



“FAMIGLIA” E “FAMIGLIE” IN EUROPA

VINCENZO SCALISI

SOMMARIO: 1. Il pluralismo familiare in Europa.- 2. Il principio di «pari dignità» dei diversi modelli familiari.- 3. Garantire il pluralismo con «regole di fattispecie».- 4. L'approccio internazionalprivatistico: limiti e inconvenienti.- 5. Per una armonizzazione materiale sostantiva mediante «principi».- 6. L'*oltrepassamento* del matrimonio sia come fondamento della famiglia sia come istituto basato sulla diversità di sesso.- 7. Il diritto vivente delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo tra improvvise accelerazioni e inspiegabili arresti.- 8. La famiglia come rapporto di necessaria coappartenenza di «persona e comunità». Il ruolo della cultura giuridica.- 9. Assicurare anche alla famiglia uno spazio giuridico europeo di libertà, sicurezza e giustizia «senza frontiere interne».

1. «Famiglia» in Europa è istituzione plurale. Ma più che il pluralismo, dalla legislazione dei singoli Stati sembra emergere una situazione di quasi «babele», sicuramente – com'è stato anche di recente osservato - di famiglia in frantumi¹.

Per quanto il modello più diffuso resti quello della «famiglia eterosessuale monogamica fondata sul matrimonio»², non sono pochi ormai gli Stati membri dell'Unione, che ammettono anche le convivenze non matrimoniali, sia registrate che di fatto, sia etero- che omosessuali, come pure lo stesso matrimonio *same sex*, con discipline anch'esse variamente diversificate, sebbene assai spesso simili a quelle della famiglia tradizionale, il più delle volte ottenute con la tecnica del rinvio salva eccezione, oppure rimesse in più o meno larga misura alla libera determinazione pattizia (patti civili di solidarietà, contratti di convivenza, accordi di partenariato)³.

¹ Così F. D. BUSNELLI, *Prefazione* al volume *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea* (a cura di D. AMRAM - Ang. D'ANGELO), Padova, Cedam, 2011, p. IX.

² L. TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, 2007, spec. pp. 68, 85; M. CONDINANZI - C. AMALFITANO, *La libera circolazione della “coppia” nel diritto comunitario*, in *Diritto di famiglia e Unione Europea* (a cura di S. M. CARBONE - I. QUEIROLO), Giappichelli, Torino, 2008, p. 35-36.

³ Per riferimenti, E. CALO', *Le convivenze registrate in Europa*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 19 ss.; F. BRUNETTA D'USSEAUX - Ant. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Giuffrè, Milano, 2000; G. ROSSOLILLO, “Registered Partnership e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano”, in *Riv. dir. int. e proc.*, 2003, p. 363 ss.; M. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, IPSOA, Milano, 2005; L. TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, cit., p. 50 ss.; S. PATTI, *Modelli di famiglia e di convivenza*, in S. PATTI - M. G.



E sensibili differenze tra i diversi ordinamenti sussistono anche con riferimento allo stesso modello tradizionale di famiglia, come ad esempio in ordine al regime patrimoniale anche primario dei coniugi, oppure quanto a presupposti, procedure ed effetti dello scioglimento del vincolo e ancora, sul diverso fronte della filiazione, per quel che attiene alla estensibilità del cognome materno, come pure per quanto concerne la nota questione della legittimazione all'adozione da parte del *single*, anche omosessuale.

2. La situazione appena descritta riceve il sostanziale avallo da parte dell'Unione, che compie in materia una scelta dichiaratamente pluralista.

Il rinvio alle leggi nazionali, siccome disposto dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali sulla falsariga dell'art. 12 CEDU, altro non rappresenta che la consacrazione al più alto livello del principio di «pari dignità» di ogni forma di convivenza, alla quale una legislazione nazionale decidesse di dare la sua sanzione⁴. E pure quando non volesse ancora ravvisarsi in ciò anche un principio di reciproco riconoscimento e libera portabilità all'interno dell'Unione degli *status* familiari nazionali⁵, non vi è dubbio tuttavia che la disposizione richiamata ingeneri a carico di

CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 111 ss.; C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da G.AJANI e G.A. BENACCHIO, II. *Persona e famiglia*, a cura di P. DE CESARI, Giappichelli, Torino, 2008, p. 349 ss.; S. ASPREA, *La famiglia di fatto*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 45 ss.; G. DI ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 755 ss.; P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 273 ss.

⁴ S. RODOTA', *Presentazione a Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto* (a cura di F. GRILLINI – M. R. MARELLA), Napoli, Jovene, 2001, p. XIII. Il che sembra corrispondere anche a un preciso atteggiamento di «inclusività» della Corte EDU: L. TOMASI, *Famiglia e standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alla CEDU*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010-II, p. 454.

⁵ C. RICCI, *La «famiglia» nella giurisprudenza comunitaria*, in S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 147. Secondo M. CONDINANZI – C. AMALFITANO, *La libera circolazione della «coppia» nel diritto comunitario*, cit., p. 63, dall'art. 9 della Carta di Nizza, sistematicamente interpretato, potrebbe farsi discendere un «obbligo per i legislatori nazionali, se non certo di legiferare per riconoscere unioni registrate o garantire determinate tipologie di diritti ai conviventi di fatto, almeno di riconoscere situazioni giuridiche di tal fatta legittimamente create in altri Stati comunitari»; e secondo altri addirittura un vero e proprio obbligo a carico degli Stati membri di equiparazione delle relazioni giuridiche familiari instaurate altrove al *genus* dei vincoli familiari: R. BARATTA, *Verso la «comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, p. 601, per il quale comunque già la cittadinanza dell'Unione recherebbe «necessariamente con sé *inter alia* l'obbligo di riconoscere gli stati giuridici personali e familiari che, di regola, ciascuno Stato membro attribuisce ai soggetti che gli appartengono» (*ivi*, p. 591 s.). Ma per la tesi del mutuo riconoscimento secondo effetti disposti dallo Stato di appartenenza, v. altresì: L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel*



ogni Stato membro e a garanzia della unicità e continuità degli *status* personali e familiari, quanto meno un vincolo di salvaguardia o – se si vuole - anche soltanto di rispetto, da intendersi quale obbligo di astensione dal porre in essere iniziative o interventi che possano tradursi in un pregiudizio delle posizioni giuridiche familiari e dei corrispondenti *status* acquisiti da cittadini comunitari sulla base delle rispettive legislazioni nazionali di appartenenza.

Ma in prospettiva pluralista si colloca altresì il riformulato art. 81, par. 3, del nuovo Trattato sul funzionamento dell’Unione, allorchè fissa il principio della *unanimità* per le deliberazioni del Consiglio concernenti «misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali», così attribuendo un vero e proprio potere di blocco ai singoli Stati a evidente presidio delle loro prerogative nazionali in materia.

E in questa stessa ottica deve essere letto, a livello di normazione secondaria derivata, e per quanto secondo alcuni ridimensionato⁶, anche il criterio dell’*ordine pubblico interno*, laddove prescritto quale limite alla operatività di norme incompatibili (art. 12, reg. n. 1259/2010 in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale) oppure quale limite al riconoscimento e alla esecutività di decisioni giudiziarie emesse da altro Stato membro dell’Unione (così, artt. 22, *lett. a*), 23, *lett. a*), 31, reg. n. 2201/2003 in materia di decisioni in *re matrimoniali* e di responsabilità genitoriale; nonché artt. 24 e 34, reg. n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari).

3. La scelta pluralista è senza alternative e merita condivisione.

Quale ente esplicativo della persona, la famiglia è già di per sé «categoria plurale», in quanto riflettente il pluralismo insito nella stessa persona umana, quale energia vivente assiologicamente polarizzata e a complessità crescente che concentra dentro di sé tutte le sfere della realtà empiricamente data, e quindi una molteplicità assai vasta e una varietà amplissima di esigenze, bisogni, interessi, da quelli più elementari a quelli di grado via via più elevato di ordine razionale e spirituale⁷.

La famiglia, quale funzione della persona, non può non riflettere anch’essa siffatta realtà varia e complessa, molteplice e plurale, e conseguentemente assumere conformazioni e atteggiamenti non traducibili in un unico e ripetitivo e costante modello organizzativo.

diritto dell’Unione europea, Cedam, Padova, 2007, p. 348; S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 65 s.; S. M. CARBONE – I. QUEIROLO, *Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva “invasione” degli spazi riservati alla sovranità statale*, in *Diritto di famiglia e Unione europea*, cit., p. 27; C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, cit., p. 386 ss.

⁶ Così con riferimento al reg. n. 2201/2003, P. DE CESARI, *Principi e valori alla base della disciplina comunitaria in materia di diritto di famiglia*, in *La famiglia senza frontiere* (a cura di G. PASCUZZI), *Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Trento il 1° ottobre 2005*, Collana Quaderni Dip. Scienze giuridiche, 2006, p. 27.

⁷ Fondamentali in argomento le pagine di R. DE STEFANO, *Il problema del diritto non naturale*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 219-237.



Lo spazio europeo, a sua volta, accentua e amplifica la dimensione plurale della istituzione familiare, che resta formazione sociale fortemente condizionata e intrinsecamente conformata nei suoi elementi, sia fondanti che costitutivi, dalle tradizioni storico-sociali come pure dalle identità culturali (sia valoriali che ordinamentali) dei contesti nazionali di riferimento. Sicché anche in ragione di siffatti nessi di necessaria coappartenenza della famiglia con le diverse realtà nazionali si impone l'adozione da parte dei singoli Stati di regole di disciplina plurali e necessariamente diversificate, il più possibile convenienti e adatte alla tutela dei particolari interessi sottesi alle diverse situazioni, considerate nella loro concreta e storica individualità, avuto riguardo cioè alla particolare condizione dei soggetti coinvolti, alla specifica natura degli beni in gioco, come pure alle concomitanti circostanze di tempo e di spazio che quasi sempre valgono a connotare, e conseguentemente anche a differenziare, ciascuna relazione familiare da ogni altra.

Tutto ciò, sempre a livello normativo, si traduce fondamentalmente nella necessaria predisposizione di corrispondenti *regole di fattispecie*, nelle quali possa trovare adeguata espressione tutta la diversità e connaturata pluralità delle singole realtà municipali: regole di fattispecie, che, in quanto tali, non possono che venire a loro volta coerentemente riservate alla esclusiva competenza prescrittiva dei diritti particolari dei diversi Paesi, per dar vita ad altrettanti e correlativi *statuti normativi nazionali delle differenze*.

4. Ma un'Europa che si limitasse a registrare una realtà familiare disarticolata e dispersa, sicuramente verrebbe meno agli scopi e agli obiettivi suoi propri.

Perché nei Trattati, anche dopo Lisbona (e anzi a maggior ragione dopo Lisbona), l'Unione europea vi è concepita non soltanto come una «zona di libero scambio», ma innanzitutto come il luogo privilegiato del massimo dispiegamento delle istanze della persona e dei suoi diritti fondamentali. Per Jean Monnet, ideatore e padre fondatore del sogno europeo, nella persona soprattutto era da riporsi il senso stesso della costruzione europea. Celebri le sue parole: «noi non coalizziamo Stati, noi uniamo uomini»⁸. Altrettanto perentorio il Preambolo di Nizza: «l'Unione pone la persona al centro della sua azione». Sicché, per quanto giudicato un obiettivo problematico e addirittura insidioso⁹, il processo di integrazione giuridica europea non potrebbe non coinvolgere anche il diritto delle persone e quello della famiglia in particolare, a ragione considerata il «primo pilastro dell'ordine giuridico»¹⁰.

⁸ U. MORELLI, *I personaggi che hanno fatto l'Europa*, in *Grande Dizionario Enciclopedico* fondato da P. FEDELE, *Appendice. La nuova Europa*, UTET, Torino, rist. 2001, p. 447.

⁹ F. D. BUSNELLI, *Prefazione*, cit., p. XIII.

¹⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* (1992), trad. it. (con il titolo *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*) a cura e con un saggio di A. DE VITA, Milano, Giuffrè, 1997, p. 193 ss.



E difatti, le Istituzioni europee, sebbene sprovviste di specifica e diretta competenza regolativa, non hanno esitato a porre in essere interventi normativi di armonizzazione, praticati con approccio gradualistico ma prevalentemente collocanti sul terreno del diritto internazionale privato, in quanto soprattutto mirati a fissare, con riferimento a situazioni familiari aventi implicazioni transnazionali, i criteri di soluzione dei conflitti di legge e/o di giurisdizione, nonché le condizioni del reciproco riconoscimento di decisioni giudiziarie e/o della loro esecuzione. In questa ottica e in settori nei quali le tradizioni nazionali sono apparse presentare un maggior grado di omogeneità e di condivisione, l'Unione europea ha adottato, in tempi recenti, importanti atti normativi: il regolamento n. 2201/2003 in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale¹¹, il regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari¹², il regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale¹³ e, da ultimo, anche il regolamento successioni n. 650/2012. Altri regolamenti sono in *itinere* , tuttora allo stato di proposte, tra cui quello in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e l'altro in materia di effetti patrimoniali di unioni registrate¹⁴.

Sebbene avente carattere internazionalprivatistico, la normativa appena richiamata non è certamente senza effetti anche sul piano del diritto sostanziale, e in questo senso ha indubbiamente contribuito a inaugurare – a giudizio di diversi

¹¹ Su cui, in particolare, tra i tanti: E. URSO, *Il diritto di famiglia nella prospettiva «europea»*, in *Il diritto di famiglia nell'Unione europea* (a cura di F. BRUNETTA D'USSEAUX), Cedam, Padova, 2005, p. 546 ss.; M. MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 449 ss.; M. C. BARUFFI, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II-bis*, in S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 175 ss.; L. D'AVACK, *Il regolamento CE 2201/2003 entrato in vigore il 1° marzo 2005*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo* a cura di M. C. ANDRINI, Cedam, Padova, 2007, p. 123 ss.; R. BARATTA, *Lo scioglimento del vincolo coniugale nel diritto comunitario*, in *Diritto di famiglia e Unione europea*, cit., p. 169 ss.; G. MONTELLA, *Lo scioglimento del vincolo coniugale: annullamento, separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* diretto da G. AJANI e G. A. BENACCHIO, II. *Persona e famiglia*, cit., p. 295 ss.; E. BERGAMINI, *Il regolamento 2201/2003: quale esempio di armonizzazione nell'Unione europea del diritto internazionale privato in materia di famiglia*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, *Famiglia e matrimonio* (a cura di T. AULETTA), I, Giappichelli, Torino, 2010, p. 83 ss.

¹² Sul tema, M.C. BARUFFI – R. CAFARI PANICO (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie: obbligazioni alimentari e successioni*, Cedam, Padova, 2009, pp 3-124.

¹³ E. VELLETTI - E. CALO', *La disciplina europea del divorzio*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 719 ss.

¹⁴ Rispettivamente: proposta di *Regolamento del Consiglio, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi*: Bruxelles, 16.3.2011 – COM (2011) 126 definitivo; e proposta di *Regolamento del Consiglio, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate*: Bruxelles, 16.3.2011 – COM (2011) 127 definitivo.



commentatori – una stagione nuova della istituzione familiare in Europa, quella della famiglia c.d. *senza frontiere*¹⁵, aperta e in libera concorrenza. E però la strada imboccata, della *comunitarizzazione* del diritto internazionale privato della famiglia¹⁶, non appare del tutto coerente con l’obiettivo di una armonizzazione materiale effettivamente garantista delle istanze fondamentali della famiglia quali emergenti dalle diverse realtà nazionali: presenta in ogni caso non pochi limiti e diversi inconvenienti ostativi alla costruzione di regole europee omogenee in vista di un modello condiviso di famiglia.

E’ ben possibile, invero, che in applicazione delle norme di conflitto, di solito privilegianti la legge della residenza o del domicilio piuttosto che quella della cittadinanza, il giudice nazionale sia destinato a subire gli effetti del c.d. *forum shopping* e sia di conseguenza chiamato a decidere in ordine ad una determinata aggregazione familiare sulla base delle norme regolative appartenenti ad altro e diverso ordinamento. Il che può non solo dare luogo a difficoltà interpretative anche rilevanti, ma soprattutto ingenerare incertezze significative in ordine all’esistenza o meno di determinati diritti, obblighi o *status* da riconoscere ai *partners* della coppia, oppure – ciò che è ancora più grave – determinare l’insorgere di trattamenti discriminatori a rovescio rispetto a similari situazioni familiari, che in quanto sprovviste del carattere della transnazionalità sono da trattare sulla base di legge nazionale statuyente eventuale diverso trattamento¹⁷.

Ma può anche accadere che, in applicazione delle norme di conflitto, sia il giudice di altro ordinamento ad emettere le pertinenti statuizioni sulla base della regolazione giuridica predisposta dalla *lex fori*. In simili fattispecie il principio di ordine pubblico nazionale, se può comportare l’arresto del riconoscimento diretto della decisione del giudice non nazionale, non è di ostacolo invece ad un riconoscimento c.d. indiretto¹⁸, quanto meno in tutti i casi in cui il modello familiare non accolto dall’ordinamento di destinazione non possa, ciònonostante, non venire preso in considerazione e come tale riconosciuto rilevante in quanto presupposto necessario per l’attribuzione di determinati diritti, che il principio di non discriminazione non consentirebbe di disattendere né di privare della relativa tutela così come dalla legislazione di origine connessa allo *status* familiare. Determinandosi anche in questi

¹⁵ E’ questo il titolo del citato (*supra*, nt. 6) volume a cura di G. PASCUZZI, nonché del volume a cura di A. G. DANOVI e S. BARIATTI, Cedam, Padova, 2008, che raccoglie gli *Atti del Convegno* svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Milano il 25 maggio 2007.

¹⁶ Sul punto, F. MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 357 ss.

¹⁷ Sul problema delle discriminazioni a rovescio, E. CALO’, *Matrimonio à la carte*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 79 ss.

¹⁸ E. PALMERINI, *Status familiari e mobilità transnazionale: l’armonizzazione possibile*, in *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione Europea*, cit., p. 64.



casi una evidente disparità di trattamento a rovescio rispetto alle similari situazioni familiari invece ricadenti sotto l'impero della legislazione nazionale.

Appare allora chiaro come i problemi posti dalla circolazione in ambito europeo di una pluralità di diversificati modelli familiari mal si prestino a venire risolti in maniera soddisfacente con un approccio meramente internazionalprivatistico.

5. Se lo «status di cittadini europei», ovvero sia la «cittadinanza europea», rappresenta ormai lo statuto fondamentale delle persone in Europa (art. 9 TUE, art. 20 TFUE)¹⁹, allora l'attivazione di un corpo organico di regole e principi, su cui tutti i cittadini europei possano contare anche per quanto attiene alla regolamentazione giuridica dei loro rapporti di famiglia, appare davvero ineludibile. S'imporrebbe l'adozione di una vera e propria apposita disciplina materiale sostantiva, che, facendosi carico dei profondi mutamenti nel frattempo intervenuti e delle trasformazioni sociali in atto, riuscisse quanto meno a fissare i necessari principi direttivi in grado di realizzare un ragionevole quadro di sintesi, oltre che il giusto punto di equilibrio, tra le diverse realtà familiari nazionali nella prospettiva della creazione di un modello «europeo» da porre come minimo comune denominatore, onde evitare l'atomizzazione dispersiva e la volatilizzazione del concetto stesso di famiglia²⁰.

E' vero che la competenza normativa dell'Unione è basata sul principio di attribuzione (art. 5 TUE) e che il diritto di famiglia non forma oggetto di alcuna attribuzione all'Unione²¹. Ed è altrettanto vero che le stesse disposizioni della Carta dei diritti fondamentali «non estendono in alcun modo le competenze definite nei Trattati» (art. 6, par. 1, comma 2, TUE) e che lo stesso vale per l'adesione alla

¹⁹ E. CALO', *Matrimonio à la carte*, cit., p. 22 s.; ma v. altresì, Corte giust., 2 ottobre 2003, caso *C. García Avello*, causa C-148/02, in *Raccolta*, 2003, p. I-11613; nonché, Corte giust., Grande sez., 16 dicembre 2008, caso *H. Huber*, causa C-524/06, in *Raccolta*, 2008, p. I-9705.

²⁰ Significative sotto questo aspetto le persistenti sollecitazioni del Parlamento europeo per interventi normativi diretti dell'Unione anche nell'area del diritto di famiglia in ordine a questioni particolarmente sensibili tuttora aperte (per tutte, il riconoscimento delle unioni civili e delle famiglie omosessuali). Tra le prese di posizione più recenti: *Risoluzione del Parlamento europeo del 23 novembre 2010 sugli aspetti relativi al diritto civile, al diritto commerciale, al diritto di famiglia e al diritto internazionale privato del Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma* (in GUUE 3 aprile 2012, C 99 E/19, in particolare considerando N e punti 3, 8, 14; *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea - 2011*, spec. considerando T e punti 5,7.

²¹ C. HONORATI, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 23 ss.; S. M. CARBONE – I. QUEIROLO, *Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva «invasione» degli spazi riservati alla sovranità statale*, cit., p. 6 ss.; M. G. CUBEDDU, *Il diritto della famiglia in Europa*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, *Famiglia e matrimonio* (a cura di T. AULETTA), I, Giappichelli, Torino, 2010, p. 54.



Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6, par. 2, TUE).

I Trattati però chiamano l'Europa a porre in essere politiche ed azioni, anche di natura normativa, mirate a combattere le discriminazioni, comprese quelle basate sulla nazionalità (art. 18 TFUE) e sull'orientamento sessuale (artt. 10 e 19 TFUE), e così pure a garantire (art. 6, par. 1 e 3, TUE) la tutela dei diritti fondamentali quali ora consacrati, oltre che in CEDU e nelle tradizioni costituzionali comuni, anche e soprattutto in altrettante disposizioni cardinali della Carta di Nizza (tra cui il rispetto della vita privata e familiare, la conciliazione di vita familiare e professionale, il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, la parità tra uomo e donna, i diritti dei minori, quelli degli anziani, e ancora una volta la «non discriminazione»), nonché infine ad assicurare la libertà di circolazione e di soggiorno delle persone all'interno dell'Unione (art. 3, par. 2, TUE; artt. 20, par. 2, *lett. a*), e 45 TFUE). Sicché appare del tutto evidente che l'attuazione di siffatte politiche ed azioni, sebbene fondamentalmente riferita alla tutela di posizioni soggettive individuali²², finisce inevitabilmente per riflettersi, come di fatto in realtà si è riflessa, sia pure in modo indiretto ma in misura assai rilevante, sulla strutturazione e le stesse forme organizzative delle relazioni familiari, restituendo legittimazione anche all'interno dei singoli Stati ad unioni familiari diverse e distanti da quelle tradizionali e al tempo stesso assai spesso consentendo una più appropriata rimodulazione delle stesse tutele nazionali in materia²³. Con la rilevante conseguenza che gradualmente nel tempo anche nel campo dei rapporti di famiglia ha preso sempre più forma e consistenza, grazie anche all'apporto determinante delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, una sorta di armonizzazione *soft*, «a geometria variabile»²⁴ e sempre più inclusiva, basata su affermazioni di principio muoventi il più delle volte da situazioni specifiche, ma ciò nonostante suscettibili di applicazione generalizzata.

Il che del resto risponde al solo modo in cui, a mio avviso, al di là di sterili nominalismi tra diverse opzioni (generalista, riduzionista, massimalista, minimalista, *hard* o *soft*, che dir si voglia)²⁵, un ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia

²² N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* (a cura di V. SCALISI), Giuffrè, Milano, 2007, pp. 440, 442.

²³ C. HONORATI, *op. ult. cit.*, p. 32 ss.; S. M. CARBONE - I. QUEIROLO, *op. ult. cit.*, p. 11 ss.; F. CAGGIA, *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, in *Diritto Civile* diretto da N. LIPARI - P. RESCIGNO, I, 2. *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 17 ss.; E. CALO', *Matrimonio à la carte*, cit., p. XII, laddove parla addirittura di «un secondo diritto di famiglia introdotto dal diritto comunitario».

²⁴ L. TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, cit., p. 85.

²⁵ Su cui V. SCALISI, *Alberto Trabucchi e la costruzione in Europa di un diritto privato comune*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 912 s.; e ora in ID., *Fonti – teoria- metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 440 s.



appare realizzabile, ossia mediante adozione di regole generali di indirizzo, di principi e dispositivi di principio, riflettenti valori fondamentali e interessi irrinunciabili comuni, come tali condivisi dalle diverse comunità nazionali, e conseguentemente in grado di apprestare quel necessario e unitario connettivo minimo di coerenza logica e di solidarietà assiologica anche tra sistemi differenti, senza il quale lo stesso processo di integrazione giuridica europea rischierebbe l'inceppamento e la disarticolazione²⁶.

6. Allo stato e in mancanza di un uniforme diritto europeo della famiglia anche soltanto *in nuce*, la istituzione familiare vi appare oggi in Europa come un grande «cantiere» aperto in continuo fermento, nel quale gli stessi elementi portanti del tradizionale edificio familiare vengono continuamente rimessi in discussione e in alcuni casi hanno cominciato a vacillare con la caduta di antiche certezze e la contestuale emersione di visioni nuove, un tempo impensabili, nel modo stesso di intendere secolari istituti (per tutti, il matrimonio).

Ha iniziato la Carta di Nizza, ora avente lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1, TUE), che, sopravanzando la stessa CEDU (art.12), ha rotto il binomio, un tempo ritenuto inscindibile, tra famiglia e matrimonio. La disposizione è quella dell'art. 9 e la spiegazione aggiornata fornita dal *Praesidium* della Convenzione europea è che la norma non sia dissimile da quella dell'art. 12 CEDU, ma che la sua formulazione sia stata, con l'omissione di ogni riferimento a «uomini e donne», adeguata alla evoluzione degli ordinamenti dei singoli Stati per conferirvi una «portata più estesa», «al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia», senza però volere con ciò imporre ma neppure vietare «la concessione dello status matrimoniale (anche) a unioni tra persone dello stesso sesso».

Il «principio-famiglia», pur assunto al rango di valore e fatto oggetto di un preciso *dover-essere* (art. 7 della stessa Carta; art. 8 CEDU), viene così definitivamente disancorato dal matrimonio e questo a sua volta scisso dal requisito della diversità di sesso, un tempo valutato come l'unico presupposto veramente costante» dell'istituto²⁷.

²⁶ E proprio con il compito di elaborare “Principi di diritto europeo della famiglia” è stata istituita a Utrecht il 1° settembre 2001 la *Commission of European Family Law* (CEFL), la quale ha già redatto diversi gruppi di principi in materia di divorzio e mantenimento tra ex coniugi, di responsabilità genitoriale, di rapporti patrimoniali tra coniugi: per uno sguardo d'insieme, R. PACIA, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 227 ss, dove anche i testi tradotti dei primi due gruppi, p. 248 ss. V., altresì, M. G. CUBEDDU, *I principi europei sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in S. PATTI – M. G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, cit., p. 271 ss.; ID., *I contributi al diritto europeo della famiglia*, *ivi*, p. 14 ss., con particolare riferimento alla composizione, finalità e metodo di lavoro della Commissione; W. PINTENS, *I principi europei sulla responsabilità genitoriale*, *ivi*, p. 317 ss. Per ulteriori informazioni si può consultare la *Website* della CEFL: <http://ceflonline.net/principles/>.

²⁷ A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino, 1947, p. 3. Ma v. altresì A. FALZEA, *Fatto vitale* (1982), ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. dogmatica*



Di rincalzo, la normativa europea derivata apre alle relazioni «formalmente registrate», nonché a quelle «stabili e durature debitamente comprovate», ricollegandovi alcuni significativi effetti, sia pure con riferimento a specifiche situazioni e a determinate condizioni, onde evitare possibili discriminazioni «inverse». In un caso (dir. 2003/86), consentendo agli Stati membri di dare ingresso e soggiorno, a fini di ricongiungimento familiare, anche a *partners* non coniugati extracomunitari, con possibilità addirittura di estensione dello stesso trattamento coniugale in ipotesi di unioni formalmente registrate (art. 4, par. 3)²⁸. In altro caso (dir. 2004/38), sancendo persino un vero e proprio diritto di ingresso e di soggiorno in favore del *partner* comunitario di unione registrata, purché dallo Stato ospitante equiparata al matrimonio, nonché accertata conforme alle condizioni richieste da tale medesimo Stato (art. 2, *lett. b*)²⁹. Ma un diritto di ingresso e soggiorno, sebbene presidiato da un semplice obbligo dello Stato ospitante di agevolare l'esercizio, non viene negato neppure al *partner* comunitario di unione non registrata, purché stabile e debitamente attestata (art. 3, par. 2, *lett. b*), dir. 2004/38)³⁰.

Per il diritto dell'Unione, quindi, la famiglia oltrepassa ormai il matrimonio, per ricomprendervi anche le semplici unioni registrate e quelle anche soltanto di fatto. Il criterio fondativo di qualificazione non è d'altra parte nell'«atto», ma resta nel «rapporto» e la famiglia non vi è concepita come nozione vuota o neutra, perché non a una qualunque unione viene dato rilievo, ma solo a quella che comporta una effettiva comunione (materiale e spirituale) di vita, non fittizia, non strumentalmente abusiva e in ogni caso non in frode (v. art. 16, par. 2, *lett. b*), dir. 2003/86; art. 35, dir. 2004/38).

giuridica, Giuffrè, Milano, 1997, p. 427, che parla della diversità di sesso come di un necessario presupposto non solo biologico ma anche sociologico del matrimonio.

²⁸ Sui diversi aspetti della direttiva 2003/86, in dottrina: E. URSO, *Il diritto di famiglia nella prospettiva «europea»*, cit., p. 583 ss.; F. SEATZU, *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da G.AJANI e G.A. BENACCHIO, II. *Persona e famiglia*, cit., p. 241 ss.

²⁹ Ma v. anche dir. 27-01-2003, n. 2003/9 CE (recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri), che all'art. 2, *lett. d*), *i*), ricomprende tra i «familiari» anche «il partner non legato da vincoli di matrimonio che abbia una relazione stabile con il richiedente, qualora la legislazione o la prassi dello Stato membro interessato assimili la situazione delle coppie di fatto a quelle sposate nel quadro della legge sugli stranieri». Di identico tenore l'art. 2, *lett. h*), dir. 29-04-2004, n. 2004/83/CE (recante norme minime sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta).

³⁰ Sui problemi interpretativi posti al riguardo dalla Dir. 2004/38, v. la recentissima pronuncia della Corte giust., Grande sez., 5 settembre 2012, caso *Rahman e a.*, causa C-83/11. In dottrina: M. CONDINANZI – C. AMALFITANO, *La libera circolazione della “coppia” nel diritto comunitario*, cit., p. 40 ss.



7. Ma è soprattutto il diritto vivente delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo a imprimere al «principio-famiglia» una tale *vis* espansiva da determinarne lo scivolamento sul piano inclinato e mobile di confini sempre più fluidi e «liquidi».

Pur non senza incertezze e a volte anche con evidenti elementi di contraddizione, la Corte di Strasburgo ha ritenuto valide alternative al matrimonio e come tali legittime forme di «vita familiare» a norma dell'art. 8 CEDU sia le unioni registrate che anche quelle di mero fatto, sia etero- che omosessuali, facendo discendere da tale assimilazione, se non – come è ovvio che sia – le stesse tutele previste per i coniugi, quanto meno l'applicazione di trattamenti omogenei nei diversi casi, in alcun modo condizionati dall'orientamento sessuale e anzi comportanti l'attribuzione, nonostante la differenza di genere, dei medesimi diritti e obblighi³¹. Anche il diritto al matrimonio, come sancito dall'art. 12 CEDU, è stato dapprima esteso a *partners transgender*³² e successivamente con sentenza del 24 giugno 2010 anche alle persone dello stesso sesso, sebbene senza alcun obbligo di riconoscimento da parte degli Stati³³.

³¹ Per tale posizione della Corte EDU, la recente pronuncia del 15 marzo 2012, Sezione quinta, caso *Gas e Dubois c. Francia* (ric. 25951/07), che fa anche il punto sugli orientamenti della stessa Corte in materia, richiamando i precedenti. In dottrina: J. LONG, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto italiano della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. ZATTI, VII. Aggiornamenti (gennaio 2003 - giugno 2006), Giuffrè, Milano, 2006, p. 12 ss.; G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, cit., p. 135 ss.; L. TOMASI, *Famiglia e standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alla CEDU*, cit., pp.432-437; L. CARPANETO, *La tutela della famiglia nell'ambito della CEDU*, in *Diritto di famiglia e Unione europea*, cit., p. 139 ss.

³² Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2002, caso *Goodwin c. Regno Unito* (ric. n. 28957/95); e, sulla scia di tale *revirement*, Corte giust., 7 gennaio 2004, caso *K.B. c. National Health Service Pensions Agency*, causa C-117/2001, in *Raccolta*, 2004, p. I-541.

³³ Corte EDU, Prima sez., caso *Schalk e Kopf contro Austria* – ric. n.30141/04. L'assunto che gli art. 8 e 14 CEDU «non impongono agli Stati contraenti di garantire alle coppie dello stesso sesso l'accesso al matrimonio» è stato ribadito anche nella pronuncia sopra richiamata del 15 marzo 2012, caso *Gas e Dubois c. Francia* (*supra*, nt. 31). Per un commento, in raffronto anche con la sentenza n.138/2010 della Corte costituzionale italiana, G. REPETTO, «Non perdere il proprio mondo». *Argomenti dei giudici e matrimonio «same-sex», tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 525 ss.; e con riferimento anche a Cass. 4184/2012, G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Cedam, Padova, 2012, p. 214 ss.

Su posizioni di netto dissenso il Parlamento europeo, che in diverse risoluzioni ha raccomandato agli Stati membri di non frapporre ostacoli al matrimonio di coppie omosessuali, garantendone la genitorialità, la possibilità di adozione e affidamento di minori e più in generale gli stessi diritti spettanti alle tradizionali famiglie matrimoniali (Ris. 8 febbraio 1994, in GUCE 28 febbraio 1994, C 61; 17 settembre 1998, in GUCE 12 ottobre 1998, C 313; 16 marzo 2000, in GUCE 29 dicembre 2000, C 377/344, punti 56-57; 15 gennaio 2003, in GUUE 12 febbraio 2004, C 38 E/247, punti 102-103; 4 settembre 2003, in GUUE 25 marzo 2004, C 76 E/412, punti 77, 81;



Anche se su tale ultima questione la Corte di giustizia non ha avuto ancora occasione di pronunciarsi, per il resto essa è attestata sulle stesse posizioni della Corte EDU, della quale sino ad oggi non ha esitato a recepire tutti gli orientamenti, compreso quello della non automatica estensione alle unioni non matrimoniali degli stessi effetti discendenti dal matrimonio³⁴.

Il tutto nelle pronunce di entrambe le Corti è avvenuto sulla base di un approccio eminentemente casistico e con particolare riferimento a ben definite situazioni, nelle quali, in applicazione del principio di non discriminazione o in attuazione di diritti fondamentali, si è trattato di garantire anche ai *partners* di unioni non coniugali il godimento di taluni benefici invece legislativamente accordati alle tradizionali coppie coniugate (come, ad esempio, in materia pensionistica³⁵ o in tema di esercizio della funzione genitoriale³⁶ o, ancora, a proposito di adozione da parte di *single* anche omosessuale³⁷ o di applicazione del concetto di «vita familiare»³⁸).

14 gennaio 2009, in GUUE 24 febbraio 2010, C 46 E/48, punti 75-77, con esortazione alla Commissione «a presentare proposte che garantiscano l'applicazione, da parte degli Stati membri, del principio di riconoscimento reciproco per le coppie omosessuali, sposate o legate da un'unione civile registrata, nella fattispecie quando esercitano il loro diritto alla libera circolazione previsto dal diritto dell'Unione europea» (punto 76).

³⁴ V., sui diversi aspetti, l'approfondita analisi di M.E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 91 ss., spec. 120 s. Per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia, C. RICCI, *La «famiglia» nella giurisprudenza comunitaria*, cit., p. 91 ss.; E. BERGAMINI, *La famiglia quale oggetto di tutela nel diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010-II, p. 457 ss.; e per un raffronto con quella della Corte EDU, C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, cit., p. 363 ss.; K. CARR, “*Famiglia e famiglie*”. *Circolazione delle persone e profili di armonizzazione: l'esperienza irlandese*, in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, cit., p. 80 ss.; M. G. CUBEDDU, *Il diritto della famiglia in Europa*, cit., p. 69 ss.

³⁵ Corte EDU, Grande camera, 11 luglio 2002, caso *Goodwin c. Regno Unito*, cit.; e, sulla scia di tale pronuncia, Corte giust., 7 gennaio 2004, caso *K.B. c. National Health Service Pensions Agency*, cit.; Corte giust., Prima sez., 27 aprile 2006, caso *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, causa C-423/2004, in *Raccolta*, 2006, p.I-3585, in ordine a persona transessuale; e, con particolare riferimento a unione civile registrata omosessuale, Corte giust., Grande sez., 10 maggio 2011, caso *J. Römer c. Freie u. Hansestadt Hamburg*, causa C-147/08; ma già Corte giust., Grande sez., 1° aprile 2008, caso *Tadao Maruko*, causa C-267/06, in *Raccolta*, 2008, p. I-1757 ss.

³⁶ Corte EDU, 21 dicembre 1999, caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* (ric. n. 33290/96), in *Corr. giur.*, 2000, p. 694, relativamente a convivenza omosessuale.

³⁷ Corte EDU, Grande Camera., 22 gennaio 2008, caso *E.B. c. Francia* (ric. n. 43546/02), in *Fam. dir.*, 2008, p. 221 ss., con nota di E. FALLETTI, a superamento del diverso contrario orientamento espresso da sent. 26 febbraio 2002, caso *Frettè c. Francia* (ric. n. 36515/97). Ma già, con particolare riferimento all'ammissibilità dell'adozione da parte del singolo, Corte EDU, sent. 28 giugno 2007, caso *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* (ric. n. 76240/01). Persiste invece nel nostro ordinamento l'atteggiamento di chiusura in ordine all'adozione legittimante di minore da parte di persona singola, siccome da ultimo ribadito da Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572.



Un metodo, quindi, procedente per assimilazione in base a valutazioni comparative di ragionevolezza, e soprattutto mirato, con singolare rovesciamento di impostazione, a verificare la compatibilità del diritto fatto valere con la particolare situazione familiare considerata, piuttosto che a misurare invece la previa idoneità di siffatta situazione a esigere l'applicazione della posizione soggettiva invocata.

Ciò emerge con nettezza da una delle ultime e pur avanzata pronuncia della Corte di giustizia (Grande sez., 10 maggio 2011)³⁹, allorchè, per giustificare la estensione (a unione di fatto registrata tra persone dello stesso sesso) di determinati diritti e obblighi spettanti alle coppie sposate, ha tenuto a precisare di voler fare ricorso al concetto di «paragonabilità» o «comparabilità», non di «identità», della situazione, in cui versano le unioni civili non coniugali. Come dire che il fine giustifica i mezzi, quando, invece, l'estensione del trattamento avrebbe richiesto secondo logica deontica la previa determinazione del presupposto legittimante il ricollegamento dei conseguenti effetti, ossia la previa individuazione del criterio di qualificazione in grado di giustificare una valutazione di similarità o assimilazione della relazione familiare considerata.

Nella sostanza, a fronte di una realtà familiare variamente disarticolata, è mancata nella giurisprudenza delle Corti europee, un'analisi ricostruttiva proprio di ciò che in una prospettiva allargata alle diverse realtà nazionali possa dirsi «famiglia», avuto riguardo alle modalità di strutturazione del rapporto di coppia, ai suoi contenuti essenziali, alla funzione e alle sue stesse finalità. E l'assenza di un siffatto progetto «identitario», prefigurante, attraverso un'appropriata opera di equilibrio e di sintesi, le linee guida di un sostenibile modello «europeo» di famiglia, non è senza conseguenze sullo stesso processo di integrazione giuridica, che, almeno in questa materia, rischia di risultare seriamente compromesso.

E invero dichiarare, come fa, ad esempio, la Corte EDU, che il diritto al matrimonio spetta anche alle persone dello stesso sesso per poi però riservarne subito dopo l'ammissibilità al potere legislativo dei singoli Stati, che, invece, a norma dell'art. 12 CEDU (e del corrispondente art 9 della Carta di Nizza) dovrebbero regolarne soltanto l'esercizio, significa mettere in un autentico vicolo cieco ogni serio tentativo di armonizzazione materiale in questo settore. Senza dire che, così argomentando, si

Quanto invece alla possibilità di estendere alle coppie *same sex* il diritto alla genitorialità anche attraverso procreazione medicalmente assistita, la stessa sembra invece preclusa, almeno nei Paesi, come l'Italia, che non consentono l'inseminazione artificiale con donatore anonimo di donna omosessuale non coniugata, dalla pronuncia della Corte EDU, Grande camera, 3 novembre 2011, caso *S.H. e a. c. Austria* (ric. n. 57813/00), che ha giudicato non in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU il divieto di fecondazione eterologa.

³⁸ Corte EDU, 22 aprile 1997, caso *X,Y e Z c. Regno Unito* (ric. n. 21830/93), che ha riconosciuto l'esistenza di «vita familiare» a norma dell'art. 8 CEDU tra X, transessuale di sesso femminile alla nascita, Y, la sua compagna, e Z, figlia di quest'ultima ottenuta mediante procreazione medicalmente assistita eterologa.

³⁹ *Supra*, nt. 35.



finisce con avallare la sostanziale elusione dell'art. 17 CEDU e dei corrispondenti artt. 52 e 54 della Carta di Nizza, che, nel vietare l'abuso del diritto, obbligano altresì gli Stati a preservare il «contenuto essenziale» dei diritti e delle libertà⁴⁰. Anche in ragione del fatto che a scongiurare il primo (ossia l'abuso) e a preservare il secondo (cioè il contenuto essenziale) non bastano di sicuro né l'espedito enunciato dalla Corte Costituzionale italiana (sent. 138/2010) di «riservare» a sé medesima «la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni» sulla base del parametro di ragionevolezza e neppure il più recente artificio escogitato da Cass. 4184/2012 di ammettere la rilevanza del matrimonio *same-sex* anche nell'ordinamento italiano, ma per negarne subito dopo ogni efficacia⁴¹.

Ma vi è di più. Il denunciato atteggiamento agnostico sul punto delle Corti rende di più difficile soluzione lo stesso problema della portabilità degli *status* civili (sia personali che familiari) all'interno dello spazio europeo: un problema, che, a partire dalla nota sentenza *García Avello*⁴² sul doppio cognome, la Corte di Giustizia ha cercato di risolvere utilizzando il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità (art. 21, par. 2, Carta Nizza), ma che invece, se si vuole veramente garantire una effettiva libertà di circolazione delle persone in Europa, può trovare soddisfacente soluzione solo attraverso la previa individuazione del punto di arresto critico della discriminante nazionale. Che in questa materia significa – come già anticipato - ricerca di un possibile minimo comune denominatore che consenta di determinare con carattere di vincolatività l'identità e il sicuro criterio di riconoscibilità della «formazione–famiglia» nell'intero spazio giuridico europeo.

8. Ma, com'è agevole cogliere, in questo grande cantiere aperto, che, come si è detto, è la costruzione in Europa di un unitario e comune diritto di famiglia, molto, troppo resta ancora da fare e, a mio avviso, spetta anzitutto alla cultura giuridica il

⁴⁰ Più coerente sotto questo aspetto la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, del 3 novembre 2011, relativa al divieto di fecondazione eterologa (*supra*, nt. 37), laddove, pur sottolineando l'ampio margine di discrezionalità degli Stati contraenti in materia, si preoccupa tuttavia di verificare se tale margine di discrezionalità sia stato (nella specie da parte del legislatore austriaco) superato oppure no, e solo dall'esito negativo di tale scrutinio fa discendere la dichiarazione di non violazione dell'art. 8 della Convenzione.

⁴¹ V. sulle pronunce richiamate nel testo l'autorevole commento di P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 861 ss. In dottrina, per la tesi della inesistenza nell'ordinamento italiano del matrimonio *same sex*, P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 415 ss.

⁴² Corte giust., 2 ottobre 2003, causa C-148/02, cit. (*supra*, nt. 19); nonché Corte giust., Grande Sez., 14 ottobre 2008, caso S. *Grunkin e D.R. Paul*, causa C-353/06, in *Raccolta*, 2008, p. I-7639. Per alcuni una tale giurisprudenza della Corte di giustizia tenderebbe ad esprimere un principio di riconoscimento comunitario degli *status* personali e familiari, fondato sulla correlazione fra cittadinanza dell'Unione e divieto di discriminazione sulla base della nazionalità: E. CALO', *Matrimonio à la carte*, cit., p. 35.



compito di ritrovare il filo che può dare fondamento e unità di senso alle diverse e plurali aggregazioni familiari, alla riscoperta e messa in chiaro dell'essenza vitale del «principio-famiglia».

Perché «famiglia» è sì categoria giuridica, ma non anche necessariamente normativa, ossia dettata dall' «alto» di un diritto formalmente stabilito, in quanto essa preesiste al diritto positivo, che la trova nella concreta esperienza storico - reale di vita dei consociati⁴³, siccome scaturente dal «basso», nella forma di un rapporto di necessaria coappartenenza tra «persona e comunità».

Colta dal punto di vista delle persone che vi danno vita, «famiglia» è anzitutto e fondamentalmente rapporto di necessaria «alterità» e intrinseca «relazionalità», prescindente in quanto tale da ogni datità naturalistica, biologica o anche soltanto formale e invece esprime una condizione affettiva e solidaristica di vita dei suoi membri, scissa da ogni individualistica «egoità» e in quanto tale essenzialmente poggiante su ciò che è il *proprium* dell'*humanum*, ossia la spiritualità, luogo primario del dispiegamento di ogni strutturale relazionalità.

Come comunità, la famiglia è invece formazione sociale, in posizione subordinata e servente rispetto ai suoi membri, con funzione socializzante e *lato sensu* educativa, quale spazio ideale e protetto di autoespressione e realizzazione, promozione e crescita della personalità umana nella molteplicità e varietà delle sue manifestazioni attive, esistenziali ed affettive.

In questo nesso di necessaria coappartenenza tra persona e comunità ha radice e risiede il principio stesso di qualificazione dell'*essere* (*Sein*) di ogni umana convivenza o aggregazione come famiglia⁴⁴.

Alla imprescindibile condizione però che un siffatto nesso non resti astratta enunciazione o mera «idealità progettata», ma invece si traduca in «realtà realizzata», ossia in corrispondenti modalità deontiche di azione, in correlative e impegnative regole di vita, in reale e conformativo «*dover-essere*» (*Sollen*), concretamente e spontaneamente attuato e vissuto. Sicché, in ultima istanza, la comunità-famiglia quale ente esplicativo della persona si presenta a sua volta dotata di una sua propria intrinseca e costitutiva giuridicità⁴⁵, parte di quella più vasta e complessa normatività sociale rappresentata dal tipo e dallo stile di vita della comunità e che come un

⁴³ In tal senso, con particolare riferimento all'art. 29 Cost., P. RESCIGNO, *Proprietà e famiglia*, Pàtron Editore, Bologna, 1971, p. 145. E già M. T. CICERONE, *De officiis*, 1.17.54: “.....*prima societas in ipso coniugio est,..... id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae*”.

⁴⁴ Sul rapporto persona-comunità anche nella formazione famiglia, fondamentali le pagine di P. RESCIGNO, *Persona e comunità, Saggi di diritto privato*, II (1967-1987), Cedam, 1988, spec. p. 231 ss, 251 ss.; III (1988-1999), Cedam, Padova, 1999, spec. p. 3 ss., 328 ss., 338 ss.; nonché, ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2000, spec. p. 348 ss.; ID., *Proprietà e famiglia*, cit., p. 143 ss.

⁴⁵ Sul punto, F. D'AGOSTINO, *La giuridicità costitutiva della famiglia*, in ID., *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 99 ss.



continuum concreto e mobile incessantemente scorre nell'esperienza storico-reale della vita associata. In questo senso, «famiglia» è anche nesso di necessaria coappartenenza tra *Sein* e *Sollen*, tra realtà e regola, formazione sociale in funzione esplicativa della persona e nel contempo solidaristico impegno reciproco di cure e di affetti come tale realmente praticato e stabilmente vissuto dai suoi membri.

Tutto questo per dire che la ricerca di un sostenibile modello familiare da porre a base di un riformato e uniforme diritto di famiglia in Europa non è operazione che possa compiersi in astratto, ma solo attingendo al costume e allo stile di vita dei popoli europei, al fine di cogliere ciò che, nonostante la pluralità e varietà delle forme organizzative, assume i tratti identificativi della formazione sociale realizzativa delle istanze fondamentali della persona considerata nella totalità e molteplicità delle sue espressioni e manifestazioni attive. E questo è certamente un compito che spetta alla cultura giuridica, che, in quanto scienza del *dover-essere*, è sicuramente parte anch'essa fondamentale e imprescindibile del processo di integrazione giuridica europea⁴⁶.

9. Ma se questo è vero, va subito aggiunto che ogni sforzo rischia anche in questo settore di risultare vano, finché lo spazio europeo che il Trattato sull'Unione definisce «spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne» (art. 3, par. 2, TUE) non verrà effettivamente aperto alla libera circolazione anche della formazione-famiglia, perché possa venire da tutti liberamente vissuta e fruita nelle forme e secondo i paradigmi normativi di volta in volta ammessi e riconosciuti dai singoli ordinamenti nazionali. Solo dal confronto e dalla competizione, siccome realizzantisi nel concreto e storico tessuto di vita dei consociati, potrà scaturire l'accettazione di un modello condiviso, e così pure una regolamentazione operante in maniera uniforme, perché – secondo il noto e sempre attuale insegnamento savigniano⁴⁷ - quello che alla fine si sarà dimostrato il meglio al vaglio della prassi e della pratica reale di vita dei consociati sarà anche quello che alla fine non potrà non trovare generale accoglienza e di conseguenza riconoscimento normativo.

Se non vogliamo che il modo di strutturarsi delle relazioni familiari resti a dipendere dall'«alto» di un *praescriptum legis* o *curiae*, allora occorre rovesciare l'impostazione, ripartendo sempre dal *basso* dell'esperienza, che vuol dire recuperare un criterio di giudizio tratto dal luogo stesso in cui ha origine e prende forma e consistenza la formazione-famiglia. Questo significa che, in uno spazio europeo aperto e senza frontiere interne, retto dalla libera circolazione e dalla non

⁴⁶ Sull'importanza della cooperazione scientifica nel processo di armonizzazione del diritto di famiglia in Europa, W. PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in S. PATTI - M. G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, cit., p. 108 s.

⁴⁷ F.C.SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), trad. it. (*La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*) di M. Peretti, in A.F.J. THIBAUT- F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, 1982, p. 177.



discriminazione, sia pure entro i limiti dettati dai Trattati, la scelta della forma aggregativa familiare più conveniente e idonea, dal punto di vista delle regole applicabili, al pieno dispiegamento del rapporto solidaristico e affettivo dei suoi protagonisti non possa che restare affidata alla libera e consapevole determinazione degli stessi, gli unici meglio in grado di misurarne adeguatezza e rispondenza al concreto e reale vissuto dei loro bisogni e interessi.

Potere di scelta che in ogni caso, stante il principio di salvezza delle legislazioni nazionali, andrebbe rigorosamente limitato ai paradigmi familiari ammessi e riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, ma che entro tali limiti, in forza dei concomitanti principi sia della pari dignità tra sistemi diversi che della cittadinanza europea, dovrebbe comportare anche la libera portabilità all'interno dello spazio giuridico europeo degli *status* familiari acquisiti, con i corrispondenti diritti e obblighi dello Stato di origine e conseguente vincolo di salvaguardia e rispetto a carico dello Stato di stabilimento. Il tutto ovviamente alla condizione imprescindibile della più stretta osservanza dei principi, dei diritti e delle libertà fondamentali, costituenti il sistema normativo sovraordinato e primario dell'Unione quale scaturente dalla CEDU, dalla Carta di Nizza, dai Trattati e dalle tradizioni costituzionali e ordinamentali comuni degli Stati membri (artt. 6 TUE, 67 TFUE), e come tali irradianti con carattere di imperatività e immediata vincolatività sulle singole legislazioni nazionali⁴⁸, a presidio di quella necessaria *unità* nella diversità, senza la quale la costruzione anche di un diritto europeo della famiglia sarebbe, oltre che inconcepibile, semplicemente impensabile.

Ma la scelta del modello familiare con la conseguente libera circolazione dei corrispondenti *status* finirebbe inevitabilmente con il mettere in competizione anche i singoli diritti nazionali e questo a sua volta con l'innescare il movimento, liberando la istituzione familiare dalla improduttiva stasi municipale per favorirne la evoluzione verso una sempre maggiore rispondenza alle reali ed effettive esigenze di vita dei suoi protagonisti, e nel contempo determinando l'affermazione dal *basso* di corpi di regole e principi uniformi sempre più largamente e diffusamente condivisi e come tali alla fine destinati ad approdare al piano alto e reggente dei principi sovraordinati dell'Unione per poi ridiscendere a conformare i singoli ordinamenti nazionali in un *circolo* continuo e senza soste, a carattere ascendente-discendente e viceversa, di reciproca assimilazione e mutuo completamento.

Si aprirebbe in questo modo anche il diritto europeo della famiglia a un ordinamento complesso e multilivello, *dialogico*, mobile e aperto, unitario e plurale al tempo stesso, in funzione della realizzazione di un auspicabile e articolato sistema di

⁴⁸ Sulla portata non meramente programmatica anche dei diritti fondamentali della CEDU, elevati a principi generali del diritto dell'Unione dal riformato art. 6, par. 3, TUE: M. G. CUBEDDU, *Il diritto della famiglia in Europa*, cit., p. 53.



garanzie e di tutele a misura delle esigenze e dei bisogni effettivi di ciascun nucleo familiare. Un obiettivo per il quale tutti dovremmo sentirci impegnati.