si è occupata rilevantemente la Commissione v. *report* COM (2014)26/9/14);
 - in ipotesi di matrimonio di islamica a cittadino di stato non islamico, viene in considerazione l'ordinario rifiuto di nulla osta opposto dalle autorità dello stato suo (di lei) di origine. L'ufficiale di stato civile (italiano) potrebbe allora direttamente invocare il limite dell'ordine pubblico – ex art. 16 L. 218/95 – e procedere comunque alla celebrazione, essendo il diniego del nulla osta su basi religiose evidentemente

⁶⁹ Il diritto islamico conosce anche un'altra forma di matrimonio (*mut'a*) una sorta di accompagnamento temporaneo ad una donna, i cui figli diventano eredi legittimi ma restano pur sempre al padre.

⁷⁰ Nel senso duplice che:

- a) un matrimonio poligamico non può essere validamente celebrato in Italia, neppure laddove uno dei nubendi sia straniero (valendo sì il richiamo alla legge naz. di ciascun nubendo ex art. 27 L. 218/95 ma da integrare con la norma di applicazione necessaria di cui all'art. 86 c.c. – richiamata, a sua volta, dall'art. 116 c.c. -);
- b) *nulla quaestio* poi sulla contrarietà all'ordine pubblico italiano del matrimonio poligamico celebrato all'estero, radicalmente nullo e intrascrivibile, dunque.

⁷¹ Non molti i casi di poligamia espressamente affrontati, a quanto costa, nei repertori; la giurisprudenza essendosi occupata di tale materia, per lo più, incidentalmente ovvero quale questione preliminare di *petita* diversi – ferma la detta contrarietà all'ordine pubblico interno -.

contrario al principio di non discriminazione (Corte Cost. 30/1/2003, n. 14). E' molto più frequente, però, la via del rifiuto con conseguente ricorso dei nubendi ai sensi dell'art. 96 DPR 396/00 e, di seguito, la dispensa giudiziale dalla produzione del certificato (ma sul punto è pure intervenuta apposita circ. Min.Int. 11/9/2007, n. 46 che ha risolto imponendo agli ufficiali di stato civile di non tenere conto della condizione ostativa relativa alla fede religiosa eventualmente opposta da autorità straniere nel nulla osta matr.);

- trascrivibile in Italia solo il primo matrimonio celebrato con rito islamico (circ. Min.Int. 3/10/1988, n. 1) – non si tratta dunque di trascrizione di matrimonio poligamico ma del riconoscimento di un solo (qualsivoglia fra gli altri) matrimonio del poligamo - con riconoscimento dei conseguenti effetti (civili) limitatamente a tale primo matr. –; con la precisazione che gli altri matrimoni contratti all'estero dal bigamo restano efficaci (purchè validi secondo la legge di origine) e restano tali, anche se non trascritti, fino a che non ne intervenga la (eventuale) nullità (Cass., 13/4/01, n. 5537);

➤ il matrimonio-rapporto:

- valido a fini successori il matrimonio (non poligamico e però celebrato in Somalia e regolarmente trascritto) di un vedovo italiano con una somala; la quale chiede e ottiene sequestro conservativo dei beni ereditari del marito – temendo di essere estromessa dall'eredità dalle figlie nate dal primo matrimonio del *de cuius* – (Cass., 2/3/99, n. 1739);
- di regola, ammesse le azioni di accertamento di *status filiationis* (riconoscimento/dichiarazione giudiziale di paternità) considerato il diritto soggettivo primario alla (ri)costruzione veridica del rapporto di filiazione entro i limiti stabiliti dalla legge (segnati dall'interesse del minore); il che è indipendente dalla natura del legame fra i genitori; né la mera diversità culturale ovvero un meramente dedotto fanatismo religioso può impedire l'acquisizione della doppia genitorialità (Cass. 27/10/1999, n. 12077);
- la conferma del fatto che il matrimonio poligamico è idoneo, dal p.v. del rapporto, a fondare un legame familiare comunque tutelabile viene dal disposto di cui all'art. 4.4. dir. 2003/86/CE secondo cui “in caso di matrimonio poligamico, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge”. Fermo il diritto al ricongiungimento dei figli (tutti) del poligamo residente in Italia – anche se

figli di mogli diverse dall'unica riconosciuta -; e, correlativamente, si prospetterebbe in questo senso il diritto delle altre mogli a ricongiungersi, a loro volta, con i loro rispettivi figli trasferitisi in Italia presso il padre (salve le considerazioni di politica sociale che limitano al primo riconoscimento, si ispira anche al superiore interesse del minore la previsione di cui all'art. 29 T.U.286/98).

6.2. Il ripudio

Nei paesi di diritto islamico il matrimonio (anche non poligamico) si può sciogliere o per annullamento davanti a un ministro di culto per gravi motivi o per mutuo consenso ovvero per ripudio unilaterale (*talaq*) da parte del marito.

Il ripudio è istituito dettagliatamente disciplinato dal Corano (a differenza dalla poligamia) che prevede per la donna ripudiata un compenso speciale e una quota nella successione del marito.

La triplice formula (*talaq talaq talaq*) che originariamente la consuetudine richiedeva venisse ripetuta ad intervalli regolari – anche lunghi onde consentire un'attenta riflessione – può essere oggi proferita anche una sola volta e persino telefonicamente (similmente, quanto alla costituzione del vincolo, per l'ord. pakistano, v. *supra*).

A differenza dalla poligamia, il ripudio è assai praticato.

Solo due stati di matrice islamica, a quanto consta – Turchia e Tunisia – hanno abolito il ripudio (istituto peraltro noto anche nell'ordinamento israeliano) gli altri limitandosi ad aumentare il novero delle cause di scioglimento invocabili dalla moglie; interessante – quanto al tema del riconoscimento – l'emanazione nel recente codice di diritto internazionale privato belga (introdotto con L. 16/7/2004) – di una clausola di ordine pubblico speciale che nega ingresso a qualsiasi forma di ripudio unilaterale.

Nel nostro ordinamento, oltre ad un risalente pronunciamento di merito del 1948⁷² – che ha negato di riconoscere effetti al ripudio intervenuto in Siria tra due cittadini siriani per contrarietà all'ordine pubblico -, consta un solo precedente di legittimità.

In tutti i casi esaminati in cui è stato chiesto il riconoscimento del ripudio definito all'estero è stato sempre negato:

- perché lesivo del principio di eguaglianza fra coniugi;

⁷² App. Roma, 29/10/1948.

- perché effettuato in assenza di contraddittorio ovvero di un qualsivoglia vaglio procedimentale;
- perché, più in generale, contrario all'ordine pubblico (App. Milano, 17/12/1991).

Ferma l'odiosità di un tale istituto – discriminatorio nel senso più profondamente umiliante per la parte che lo subisce - desta qualche perplessità tale orientamento di massiccio contrasto, ove si consideri:

- il disposto di cui all'art. 12^{quinquies} L. 898/70 e succ. mod. che consente, in ogni caso, l'applicazione della legge italiana;
- il limite dell'ordine pubblico come preclusione che dovrebbe operare in via successiva e, in ogni caso, a fronte della riscontrata presenza di effetti concretamente lesivi; così non potrebbe dirsi quando (unico effetto riscontrabile) vi sia la riacquisizione dello stato libero (a meno di ritenere un valore la persistenza matrimoni claudicanti – che resterebbero paradossalmente validi solo per gli ordinamenti che non riconoscono il ripudio -).

Un solco interessante, in tal senso viene dall'emblematica esperienza giurisprudenziale maturata in relazione al cd. ripudio israeliano, ove lo scioglimento unilaterale assume una valenza (più che giuridica) rituale; l'indagine dell'AG si è spinta allora – in queste ipotesi – nel senso di tendere a ricercare comunque il riscontro effettivo della disgregazione dell'unione matrimoniale, anche a prescindere dall'assenza di un formale consenso al ripudio -.

Per questo il divorzio ebraico è stato riconosciuto, in quanto “(...) *sostanzialmente rispettoso del principio di eguaglianza dei coniugi*” dal momento che richiede comunque la presenza di una condizione che “*renda impossibile la prosecuzione della vita in comune*” (T. Milano, 5/10/1991).

7. De iure: le nuove frontiere del riconoscimento di provvedimenti in materia di relazioni familiari

Tra i settori dell'ordinamento maggiormente interessati dalla concorrenza sovranazionale (in specie, bio-etica) si annovera proprio il tema del riconoscimenti (di provvedimenti stranieri) in campo procreativo e sanitario.

Lo strumento utilizzato è, di regola, quello della frode alla legge. Ottenuta all'estero la formalizzazione giuridica dello *status* cui si aspira (inutilmente, per i divieti posti dall'ord.interno), acquisiti dunque gli effetti tipici del provvedimento (straniero) di cui si chiede

il riconoscimento, si tratta di valutare se ed in che termini la sanzione che ne consegue sia idonea a colpire indistintamente tutti i soggetti e tutti gli effetti del rapporto in contestazione (ivi compresa la costituzione dello *status*).

In questo senso l'indicazione giurisprudenziale – alla luce di quanto sin qui complessivamente illustrato – induce a concludere che il riconoscimento può operare anche incidentalmente e anche in parte, a prescindere dall'illiceità dei modi (di ottenimento del relativo provv.) segnatamente: quando si tratti di preservare, in concreto, lo *status filiationis*, in applicazione del cd. principio di continuità degli *status fam.*, semprechè validamente costituiti all'estero⁷³; nella misura però in cui ciò corrisponda alla realtà biologica (*favor veritatis*) – v. ECHR, vicenda Paradiso Campanelli.

Il presupposto di tali ipotesi di concorrenza (quindi di disarmonia nei riconoscimenti) resta, pur sempre, l'assenza di *standard* comuni.

Problema che tradizionalmente si tenta di superare attraverso la costituzione di organismi internazionali (si pensi alla conferenza dell'Aja) e alle relative proposte di regolamentazione comune.

In materia di relazioni fam. si segnalano – anche con riferimento al diritto interno -:

- la conv. di Vienna 12/9/2000 in materia di riconoscimento delle decisioni attestanti un cambiamento di sesso; la quale significativamente include – tra i motivi di rifiuto – ordine pubblico e frode alla legge; dopo l'intervento della Corte Cost. (21/10/15, n. 221) che eliminato l'intervento chirurgico come presupposto per accedere alla rettificazione, la principale spinta verso ordinamenti stranieri resta quella di eludere le norme sul procedimento (superato anche il problema del cd. divorzio automatico, ECHR, 29/4/13, H. vs. Finland⁷⁴; in partic. alla luce della disc. prevista dai co. 26 e 27 L. 76/16);
- il Reg. 2016/1191 in materia di circolazione dei doc. pubblici su *status*, tra cui nascita e filiazione (applicabile, ivi compresi i relativi innovativi formulari *standard*, dal 16 febbraio 2019);
- il DDL n. 2801 appr. Cam. 20/4/17 in discussione al Senato, sul cd. fine vita (DAT, direttive anticipate di trattamento) apre, poi, un capitolo a parte.

Si stima che un flusso di oltre 600 persone l'anno, anche laddove affetti da malattie non fatali, si rechi prevalentemente in paesi come la Svizzera, anche grazie all'intermediazione di agenzie specializzate.

⁷³ Cd. *Wirkungserstreckung* (estensione degli effetti).

⁷⁴ V. anche sull'obbligo di trascrizione del mutamento di identità sessuale, ECHR, Grande Chambre, 11/7/2002, Goodwin vs. UK.

Oltrechè fornire direttive anticipate quanto all'inizio/proseguimento/sospensione/modalità di cure, l'individuo che si reca in Svizzera può chiedere di essere assistito direttam. nel suicidio (cui lo stesso singolo procede, sempre previo consenso informato e sotto controllo medico) – il suicidio cd. assistito è disciplinato espressamente, però, solo in Olanda e Belgio; ipotesi diversa dall'eutanasia disciplinata in Svizzera: dove l'evento letale sopravviene o per decorso naturale della malattia (*i.e.*, interruzione del trattamento terapeutico, cd. eutanasia passiva) ovvero per assunzione di farmaco *ad hoc* (eutanasia attiva) -.

Ebbene il tema del cd. fine vita implica di valutare sino a che punto sia possibile configurare – in nome dell'autodeterminazione e della dignità umana – un diritto per così dire, procedimentalizzato alla morte; il che equivale a riconoscere all'eutanasia la qualifica di trattamento terapeutico pur sempre finalizzato a (sopprimere ma) in misura ritenuta dall'individuo qualificante la sua stessa qualità di vita (ECHR, 29/4/02, *Pretty vs. UK*; id., 17/2/15, *K.A. vs. Belgio*). Lettura peraltro in sintonia colla definizione che del bene “salute” dà lo stesso tr.istitutivo dell'OMS – in termini di “stato di completo benessere, fisico, mentale e sociale” – quindi strettamente correlato alla percezione che il singolo ha di sé e del proprio esistere.

Da ultimo, si pone peculiarmente il problema del riconoscimento dei cd. accordi prematrimoniali; tradizionalmente nulli perché tradirebbero un illecito mercimonio del consenso sullo *status* (alle condizioni del futuro divorzio); storicamente relegati (e ritenuti efficaci) solo laddove recepiti nell'ambito di sentenze (ecclesiastiche) di nullità matrimoniale – semprechè deliberate -; solo da ultimo ammessi (a partire da T. Torino, 20/4/12; Cass. 20/8/2014, n. 18066) e fortemente auspicati dalla dottrina (che ne reclama l'ammissibilità alla luce, tra l'altro, della recente introduzione del cd. divorzio *smart* – es. neg.assistita, per cui la legge ora ammette che il divorzio avvenga dietro mero accordo delle parti -; e, ancora, in virtù del disposto di cui all'art. 5 reg. 1259/10 che consente ai coniugi di stipulare patti in vista della legge applicabile al divorzio ed ai suoi presupposti).

Allo stato è peraltro all'esame della Camera la proposta di legge n. 2669 del 15/10/2014 – sulla regolamentazione in termini economici di una eventuale separazione prima del matrimonio -.

Ebbene il tema dei cd. *prenuptial agreement* risulta oggetto di una sorta di discriminazione alla rovescia: nel senso che laddove esistono e sono riconosciuti - cioè negli ordinamenti anglosassoni (paesi che si tende tradizionalmente a ritenere più aperti a considerare la disponibilità dei diritti che derivano dal matrimonio) – nei paesi appunto di *common law* non è neppure lontanamente ipotizzabile che tali accordi siano efficaci se non preceduti da una fase di cd. *full disclosure* delle rispettive situazioni patrimoniali che fanno capo alle parti; sicchè, paradossalmente sono, invece,

proprio le nostre convenzioni matrimoniali - prive di tale fase di procedimentalizzata, volontaria ostensione - ad essere considerate nulle (Corte Suprema U.K., 20/10/10, Radmacher vs. Granatino).

8. Conclusioni

Lo studio del tema del riconoscimento di provvedimenti stranieri, come in queste pagine si è cercato di illustrare, induce a riflessioni che vanno ben al di là dell'esame della singola fattispecie.

La globalizzazione non è un mero fenomeno di scala, né l'adattamento ai vincoli derivanti dagli impegni sovranazionali può essere semplicisticamente ricondotto, ferme le evidenti ricadute *in primis* qualificatorie, all'esercizio di una giurisdizione cd. a confini allargati.

Il rischio incombente, in definitiva, è che la tradizionale prudenza del legislatore nella materia delle relazioni familiari – tanto più in un contesto sovranazionale fisiologicamente irriducibile ad ogni mistificazione⁷⁵ - ebbene tale deregolamentazione dell'intervento pubblico in nome della libertà individuale possa lasciare il campo al principio della concorrenza a detrimento dei soggetti deboli; il *trasfert* di competizione dal campo delle libertà economiche presidiate dai Trattati al terreno inderogabile degli *status* personali e familiari rischia di intaccare le garanzie fondamentali di quello che è stato definito lo statuto dei dir. della persona; il riconoscimento/esecuzione delle posizioni fondamentali costituisce, infatti, presupposto funzionale all'esercizio di qualsivoglia libertà personale; per questo non può assurgere – di regola - a parametro di concorrenza sul mercato - men che meno in materie eticamente sensibili; d'altra parte, proprio la tutela dei soggetti deboli rappresenta appunto la ragione che non solo giustifica ma addirittura impone l'intervento dello Stato.

L'auspicio è allora che l'evoluzione dei meccanismi eurounitari/convenzionali di armonizzazione quale quelli di riconoscimento contribuisca non soltanto a realizzare il necessario adattamento al dir. sovranazionale (*in primis*, dir. UE; in nome della continuità degli *status*).

Si auspica, soprattutto, che questo sistema di ampia circolazione sia interpretato nell'ottica di una sensibile declinazione multilivello delle garanzie della persona, fermo il rispetto della legalità e l'uso sapiente del margine di apprezzamento; perché lo spazio giudiziario, specie in questa materia, serva sì a limitare situazioni claudicanti come eventuali discriminazione alla rovescia, a presidio delle persone; ma sia posto anche, in ultima analisi, a presidiare quell'identità profonda

⁷⁵ Men che meno in termini di artificiose *weltanschauung* eurounitarie.

che rappresenta la sopravvivenza stessa di ciascun ordinamento e, con esso, la tutela di tutte le persone che (anche transitoriamente) sono chiamate a farne parte.