

Il diritto di famiglia

Winkler, Sandra

Source / Izvornik: **Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea, 2017, 293 - 316**

Book chapter / Poglavlje u knjizi

Publication status / Verzija rada: **Published version / Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:148192>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-23**

PRAVI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA


DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

CAPITOLO XVI

IL DIRITTO DI FAMIGLIA

Sandra Winkler

SOMMARIO: 1. Esigenze di europeizzazione del diritto di famiglia. – 2. Il diritto di famiglia nelle fonti europee: da quelle di *hard law* fino a quelle di *soft law*. – 3. Famiglia, famiglie, familiari. – 4. I diritti dei minori. – 5. Il ruolo della giurisprudenza nel processo di europeizzazione del diritto di famiglia. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Esigenze di europeizzazione del diritto di famiglia*

Da tempo, ormai, il processo di europeizzazione non è più orientato esclusivamente verso le branche del diritto strettamente collegate allo sviluppo del mercato unico ma si sta estendendo anche ad altri settori quali il diritto di famiglia ed il diritto delle successioni. Un numero sempre crescente di persone circola all'interno dell'Unione; ciò porta ad un conseguente aumento di famiglie composte da soggetti provenienti da Stati membri diversi o da Stati terzi o di famiglie che si spostano da un Paese all'altro dell'Unione europea. Di qui l'esigenza avvertita da chi circola da uno Stato all'altro di vedere riconosciuto il proprio *status* personale e familiare anche al di fuori del Paese d'origine¹.

Il fenomeno che sta riguardando il diritto di famiglia in Europa va osservato da diversi angoli di visuale. In primo luogo, sotto il profilo legislativo, occorre tenere conto sia dell'evoluzione del diritto di famiglia di ogni singolo ordinamento giuridico dell'Unione europea, sia dell'evoluzione del diritto dell'Unione europea in sé, che attraverso le numerose modifiche apportate negli anni ai trattati istitutivi dell'UE ha modificato le proprie competenze *ratione materiae*.

Un altro angolo di visuale è quello offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale sta dando un *input* significativo a tale processo. Ancora, va considerato il ruolo della dottrina di ogni parte dell'Unione europea, che negli ultimi tempi dedica grande attenzione a questi temi². Nell'interrogarsi sull'op-

¹ L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007; E. IORIATTI, *È auspicabile l'armonizzazione del diritto di famiglia?*, in *La famiglia senza frontiere*, Trento, 2006, p. 169 ss.

² *Ex plurimis*: M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*,

portunità di “europeizzare” il diritto di famiglia, offre preziosi spunti di riflessione sul fondamento di tale esigenza e cioè se esso vada ricercato nell’intento di perpetuare le finalità economiche dell’Unione, oppure vada individuato in una nuova dimensione sociale dell’Unione europea.

Indipendentemente dalle conclusioni che ciascuno potrà trarre dalla panoramica che si offrirà in questo breve capitolo, è dato incontrovertibile che l’emergente dimensione transnazionale della famiglia rappresenta una realtà dalla quale oramai non si può prescindere; né la si può ignorare³. Eppure, occorre procedere con la dovuta cautela, cercando di evidenziare da subito la complessità di questo processo *in fieri*.

Pochi settori del diritto stanno subendo un’evoluzione (o rivoluzione) così profonda e radicale come appunto il diritto di famiglia⁴. Molteplici fattori stanno contribuendo a ridefinire valori sociali, culturali, morali ed etici nella famiglia all’interno dei singoli sistemi giuridici nazionali. Occorre allora interrogarsi se si tratti di un nuovo ordine di valori – almeno in parte – di matrice “europea”; e se sì, capire se si tratti di un’imposizione oppure di una libera trasposizione di valori giuridici condivisi o condivisibili.

Per rispondere a tali interrogativi si rendono necessarie alcune premesse di fondo. In primo luogo, quando si parla del processo di europeizzazione del diritto di famiglia è bene precisare che il corso del medesimo si sta sviluppando su più piani distinti. Il piano certamente più coinvolto è quello delle norme processuali e delle norme di conflitto, mediante l’armonizzazione delle quali, vanno ricercate soluzioni comuni volte a tutelare le c.dd. “*cross-borders families*” e cioè le famiglie caratterizzate da un elemento di transnazionalità, o perché composte da persone provenienti da di-

A Tale of two Millennia, Antwerp-Oxford, 2006; N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 447 ss.; M.T. MEULDERS-KLEIN, *Towards a uniform European family law? A political approach. General conclusions*, in *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Antwerp-Oxford, 2007, p. 271 ss.; S. PATTI, *Note sulla formazione del diritto europeo della famiglia*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, p. 159 ss.; W. PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in S. PATTI-M.G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 89 ss.; K. BOELE-WOELKI, *What comparative family law should entail*, in K. BOELE-WOELKI (a cura di), *Debates on Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp-Oxford, 2009, p. 3 ss.; I. QUEIROLO-L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell’Unione europea e relazioni familiari*, II ed., Torino, 2010; A. PERA, *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Torino, 2012; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2012; V. SCALISI, *Quale famiglia per l’Europa?*, in *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, p. 45 ss.

³ G. ROSSOLILLO, *Rapporti di famiglia e diritto dell’Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 7, 2010, p. 733 ss.

⁴ K. BOELE-WOELKI, *Why and How to Accomodate an Optional European Family Law*, in *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2014, p. 28., dove l’A. osserva appunto che nessuna branca del diritto è stata esposta negli ultimi trenta/quarant’anni a mutamenti così profondi («*deep social and demographic changes*»). D. HENRICH, *La famiglia ed il diritto di famiglia in trasformazione*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 447 ss.

versi Stati membri (o Stati terzi), o perché circolanti all'interno dell'Unione europea⁵.

Il crescente numero di famiglie composte da persone di nazionalità diverse rende reale l'esigenza di creare regole comuni nell'ambito del diritto di famiglia: nuove famiglie nascono, poi finiscono, lasciando irrisolte numerose questioni giuridiche⁶. Ecco che il legislatore europeo ha fatto significativi progressi nell'armonizzazione delle regole di diritto internazionale privato volte al riconoscimento delle decisioni giudiziali da Stato a Stato all'interno dell'Unione⁷. Principalmente si fa riferimento: al Regolamento (CE) n. 1347/2000, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (Bruxelles II) ora sostituito dal Regolamento (CE) n. 2201/2003, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000 (ampiamente noto come Regolamento Bruxelles II-*bis*); al Regolamento (UE) n. 4/2009, del 8 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari; al Regolamento (UE) n. 1259/2010, del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, come pure ai recentissimi Regolamenti (UE) n. 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 n. 2016/1104, 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 effetti patrimoniali delle unioni registrate. Per quanto però tali soluzioni offrano un quadro maggiormente omogeneo, individuando regole di collegamento comuni ai fini dell'individuazione del diritto (nazionale) applicabile, persiste una certa diversità tra i singoli diritti nazionali sul piano sostanziale. Tale piano, infatti, è molto meno coinvolto nel processo di europeizzazione⁸.

⁵ Cfr. K. KAESLING, *Family Life and EU Citizenship: The Discovery of the Substance of the EU Citizen's Rights and its Genuine Enjoyment*, in K. BOELE-WOELKI-W. GEPHART (a cura di), *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p. 293 ss., M. CONDINANZI-C. AMALFITANO, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2/2008, p. 399 ss.

⁶ I dati statistici sul crescente numero di famiglie internazionali vengono offerti da K. BOELE-WOELKI, *Why and How to Accomodate an Optional European Family Law*, cit., p. 33. Ancora, cfr. G. PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 1° ottobre 2005, Collana Quaderni Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento, Trento, 2006.

⁷ S. PATTI, *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, p. 472.

⁸ G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, p. 496,

Alla luce delle considerazioni appena svolte, va chiarito se l'esigenza di rinvenire regole comuni risponda ai bisogni delle sole famiglie *cross borders* o di tutte le famiglie⁹. Dalle possibili risposte derivano strade diverse che potrebbero venire intraprese in futuro.

Se si pensa alle sole famiglie *cross borders*, la priorità è l'armonizzazione delle regole di conflitto e, successivamente, l'eventuale creazione di un modello di carattere "opzionale"¹⁰. Il permanere, nei singoli ordinamenti giuridici, di discipline sostanziali diverse richiederebbe infatti, secondo Boele-Woelki, la creazione di un diritto sostanziale "opzionale" che ovvierebbe al problema del rinvio ad un unico diritto sostanziale¹¹. Tale via, per quanto realistica, ha però poco a che fare con il concetto di europeizzazione in sé che non dovrebbe essere volto a creare un nuovo modello giuridico a carattere opzionale¹²; per converso dovrebbe essere diretto ad individuare possibili spazi di dialogo comune, tentando di includere nell'*acquis* anche regole di base del diritto di famiglia.

V'è una seconda premessa da fare. In letteratura è d'uso frequente la locuzione "diritto europeo della famiglia". Spesso, tuttavia, sfuggono i contorni di ciò che tale termine comprenda. Vanno individuati due diversi livelli: il diritto europeo della famiglia "in senso ampio" ed il diritto europeo della famiglia "in senso stretto".

Il diritto europeo della famiglia in senso ampio consiste in un *corpus* di norme che derivano dall'attività di tre distinte organizzazioni: il Consiglio d'Europa, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e l'Unione europea. Dal secondo dopoguerra ad oggi numerose Convenzioni internazionali varate in seno al Consiglio d'Europa hanno avuto grande influenza nel ripensamento delle norme del diritto di famiglia. Il continuo richiamo ai diritti ed alle libertà fondamentali sanciti anche in materia di famiglia, *in primis* dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha sicuramente rivestito – e continua a rivestire – un ruolo di assoluta centralità nel tentativo di costruire un minimo comune denominatore in materia di famiglia in tutti i Paesi membri del Consiglio d'Europa, i quali in parte sono anche Stati membri dell'Unione europea. Se si pensa, ad esempio,

dove l'A. testualmente afferma che «sotto il profilo spaziale e territoriale, l'applicabilità del diritto di famiglia attiene ad una competenza esclusivamente interna». Cfr. A. PERA, *op. cit.*, p. 92. Si rinvia *infra* nel testo alla trattazione delle fonti, dove si preciserà quanto e cosa è cambiato dopo il Trattato di Lisbona.

⁹ Ciò viene recentemente indicato proprio dalla Commissione europea. Si consulti <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2351_it.htm>.

¹⁰ Per modello opzionale si intende un modello che possa venire scelto dai soggetti interessati in alternativa alle consuete regole di diritto; modello che, appunto, potrebbe garantire eguale trattamento giuridico a prescindere dagli spostamenti della *cross borders family* all'interno dell'Unione. Si v. M.G. CUBEDDU, *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in S. PATTI-M.G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 18.

¹¹ K. BOELE-WOELKI, *Why and How to Accomodate an Optional European Family Law*, cit., p. 36.

¹² Si pensi al regime patrimoniale franco-tedesco di comunione degli incrementi opzionale. Per ogni ulteriore aspetto si rinvia a M.G. CUBEDDU WIEDEMANN (a cura di), *The Optional Matrimonial Property Regime – The Franco-German Community of Accrued Gains*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014.

alla vastissima applicabilità dell'art. 8 della Convenzione europea che tutela il diritto alla protezione della vita privata e familiare, si comprende come la sensibilità verso le questioni di diritto di famiglia si sia sviluppata attraverso il prisma dei diritti fondamentali dell'uomo. In tale prospettiva si muove non solo la Corte di Strasburgo ma anche l'Unione europea: basti pensare alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed al richiamo che sempre più spesso ad essa viene fatto in giurisprudenza ed in dottrina.

Tuttavia, questa non può essere (e non è) l'unica chiave di lettura del processo di europeizzazione del diritto di famiglia. Infatti, l'approccio dell'universalismo dei diritti umani non è l'unico usato in questo tentativo di costruzione di un diritto europeo della famiglia: altrettanto importante è il lavoro di avvicinamento svolto mediante precisi strumenti del diritto internazionale privato «*protesi alla soluzione di casi pratici sempre più frequenti*»¹³. In tale senso, numerose sono le convenzioni internazionali che trattano singoli aspetti di diritto internazionale privato della famiglia e spesso tali soluzioni sono state riprese anche dal legislatore comunitario in particolare nei regolamenti sopra citati.

Invece, quando si parla di diritto europeo della famiglia “in senso stretto” ci si riferisce alle nuove regole legislative e giurisprudenziali che, solo recentemente, l'Unione europea ha iniziato a produrre.

Il modo di procedere delle istituzioni europee è molto frammentario e cauto. Frammentario perché spesso vengono disciplinati soltanto alcuni peculiari aspetti della materia in assenza di una più generale cornice normativa. Cauti perché in ragione della competenza esclusiva dei legislatori nazionali nel legiferare su aspetti sostanziali del diritto di famiglia, il legislatore europeo è attento a non superare detti confini.

Accanto all'approccio dell'universalismo dei diritti umani ed a quello del particolarismo giuridico, preferito dagli internazionalprivatisti, si profila dunque nell'operato dell'Unione europea un terzo approccio in linea con il modo di procedere frammentario delle istituzioni comunitarie. Tale approccio è rappresentato da una regolamentazione indiretta e frammentaria di determinati aspetti giuridici dei rapporti personali e familiari attraverso l'attuazione delle politiche dell'UE riferite alla tutela di posizioni soggettive individuali. Un esempio su tutti circa l'apporto indiretto all'europeizzazione del diritto di famiglia è dato dalle soluzioni adottate, in particolare dalla giurisprudenza comunitaria, in materia di diritto al nome, quale posizione soggettiva individuale da tutelare nello spazio giuridico dell'UE. Se ne rimanda la trattazione al prosieguo del testo.

È dunque evidente come nella politica legislativa dell'Unione si tenga conto di una dimensione sociale dei diritti riconosciuti in capo ai cittadini. Sarebbe, pertanto riduttivo, per rispondere all'interrogativo posto in apertura, affermare che l'europeiz-

¹³ F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2013, p. 777 s.; A. PERA, *op. cit.*, p. 93. Si rimanda all'Autrice da ultimo citata per i diffusi richiami nella sua opera al pensiero di Otto Khan-Freund circa l'importanza del diritto internazionale privato nella regolamentazione del diritto di famiglia, qualora questo ecceda i confini del singolo ordinamento giuridico nazionale. Ma si rimanda anche al giurista medesimo: O. KHAN FREUND, *On uses and misuses of comparative law*, in *The Modern Law Review*, vol. 37, n. 1, 1974, p. 1 ss.

zazione del diritto di famiglia è meramente funzionale allo sviluppo del mercato interno in ragione del fatto che la libertà garantita ai lavoratori comporta anche la tutela della loro famiglia. Per quanto sia la constatazione ad oggi ancora più frequente, sarebbe anacronistico ragionare soltanto in tali termini, visto che l'intero processo di creazione del diritto europeo è entrato in una nuova dimensione caratterizzata dalla tutela dei diritti fondamentali e sociali dei singoli. Prova evidente ne sia la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ma anche l'evoluzione giurisprudenziale dove si sta abbandonando il concetto di libera circolazione del lavoratore, *rectius* del soggetto economicamente attivo, per sostituirlo con la circolazione di (qualsiasi) cittadino europeo¹⁴.

Nelle pagine che seguono si cercherà dunque di ricostruire lo stato dell'arte nel diritto europeo della famiglia in senso stretto, non senza dare conto dell'intersecazione di tale dimensione con quella più ampia illustrata poc'anzi. In effetti, in alcuni casi sarà difficile separare queste due dimensioni: stiamo infatti assistendo sempre più spesso ad un fenomeno di ibridazione delle fonti giuridiche internazionali a seguito del rinvio che viene effettuato alle stesse fonti da istituzioni diverse, rinvio che si spiega (anche) con il carattere universale dei precetti ivi contenuti.

V'è un ulteriore angolo di visuale da ricordare. Non è un caso che venga menzionato per ultimo, poiché chiude le riflessioni introduttive nelle quali s'è tentato di spiegare la complessità del processo di europeizzazione del diritto di famiglia; ma al tempo stesso rappresenta il punto di partenza per qualsiasi tentativo di analisi e ricostruzione di tale fenomeno. Ci riferiamo alla comparazione tra i diversi ordinamenti giuridici europei¹⁵; infatti, per valutare i *pro* e i *contra* dell'europeizzazione del diritto di famiglia, bisogna prima conoscere i singoli ordinamenti europei in materia di famiglia e comprendere quanto e fino a che punto siano diversi. Un ruolo molto importante in questa attività di ricerca è stato svolto da Henrich e Schwab, che nell'ambito dei *Regensburger Symposien* già da oltre vent'anni hanno iniziato a mettere a confronto diversi sistemi giuridici nazionali¹⁶. Anche Jayme sottolineava la centralità della comparazione: il giurista tedesco, infatti, decenni fa rimarcava l'importanza della conoscenza del diritto di famiglia straniero, intuendo che le Corti europee avrebbero avuto un ruolo centrale nel processo di europeizzazione della famiglia¹⁷.

¹⁴ Cfr. Corte di giustizia, 30 settembre 2010, C-34/09, *Ruiz Zambrano*; Corte di giustizia (seduta plenaria), 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen*; Corte di giustizia, 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast*.

¹⁵ In generale sull'uso del metodo comparatistico nell'elaborazione del nuovo diritto (europeo) si rimanda a G.A. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea, Fonti, modelli, regole*, 7ª ed., Padova, 2016, p. 30 s. Ancora, cfr. L. ANTONIOLLI-G. A. BENACCHIO-R. TONIATTI (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*. Atti del I Convegno Nazionale della SIRD tenuto a Milano il 5-6-7 maggio 2011, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, Trento, 2012.

¹⁶ Tali simposi prendono luogo sin dal 1993 presso l'Università di Regensburg e vedono la partecipazione di numerosi studiosi del diritto che a cadenze regolari nel corso degli anni discutono temi di attualità nell'ambito del diritto di famiglia in prospettiva europea e comparata. Si veda M.G. CUBEDDU, *op. cit.*, in S. PATTI-M.G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 13.

¹⁷ E. JAYME, *Die Entwicklung des europäischen Familienrechts. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in *FamRZ*, 1981, p. 221 ss.

La comparazione ha sempre svolto un ruolo fondamentale nello studio e nell'evoluzione del diritto della famiglia. Prova ne sia il *modus operandi* della *Commission on European Family Law*, di cui si parlerà più avanti, come pure la copiosa produzione scientifica degli ultimi anni. Moltissime pubblicazioni sono strutturate secondo il modello del *national report* per ciascun diritto nazionale con riferimento a taluni aspetti o ad una panoramica generale del diritto di famiglia. Tra l'altro la comparazione nell'ambito specifico del diritto di famiglia ci insegna come molte delle nuove soluzioni prospettate negli ultimi anni dall'Unione europea, e che a prima vista appaiono rivoluzionarie o quanto meno espressione di "nuovi valori europei", in realtà esistevano in alcuni ordinamenti giuridici ben prima che questi divenissero Stati membri dell'Unione. Gli esempi sarebbero numerosi. Tra i vari basti pensare ad ordinamenti quali quello croato o quello sloveno che da decenni riconoscono tutela giuridica alle formazioni familiari diverse dal matrimonio¹⁸ e regolano le unioni di persone dello stesso sesso, mentre risale ancora al lontano secondo dopoguerra l'equiparazione delle condizioni di tutti i figli indipendentemente dal fatto che siano nati fuori o dentro il matrimonio, prestando più in generale grande attenzione ai diritti dei minori¹⁹.

Ecco che ritornano gli interrogativi di prima, e cioè se esistono valori condivisi o condivisibili che possano accomunare nello spazio giuridico europeo i singoli ordinamenti e se un'eventuale condivisione di tali valori sia il risultato di un'imposizione oppure di una libera trasposizione di modelli giuridici da un Paese ad un altro²⁰. Autorevoli esponenti della dottrina, nel constatare numerose similitudini in Paesi diversi sottolineano come si tratti di una "convergenza naturale" derivata dal fatto che tutti i Paesi, anche se non necessariamente in contemporanea, sono stati travolti dalle stesse grandi riforme del diritto di famiglia²¹.

I cambiamenti nella società sono stati gli stessi in tutta Europa e il passaggio dalla società rurale alla società industrializzata ha comportato ovunque la trasformazione della famiglia da multigenerazionale a nucleare²². Tale profondo mutamento socio-

¹⁸ S. WINKLER, *Le unioni di fatto nell'Europa centro-orientale: esperienze a confronto*, in *Famiglia e Successioni*, Liber amicorum per Dieter Henrich, tomo II, Torino, 2012, p. 122 ss.

¹⁹ Ma si potrebbe parlare anche della concezione oggettiva del divorzio, dell'assenza della separazione legale o del diritto al mantenimento. Si v. P. ŠARČEVIĆ *et al.*, *Family law in Croatia*, Alphen aan den Rijn, 2011. Si ricorda che la Slovenia è Stato membro dell'Unione europea dal 2004, mentre la Croazia dal 2013.

²⁰ S'interroga sul punto D. HENRICH, *Entwicklungen des Familienrechts in Ost und West*, in *FamRZ*, 2010, 5, p. 333 ss. Cfr. P.M. PUTTI, *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, p. 2315 ss.

²¹ Sul punto si rinvia a A. PERA, *op. cit.*, p. 28. L'A. usa il termine "legislazione per contagio". Per un quadro chiaro su convergenze naturali e convergenze tecniche si rinvia a quanto espone S. PATTI, *op. cit.*, p. 463 s., il quale sottolinea l'importanza delle ricerche condotte da autorevoli esponenti della dottrina, quali Bianca, Dörner, Diederischen e Carbonnier. Si rinvia all'Autore anche con riferimento alle «convergenze tecniche», quelle cioè «che hanno visto confrontarsi con l'evoluzione della medicina».

²² Ancora cfr. A. PERA, *op. cit.*, p. 99.

culturale ha accelerato il susseguirsi delle grandi riforme che, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, hanno pervaso ogni parte dell'Europa, modernizzando gradualmente i Paesi scandinavi, la parte orientale del continente e poi anche quella occidentale. Quale risultato di tale onda riformatrice emergono: l'affermazione dell'eguaglianza tra coniugi, fondata sulla parità tra uomo e donna; il ripensamento delle regole nei rapporti tra genitori e figli; l'affermazione dei diritti dei minori e la parità di trattamento di tutti i figli indipendentemente dallo *status*; la disciplina del divorzio; la tutela delle unioni familiari diverse dal matrimonio. In tale processo riformatore l'idea stessa di famiglia è stata, e continua ad essere, in evoluzione. In tempi recenti v'è poi una generale tendenza all'individualizzazione dei rapporti familiari, ossia ad anteporre – forse con una nota di egoismo che caratterizza il mondo occidentale di oggi – i diritti dei singoli all'interesse dell'unità familiare, come pure una tendenza alla contrattualizzazione di tali rapporti.

Di tutti i risultati raggiunti dalle grandi riforme del diritto di famiglia si rinviene oggi traccia nelle fonti giuridiche europee, sia di diritto primario, che derivato, come anche nelle convenzioni internazionali. Ma allora occorre domandarsi se forse non sia vero il contrario e cioè che tali valori condivisi siano stati "importati" nell'UE dai singoli ordinamenti europei e non l'opposto. Qui si pone la dibattuta questione se s'intenda per diritto europeo quello che deriva dalle norme prodotte a Bruxelles oppure anche quello che compone il substrato culturale e giuridico di tutti gli Stati membri, inteso in questo contesto come insieme di valori europei condivisi naturalmente confluiti da un ordinamento giuridico all'altro.

2. *Il diritto di famiglia nelle fonti europee: da quelle di hard law a quelle di soft law*

Il diritto di famiglia, che come il diritto successorio racchiude un insieme di valori storici e culturali tipici della tradizione popolare di ciascuna nazione, difficilmente può mutare senza una corrispondente evoluzione della cultura e della mentalità di quel popolo.

In questo senso si può affermare che il diritto di famiglia ha sempre rappresentato, in una certa misura, un'espressione di sovranità dei singoli ordinamenti giuridici nazionali. Del resto, in un passato – anche recente – le fonti comunitarie non menzionavano mai il diritto di famiglia. Anzi, sovente si sottolineava la sua estraneità all'*acquis*.

Oggi, invece, le cose stanno cambiando: le disposizioni normative dell'Unione europea rilevanti per il diritto di famiglia sono sempre più numerose, non solo nel diritto primario, quello cioè composto dal Trattato dell'Unione, dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche nel diritto derivato e, ancora più nell'ambito del c.d. "*soft law*".

Per quanto riguarda il *diritto primario*, va richiamato innanzitutto l'art. 3 del TUE,

il quale nella sua ampia formulazione dispone al terzo comma che «L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore».

Sempre al terzo comma dell'art. 3 si afferma che l'Unione rispetta «la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo». Queste norme del Trattato (come ancora più esplicitamente l'art. 22 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*) costituiscono il segno tangibile della volontà di garantire e valorizzare le diversità culturali, religiose e linguistiche degli Stati membri e che proprio tali diversità rappresentano una delle forze motrici dell'Europa. Il famoso motto “*united in diversity*” rammenta che il processo di integrazione non è volto all'annullamento delle diversità, bensì alla costruzione di un dialogo comune rispettoso delle differenze.

Con queste premesse e nei limiti del rispetto delle diversità, l'europeizzazione del diritto di famiglia si muove con molta cautela.

Sempre a livello di diritto primario troviamo molte disposizioni che potrebbero giustificare o permettere interventi, sia normativi che giurisprudenziali o anche di semplice *soft law*.

A parte l'art. 6 del TUE che fa un espresso richiamo ai diritti ed alle libertà fondamentali sanciti tanto dalla Carta europea dei diritti fondamentali quanto dalla CEDU, elevandoli a principi generali dell'Unione²³, si deve innanzitutto richiamare l'art. 20 TUE.

Tale articolo permette agli Stati membri di instaurare tra loro una *cooperazione rafforzata* nel quadro delle competenze non esclusive dell'Unione. Evidentemente si tratta di uno strumento utilizzato qualora più Stati membri (non tutti, evidentemente) vogliano «*promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, (...) proteggere i suoi interessi e (...) rafforzare il suo processo di integrazione*».

La norma ha trovato recente applicazione per rafforzare il processo di integrazione proprio nell'ambito del diritto di famiglia. Basti pensare che dei vari regolamenti emanati in materia di famiglia, ben tre sono il risultato di una cooperazione rafforzata²⁴. Il quarto comma dell'art. 20 TUE chiarisce che: «*gli atti adottati nel quadro di*

²³ Tra l'altro vale la pena di ricordare che l'art. 47 TUE attribuisce all'Unione personalità giuridica. Ciò significa che, potendo concludere e negoziare accordi internazionali, diventare membro di organismi internazionali ed aderire alle convenzioni internazionali, l'Unione avrà un ruolo di crescente importanza anche nell'evoluzione del diritto europeo della famiglia inteso in senso ampio.

²⁴ Precisamente: il Regolamento (UE) n. 1259/2010, del 20 dicembre 2010 *relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, come anche i Regolamenti (UE) n. 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 n. 2016/1104, 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 effetti patrimoniali delle unioni registrate*. Con riferimento ai recentissimi regolamenti n. 1103 e 1104 del 2016 cfr. M.C. BARUFFI, <www.quotidianogiuridico.it>. Si veda anche F. FAL-

una cooperazione rafforzata vincolano solo gli Stati membri partecipanti. Non sono considerati un acquis che deve essere accettato dagli Stati candidati all'adesione all'Unione»²⁵.

Con la riforma delle procedure decisionali volute dal Trattato di Lisbona, sono state introdotte le c.dd. “clausole passerella”, che permettono, a determinate condizioni, di estendere la procedura legislativa a settori inizialmente non contemplati. Una delle clausole passerella è prevista al terzo comma dell'art. 81 TFUE e si riferisce alla cooperazione giudiziaria in materia di diritto di famiglia. Più precisamente è stabilito che, con una procedura legislativa speciale che vede coinvolte diverse istituzioni dell'Unione (Consiglio, Parlamento e Commissione) e che dà ai parlamenti nazionali la possibilità di opporsi, può venire presa una decisione che «*determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali*». Si tratta dell'unica clausola passerella dove i parlamenti nazionali mantengono il diritto di opposizione, diritto che è stato più volte esercitato dai parlamenti nazionali; di qui la spiegazione perché spesso si sia ricorsi, nell'ambito del diritto di famiglia, allo strumento della cooperazione rafforzata *ex art. 20 TUE*.

Numerosi altri articoli del TFUE andrebbero qui richiamati. A partire dagli artt. 4 e 5 che disciplinano la competenza concorrente dell'Unione, passando dagli artt. 18-21 in materia di discriminazione e cittadinanza dell'Unione fino al Titolo V dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, molte sono le disposizioni grazie alle quali il diritto di famiglia, direttamente o indirettamente, è potuto entrare (e sta entrando) “in punta di piedi” nel diritto dell'Unione²⁶.

Per quanto riguarda la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la sua importanza nel favorire l'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto di famiglia è tale che ci limitiamo a ricordare soltanto gli articoli che verranno poi diffusamente ricordati nei paragrafi successivi. Il riferimento è, in particolare, agli artt. 7 e 9 che rispettivamente disciplinano il rispetto della vita privata e della vita familiare nonché il diritto a sposarsi e a costruire una famiglia, e all'art. 24 che sancisce i diritti del minore²⁷.

CONI, *I regimi patrimoniali delle coppie internazionali: due recenti proposte dell'Unione europea*, in <www.juscivile.it>, 2016, 5, p. 135 ss.

²⁵ Si noti però che, se da un lato tale strumento combatte un possibile immobilismo giuridico che potrebbe manifestarsi qualora non tutti gli Stati membri vogliano promuovere un certo obiettivo dell'Unione, dall'altro alimenta il rischio di un processo di europeizzazione “a più velocità”, che certamente non garantisce una visione unitaria degli scopi dell'Unione.

²⁶ Vari aspetti del diritto di famiglia vengono trattati nel Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione, Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, 2014 – Consiglio d'Europa, 2014 disponibile in versione integrale su: <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_ITA.pdf>.

²⁷ Nel preambolo della Carta si rinvia che «*la presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e*

Passando alle fonti di *diritto derivato*, perlopiù il diritto di famiglia s'è evoluto nell'Unione attraverso i regolamenti già citati in apertura del capitolo e che hanno contribuito ad armonizzare le norme di conflitto.

S'è già osservato che i regolamenti non si occupano di ravvicinare tra loro le norme di carattere sostanziale in materia di diritto di famiglia; eppure l'importanza di tali regolamenti per il processo di europeizzazione del diritto di famiglia è centrale.

Oltre a dettare norme processuali e di conflitto comuni, essi hanno anche il pregio di dare stimolo alla comparazione dei diversi sistemi giusfamiliari nazionali, in specie con riguardo alle questioni di cui i regolamenti medesimi si occupano. Si ricordi brevemente che ben due Regolamenti si sono occupati della competenza, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli (prima il Regolamento Bruxelles II, poi il Regolamento Bruxelles II-*bis*).

Recentemente, poi, sono stati affrontati i problemi della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni e della cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. Mediante il Regolamento 4/2009 si tenta, infatti, di dare maggiore uniformità al diritto al mantenimento (e qui si usa volutamente un termine più ampio), qualora dante ed avente diritto al mantenimento non vivano nello stesso Stato membro. Con il Regolamento 1259/2010, risultato di una cooperazione rafforzata, si cerca, invece, di dare risposte più concrete per quanto riguarda la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

Da ultimo, i Regolamenti n. 1103 e n. 1104 del 2016 offrono un quadro normativo, frutto di una cooperazione rafforzata, nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali rispettivamente tra coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Un altro contributo significativo è stato offerto dalla direttiva 2004/38/CE (sulla libera circolazione e soggiorno) e dalla direttiva 2003/86/CE (sul ricongiungimento familiare). Il diritto al ricongiungimento familiare ha riflessi molto importanti anche sull'europeizzazione del diritto di famiglia e verrà trattato nel capitolo dedicato al tema *Circolazione, soggiorno, immigrazione*.

La trattazione delle fonti europee sul diritto di famiglia non può prescindere dal *soft law* e a cui abbiamo già accennato a proposito delle numerose raccomandazioni e pareri; ma oltre a queste, che insieme a strategie, agende e programmi, vengono adottate dalle istituzioni dell'Unione ed indirizzate agli Stati membri in maniera non vincolante, v'è una fonte assai rilevante nel processo di europeizzazione del diritto di famiglia che non proviene da Bruxelles.

Si tratta dei *Principles on European Family Law – PEFL* (Principi di diritto euro-

dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo». Di qui la necessità di combinare la lettura di tali articoli con i corrispondenti artt. 8 e 12 della CEDU. Cfr. E. ÖRÜCÜ, *What Next in the Convergence Process in Europe?*, in M. BUSSANI-U. MATTEI (a cura di), *Opening up European Law*, Bern-Munich-Durham, 2007, p. 183.

peo della famiglia) redatti dalla *Commission on European Family Law (CEFL)*²⁸. Si tratta di una Commissione composta da esperti giuristi provenienti da numerosi Paesi europei che si incontrano ad Utrecht dove dal 2001 studiano il diritto di famiglia dei Paesi europei al fine di rinvenire soluzioni comuni. L'esito delle ricerche condotte dalla *CEFL*, al pari di quelle condotte da altri gruppi di studiosi in altri settori del diritto privato, convergono in "principi" che sono l'espressione delle tendenze attuali in Europa nell'ambito del diritto di famiglia²⁹.

I singoli legislatori nazionali, pur non essendo in alcun modo vincolati da tali principi, mostrano di tenerli in grande considerazione, tanto che alcune recenti riforme del diritto di famiglia di singoli ordinamenti nazionali sono state da essi influenzate³⁰.

I *PEFL* suscitano molto interesse perché hanno ad oggetto lo studio del diritto sostanziale della famiglia. Come la stessa Boele-Woelki spiega, il lavoro della Commissione si articola in sei passi: 1) scelta dell'aspetto di diritto di famiglia da analizzare; 2) redazione del questionario; 3) redazione del *national report*; 4) raccolta e ridistribuzione dei *reports* al fine della comparazione; 5) redazione dei principi; 6) pubblicazione dei principi³¹. Il quarto passo è molto importante poiché si comparano i diritti nazionali e si tenta di individuare quali soluzioni rappresentino il c.d. "*common core*". Quando ciò non sia possibile, si scelgono le c.dd. "*better law rules*" e cioè regole che nel dato momento storico alla luce delle tendenze sociali paiano le migliori.

Si tratta di un'iniziativa lodevole per il minuzioso lavoro di comparazione che compie; quello che invece fa riflettere è la scelta delle c.dd. "*better law rules*". In dottrina spesso si pone l'interrogativo: "migliori per chi"³²? Di qui il richiamo alle considerazioni già svolte in precedenza circa il rispetto delle diversità delle tradizioni giuridiche e soprattutto circa il fatto che non è detto che il trapianto di regole estranee alla cultura giuridica di una certa area abbia successo³³.

²⁸ Per un'analisi approfondita dell'operato della *Commission on European Family Law* si rimanda al sito ufficiale <www.ceflonline.net> dove è possibile reperire in versione integrale e multilingue i questionari, i singoli *reports* nazionali ed i conseguenti Principi relativi alle singole tematiche fino ad ora trattate.

²⁹ Cfr. R. PACIA, *I Principi di diritto europeo della famiglia*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 227 ss.

³⁰ Sul punto si richiama diffusamente S. PATTI-M.G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, cit. Recentemente, S. WINKLER, *La crisi del rapporto coniugale tra soluzioni nazionali e prospettive europee*, in *Derecho moderno*, Liber Amicorum Marcos M. Cordoba, Tomo II, Buenos Aires, 2014, p. 283 ss.

³¹ K. BOELE-WOELKI, *The Working Method of the Commission on European Family Law*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *Un Nuovo diritto di famiglia*, Padova, 2007, p. 197 ss.

³² Per un approfondimento sul punto e per ogni ulteriore rinvio bibliografico v. A. PERA, *op. cit.*, p. 109 ss. Riguardo a "*common core*" e "*better law approach*" cfr. E. ÖRÜCÜ, *What Next in the Convergence Process in Europe?*, cit., p. 187.

³³ Si cita testualmente A. PERA, *op. cit.*, p. 110: «l'approccio della Commissione presuppone, erroneamente, che in ciascun ordinamento le scelte di politica del diritto corrispondano ai medesimi obiettivi, trascurando che tali scelte sono dettate, talvolta, da tradizioni culturali o religiose peculiari, talaltra, da istan-

Ad oggi sono state pubblicate tre parti dei *Principi*: nel 2004 in materia di divorzio e mantenimento dell'ex coniuge, nel 2007 in materia di responsabilità parentale e nel 2013 in materia di regime patrimoniale dei coniugi³⁴.

È agevole notare una certa corrispondenza tra i temi oggetto di disciplina nei regolamenti comunitari e nei *PEFL*: spesso i primi si occupano del profilo delle norme di conflitto, mentre i secondi dei corrispondenti profili sostanziali della stessa materia.

Forse in futuro le soluzioni suggerite dalla *CEFL* potrebbero divenire un modello opzionale rivolto alle *cross borders families*. Al momento rappresentano un «*modello*» da mettere a disposizione dei legislatori nazionali, quale base non vincolante di una armonizzazione³⁵.

A prescindere da un futuro riconoscimento istituzionale di tali principi, i risultati raggiunti sono ragguardevoli in quanto hanno offerto a tutti gli studiosi un quadro dei singoli diritti di famiglia, dando l'opportunità di comparare diversi diritti, tanto che si voglia insistere sull'importanza di mantenere le diversità, quanto che si voglia andare verso un modello (opzionale) unitario.

3. Famiglia, famiglie, familiari

Già abbiamo accennato ai diversi approcci seguiti nel processo di europeizzazione del diritto di famiglia. Sarebbe abbastanza logico aspettarsi che dall'insieme di tali approcci si ottenga un quadro normativo, se non compiuto, perlomeno abbozzato. E invece non è così.

Anzitutto nella dimensione sovranazionale e comunitaria non si tenta mai di definire la famiglia³⁶. Piuttosto, come giustamente osservato in dottrina, la tendenza seguita è quella del «pluralismo familiare»³⁷.

ze di integrazione sociale, o ancora, da istanze razionaliste e di secolarizzazione, dunque da opzioni valoriali diverse e varie, che si alternano o succedono attraverso la spinta di interessi conservatori o progressisti, che costituiscono sempre componenti del patrimonio culturale di un Paese».

³⁴ Ciascuna parte dei Principi è stata ufficialmente pubblicata unitamente a commenti curati principalmente da Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González Beilfuss, Maarit Jänterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny e Walter Pintens. Si rimanda pertanto a *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2004; *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2007; *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.

³⁵ L'espressione è di S. PATTI, *op. cit.*, p. 466. Si invita alla lettura delle pagine successive dell'opera citata in quanto l'A. si sofferma ampiamente sul significato del termine «principio» usato dalla Commissione, rimandando ad un autorevole scritto, al quale anche in questa sede si fa rinvio: A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 455 ss.

³⁶ N. LIPARI, *op. cit.*, p. 439 s.; A. PERA, *op. cit.*, p. 46 (nota 98). Entrambi gli autori sottolineano, infatti, l'assenza di una definizione di famiglia anche nella giurisprudenza comunitaria.

³⁷ N. LIPARI, *op. cit.*, p. 440.

Nelle pagine introduttive di questo capitolo si rifletteva sull'evoluzione (o rivoluzione) che sta subendo il diritto di famiglia un po' ovunque nel continente. Molti fattori, si diceva, stanno contribuendo a riscrivere le regole giusfamiliaristiche. Tra questi, oltre alla crescente mobilità delle persone ed all'esigenza di autodeterminazione sempre più sentita dal singolo, vanno presi in considerazione altri elementi. La globalizzazione, prima ancora che l'europeizzazione, gli imponenti flussi migratori, la coesistenza di culture e tradizioni diverse, ma anche la profonda crisi economica impongono la ridefinizione di molti rapporti giuridici, a partire da quelli che regolano i rapporti familiari; al punto che, in dottrina, si discute se si debba parlare di un "*nuovo principio famiglia*" oppure se non «*non sia più corretto parlare di principi generali in tema di famiglia, tratti dai (o collegati ai) diritti fondamentali che riguardano la famiglia e i suoi membri*»³⁸.

Tra i diritti fondamentali sanciti dal Trattato di Nizza e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali vanno annoverati anche quelli che tutelano la vita privata e familiare ed il diritto di sposarsi³⁹.

Precisamente, l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sancisce che «*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni*».

Il primo comma dell'art. 8 della CEDU dispone invece che «*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*». Se si tralascia la differenza tra "*corrispondenza*" ed il più moderno termine "*comunicazioni*", le due norme sono pressoché identiche, pur essendo state scritte a cinquant'anni di distanza l'una dall'altra. Che la vita privata e familiare vadano tutelate alla stregua dei più elevati valori dell'uomo è dato incontrovertibile; tuttavia nessuna delle due disposizioni offre una definizione di famiglia.

Il successivo art. 9 della Carta, pur rappresentando il *pendant* moderno dell'art. 12 della CEDU, se ne diversifica proprio laddove sembra avvalorare l'idea del pluralismo familiare, inteso non solo nel senso che Paesi diversi hanno concezioni diverse della famiglia, ma anche nel senso che la famiglia non è più soltanto quella fondata sul matrimonio. L'art. 9 detta che «*il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*». L'art. 12 della CEDU, invece, sancisce che «*a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto*». Entrambe le norme rinviando ai singoli legislatori nazionali la specifica disciplina giuridica, limitandosi a sancire il carattere fondamentale del diritto⁴⁰. Anche la giurisprudenza della Corte di Stra-

³⁸ Sul dibattito, tra i molti, si rinvia diffusamente a S. PATTI, *op. cit.*, p. 465.

³⁹ Per un'attenta trattazione su famiglia e vita familiare nella CEDU, cfr. V. ZAGREBELSKY, *Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia*, Padova, 2007, p. 115 ss.

⁴⁰ L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, è molto più chiaro sul punto, distinguendo espressamente il diritto di sposarsi ed il diritto di costruire una famiglia. Già da un'interpretazione

sburgo sul rapporto tra “*vita familiare*” (quale condizione di vita ben più ampia rispetto al diritto di sposarsi) e “*matrimonio*”, è piuttosto copiosa e consolidata circa la non sovrapposizione del concetto di famiglia a quello di matrimonio⁴¹.

Oltre ad elementi di novità, nel rapporto tra le due norme vi è anche un importante elemento di continuità: sia l’art. 12 che l’art. 9 sanciscono espressamente che sono i singoli legislatori nazionali a detenere l’esclusiva competenza legislativa in materia di famiglia, a riprova dell’attenzione che necessariamente deve essere prestata alle peculiarità dei singoli ordinamenti giuridici.

In effetti, nei diversi ordinamenti giusfamiliari europei vi sono diverse forme di “famiglia” oltre a quella c.d. “tradizionale” e cioè quella definita all’art. 29 della Costituzione italiana come la «*società naturale fondata sul matrimonio*».

In Europa, e non solo, le famiglie possono essere fondate sul matrimonio, il quale a sua volta può essere concluso tra persone di sesso diverso oppure anche da persone dello stesso sesso.

Altre volte le famiglie possono essere fondate su di un’unione registrata, composte anche qui, a seconda degli ordinamenti, da persone di sesso diverso e/o da persone dello stesso sesso.

Vi possono essere poi le c.dd. “unioni affettive, di fatto e non registrate”, caratterizzate dall’assenza di qualsiasi requisito di formalità e dalla rilevanza del carattere di stabilità del rapporto.

Spesso, poi, anche all’interno dello stesso ordinamento la lettera della norma va integrata da una interpretazione giurisprudenziale che ne offre una lettura più ristretta o più ampia, a seconda dei casi.

Il quadro che emerge è davvero caotico ed incerto, il che non può non avere importanti riflessi pratici nel momento in cui sorge l’esigenza di tutelare lo *status* familiare dei soggetti che circolano all’interno dell’Unione.

La molteplicità di famiglie che i cittadini europei possono costituire comporta il rischio che non sempre lo *status* di “familiare” venga riconosciuto nel passaggio del cittadino da uno Stato all’altro⁴². In dottrina, specie con riferimento alle unioni di fatto, si parla di *limping partners* e cioè di *partners* “zoppicanti”, che stentano ad essere riconosciuti da un Paese all’altro⁴³. Si tratta di un problema avvertito soprattutto con riguardo all’esercizio del diritto al ricongiungimento familiare.

Quando a tutto ciò si aggiungano anche le peculiarità di formazioni familiari che

grammaticale della norma è evidente che si tratti di due distinti diritti. Per converso, la formulazione dell’art. 12 CEDU – di molti decenni più vecchia –, pare identica ad una prima lettura, ma se la si esamina attentamente essa indica al singolare un unico diritto di sposarsi e fondare una famiglia. Sul punto v. I. QUEIROLO-L. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 276; E. BERGAMINI, *op. cit.*, p. 3 ss.

⁴¹ Cfr. G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei Diritti dell’Uomo all’evoluzione del diritto di famiglia*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia*, Padova, 2007, p. 115 ss.

⁴² I. QUEIROLO-L. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 199 ss.

⁴³ V. T. KRUGER, *Partners limping across borders*, in I. KUNDA (a cura di), *Family and children: European expectations and national reality*, *Pravni fakultet u Rijeci, Hrvatska udruga za poredbeno pravo*, Rijeka, 2014, p. 185 ss.

cittadini di Paesi terzi portano con sé (si pensi, ad esempio, alla poligamia), è evidente quanto sia complesso, e allo stesso tempo importante, il compito delle istituzioni europee nella tutela dei diritti delle persone⁴⁴.

Di qui il modo cauto e frammentario di procedere del legislatore europeo il quale, nei limiti delle proprie competenze legislative, cerca di risolvere i problemi mano a mano che si presentano, in una dimensione non sistematica ed incompleta. La maggiore parte delle volte lo fa intervenendo in una prospettiva di tutela dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, adottando, ad esempio, le direttive sopra menzionate al fine di regolare i flussi migratori da Paesi terzi⁴⁵.

Visto che lo *status* di familiare offre, oltre al diritto d'ingresso nello spazio europeo e alla libera circolazione nello stesso, anche diversi diritti sociali, è inevitabile una sconcertante tendenza ad affrontare le problematiche familiari in un'ottica volta a combattere eventuali abusi⁴⁶. Così, spesso nelle raccomandazioni, ma anche nelle direttive che si occupano di ricongiungimento familiare, si trovano indicazioni sulle modalità di contrasto di rapporti familiari fittizi sorti contraendo matrimonio o vantando una presunta unione di fatto⁴⁷. In numerosi atti dell'Unione (risoluzioni, comunicazioni, ecc.) si parla più di simulazione che di matrimonio vero e proprio, inteso sia come atto sia come rapporto⁴⁸.

Ancora più problematica è la questione relativa alle unioni diverse dal matrimonio. Se ai fini del riconoscimento dello *status* sta emergendo la tendenza ad individuare il criterio di collegamento con il diritto del Paese della registrazione, tuttavia tale soluzione, pur risolvendo buona parte delle difficoltà di accertamento dell'esistenza dello *status* di familiare, non è molto efficace per quanto riguarda le situazioni originate dalle unioni di fatto, quelle cioè non formalizzate mediante registrazione, quali ad esempio quelle che hanno ottenuto riconoscimento in Italia con la legge 20 maggio 2016, n. 76⁴⁹.

Un altro profilo recentemente divenuto oggetto di studio e disciplina nel diritto europeo della famiglia in senso stretto è quello dei regimi patrimoniali della famiglia⁵⁰.

⁴⁴ Cfr. V. PETRALIA, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, in *I quaderni europei*, 2013, 49, p. 3 ss.

⁴⁵ Sul punto cfr. *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, 2014 – Consiglio d'Europa, 2014 disponibile in versione integrale su: <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_ITA.pdf>. Precisamente si rimanda al capitolo 5 (Vita privata e familiare e diritto di sposarsi), p. 125 ss.

⁴⁶ Sul punto si rilevano anche diverse decisioni dei giudici di Lussemburgo. Tra queste, cfr. Corte di giustizia, 25 luglio 2008, C-127/08, *Metock*; Corte di giustizia, 11 luglio 2002, C-60/00, *Mary Carpenter*.

⁴⁷ V. SCALISI, *op. cit.*, p. 35. Ancora cfr. I. QUEIROLO-L. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 272.

⁴⁸ R. TUCCILLO, *La tutela della famiglia*, in A. MACRILLÒ (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Padova, 2014, p. 355.

⁴⁹ Per un'analisi della recente legge 20 maggio 2016, n. 76 si veda *Fam. e dir.*, 2016, 10 (numero tematico). Nella giurisprudenza comunitaria v. Corte di giustizia, 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*.

⁵⁰ Cfr. K. BOELE-WOELKI-J. MILES-J.M. SCHERPE (a cura di), *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011.

Si pensi ai regolamenti (di diritto internazionale privato) di luglio 2016 in tema di regime patrimoniale della famiglia e delle unioni registrate, risultato di una cooperazione rafforzata *ex art. 20 TUE*⁵¹.

Anche questa materia è caratterizzata da una rilevante eterogeneità delle soluzioni adottate nei singoli ordinamenti nazionali, tanto che si discute sull'opportunità di adottare soluzioni giuridiche di tipo opzionale, non necessariamente sul piano europeo, ma anche tra singoli ordinamenti, di cui il c.d. "accordo franco-tedesco" costituisce uno degli esempi più significativi⁵². Questa esigenza è tanto più avvertita quando, comparando le fonti in materia di regimi patrimoniali in Europa, emergono sostanziali diversità non solo tra singoli ordinamenti bensì tra regole di fondo che distinguono *civil e common law*⁵³.

Concludendo, più si va nello specifico di un aspetto privatistico, quando si abbandona cioè il piano dell'universalità dei diritti fondamentali, più le differenze sono evidenti.

4. I diritti dei minori

Nel processo di europeizzazione del diritto di famiglia una trattazione a parte meritano i diritti dei minori. Sebbene ad oggi questi rivestano un ruolo ancora troppo marginale nell'intero processo, in anni recenti sono stati compiuti considerevoli progressi.

Innanzitutto, nella coscienza collettiva è riconosciuta, e si è ormai consolidata, l'esigenza di una maggiore tutela dei minori, sancita anche nell'art. 3 del TUE. Questa tutela va indirizzata tanto verso il riconoscimento e la protezione dei diritti dei minori all'interno della famiglia, quanto verso la tutela dei diritti (fondamentali) dei minori nei confronti dell'intera collettività.

Si tratta di due piani distinti che logicamente s'intersecano. Maggiormente regolata è la posizione del minore nella famiglia; già si diceva dell'evoluzione della disci-

⁵¹ V. *retro*, nota 24.

⁵² Per una ampia trattazione sul c.d. accordo franco-tedesco cfr. G. SPELTA, *I rapporti patrimoniali della famiglia: il nuovo regime convenzionale franco-tedesco*, su <www.comparazionedirittocivile.it>, dicembre 2015, p. 1 ss. L'accordo franco-tedesco, come spiega l'Autrice è «una Convenzione internazionale, che ha ad oggetto la disciplina di un regime patrimoniale opzionale uniforme». Un regime cioè che potrebbe dimostrarsi molto utile nella disciplina dei rapporti patrimoniali dei coniugi uniti in matrimoni misti (*in primis* tra francesi e tedeschi, anche se si tratta di uno strumento estendibile ad altri ordinamenti), che avrebbe il merito di accorciare le distanze tra sistemi giuridici che dettano soluzioni piuttosto differenti quanto a regimi patrimoniali della famiglia. Sul punto non si può non rinviare nuovamente a M.G. CUBEDDU WIEDEMANN, *op. cit.*, nonché a K. BOELE-WOELKI, *Why and How to Accomodate an Optional European Family Law*, cit., p. 31.

⁵³ J. MILES-J.M. SCHERPE, *The Future of Family Property in Europe*, in K. BOELE-WOELKI-J. MILES-J.M. SCHERPE (a cura di), *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, p. 424 ss.

plina dopo le grandi riforme iniziate nella seconda metà del secolo scorso. Il rapporto tra genitori e figli è cambiato radicalmente passando dalla “potestà” alla “responsabilità” dei genitori.

I figli stessi sono cambiati: non esistono più distinzioni tra figli legittimi e naturali. Il minore è passato da oggetto a soggetto del diritto, e ciò lo si deve fondamentalemente alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo firmata a New York nel 1989.

Tale convenzione, sicuramente tra le più importanti nella storia delle Nazioni Unite ed una delle più ratificate della storia, pone le basi per la costruzione dei diritti dei minori⁵⁴. Il cambiamento di paradigma è evidente: sancendo un catalogo di diritti fondamentali dei minori sia nei confronti della propria famiglia che dell'intera collettività, essa impone ai legislatori, come anche agli organismi internazionali e alla stessa UE, il ripensamento dei diritti fondamentali in chiave pedocentrica.

Basti pensare all'art. 3 della Convenzione di New York che sancisce come *l'interesse superiore* del minore debba essere sempre una *considerazione preminente*; oppure all'art. 9 della convenzione che sancisce il diritto di ogni bambino di non essere separato dai propri genitori contro la propria volontà (a meno che ciò non sia *nell'interesse preminente del minore*) o (quando non vi sia l'unità familiare) di mantenere rapporti personali e contatti con il genitore con il quale non viva stabilmente.

Evidentemente i diritti fondamentali sanciti dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, siglata a Roma nel 1950, e prima ancora dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, adottata a Parigi nel 1948, non erano sufficienti o forse non erano adatti a dare voce ai bisogni dei bambini. La Convenzione di New York è il primo strumento giuridico internazionale ad offrire un catalogo dei diritti dei bambini, stilato tenendo conto dei bisogni di questi ultimi e non di come gli adulti intendano tali bisogni.

La Convenzione di New York rappresenta la base della costruzione dei diritti dei minori in moltissimi ordinamenti giuridici ed ovviamente anche nell'Unione europea.

Per esempio, l'art. 24 della *Carta dei diritti fondamentali dell'UE* al primo comma sancisce che «i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità»; il secondo comma recita: «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente»; il terzo comma infine afferma che «il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse». Ebbene, tutte queste disposizioni riprendono, in forma concisa, i tratti fondamentali della Convenzione di New York,

⁵⁴ Tra le molte si segnala un'opera concepita secondo lo schema dei *national reports*, che illustrano lo stato dell'arte nell'ambito dei diritti dei minori a venticinque anni dalla convenzione: O. CVEJIĆ JANČIĆ (a cura di), *The Rights of the Child in a Changing World, 25 Years after the UN Convention on the Rights of the Child*, Springer International Publishing Switzerland, 2016.

confermando la straordinaria influenza di quest'ultima sulle fonti europee⁵⁵.

A tale riguardo in dottrina si parla spesso del fenomeno di *cross-fertilization* soprattutto per quanto riguarda il rapporto tra Convenzione di New York e la CEDU, mediante il quale si colma l'assenza nella CEDU di precetti specifici riguardanti i minori e per converso si afferma la portata universale della Convenzione di New York.

Sul piano del diritto derivato, invece, dove i suddetti precetti dovrebbero venire realizzati, la tutela si limita perlopiù a documenti sul piano programmatico. Se si considera che ogni anno nell'Unione nascono più di cinque milioni di bambini, l'assenza di misure concrete volte a tutelare i minori è preoccupante⁵⁶.

Ad oggi, i documenti dell'Unione riguardanti i diritti dei minori sono: *a)* gli orientamenti dell'UE in materia di promozione e tutela dei diritti del bambino, del 2007; *b)* la strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori, del 2009; *c)* l'Agenda europea per i diritti dell'infanzia, pubblicata nel 2011.

Tali documenti propongono, attraverso la realizzazione delle politiche sociali, numerose iniziative volte a migliorare i diritti dell'infanzia. Pur trattandosi di documenti non vincolanti per gli Stati membri, vanno menzionati per l'importanza del loro contenuto e per comprendere la crescente attenzione dedicata dalle istituzioni europee ai minori.

Per esempio, gli orientamenti dell'UE del 2007 offrono un quadro operativo per la realizzazione dei diritti dei minori nel rispetto delle numerose convenzioni internazionali (*in primis* la Convenzione di New York del 1989) oltre ad indicare, come linea guida per la realizzazione dei diritti dei minori, un approccio di tipo olistico.

A sua volta la strategia del 2009 sottolinea gli scopi che la società europea deve prefiggersi nella realizzazione dei diritti dei minori. Precisamente, questi non debbono essere annoverati tra i diritti fondamentali degli adulti ma devono essere intesi e interpretati indipendentemente ed alla luce delle loro specificità. Nella strategia si indicano espressamente anche i numerosi problemi che coinvolgono i minori in Europa. Tra questi si ricordino la povertà, il degrado, il distacco dai genitori, la violenza ed il bullismo.

Da ultimo, l'Agenda del 2011 elenca numerose concrete azioni che andrebbero promosse al fine di tutelare i diritti dei bambini nel rispetto del loro preminente interesse; tra queste vi è la realizzazione di una giustizia su misura dei bambini (*child friendly justice*), accessibile cioè ai minori e che tenga conto dei minori. Quest'esigenza nasce soprattutto nell'ambito delle cause di famiglia, dove spesso sono i figli a vedersi negato il diritto a mantenere rapporti personali e contatti stabili con il genitore con il quale non vivono. Se a ciò si aggiunga un elemento di transnazionalità, quando, ad esempio, gli ex coniugi od ex partners non vivono più nello stesso Paese, i bambini ed i loro diritti diventano "prigionieri" di interminabili procedure transfrontaliere.

⁵⁵ Così A. PERA, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁶ Si vedano i dati statistici di Eurostat del 2011.

Si tratta di un problema molto sentito in Europa; non a caso di tali questioni si occupa il Regolamento Bruxelles II-*bis* grazie al quale il legislatore europeo detta regole uniformi volte al riconoscimento delle decisioni giudiziali in materie concernenti l'esercizio della responsabilità genitoriale.

Anche la già citata *Commission on European Family Law (CEFL)* s'è occupata di bambini, dedicando la seconda parte dei suoi Principi alla responsabilità parentale, tentando di individuare un quadro generale delle tendenze nelle soluzioni di diritto sostanziale adottate in Europa⁵⁷. In linea con gli obiettivi illustrati sopra, si insiste molto sull'importanza dell'ascolto del minore e del suo diritto a vivere con i genitori od a mantenere stabili rapporti con il genitore con il quale non viva abitualmente, sempre che ciò sia nell'interesse superiore del minore.

5. *Il ruolo della giurisprudenza nel processo di europeizzazione del diritto di famiglia*

La Corte di giustizia dell'Unione europea riveste un ruolo importante nel processo di europeizzazione del diritto di famiglia.

Si accennava in precedenza all'esigenza, avvertita da chi circola da uno Stato all'altro, di vedere riconosciuto il proprio *status* personale e familiare anche al di fuori del Paese d'origine.

Proprio a tale riguardo spesso, nel risolvere rinvii pregiudiziali, la giurisprudenza ha potuto più della legislazione. Infatti, alcuni traguardi di questo processo sono stati raggiunti proprio attraverso l'affermazione (e la conseguente tutela) sul piano europeo di posizioni soggettive individuali, richiamando all'uopo le norme del TFUE in materia di discriminazione e di cittadinanza dell'Unione.

Per esempio, la giurisprudenza europea ha svolto una funzione fondamentale nella protezione transnazionale dell'identità del soggetto (ancor di più se cittadino europeo)⁵⁸. Più precisamente, l'identità, che va annoverata tra i diritti della personalità del singolo, trova espressione nello *status* personale il quale, a sua volta, dipende spesso da vicende familiari⁵⁹.

Più elementi compongono lo *status* della persona e, tra questi, il nome e la cittadinanza, due profili più volte vagliati dai giudici lussemburghesi.

Il nome esprime l'identità del suo titolare, riflettendola nel contesto sociale. Diverse sono le sue funzioni.

⁵⁷ Cfr. *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2007.

⁵⁸ D. HENRICH, *op. cit.*, p. 447 ss.; V. SCALISI, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁹ *Ex plurimis*, C. HONORATI (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010.

Innanzitutto, esso rappresenta il diritto di ogni consociato di autodeterminarsi, di scegliere il nome che meglio esprime la sua identità.

In secondo luogo il nome collega i singoli soggetti a determinate comunità familiari nel rispetto dell'unità familiare, rendendole riconoscibili nella società.

Un'altra funzione si concretizza poi nell'identificazione dei cittadini e nella registrazione degli atti che li riguardano.

L'esigenza di offrire una tutela che tenga conto di queste diverse funzioni del nome è particolarmente avvertita dai giudici lussemburghesi perché in presenza di elementi di transnazionalità il rischio che tali funzioni collidano è ancora maggiore⁶⁰.

Tutte le sentenze della Corte di giustizia in materia di diritto al nome riguardano, infatti, problemi relativi alla tutela di tale diritto nell'ambito di famiglie *cross-borders*. Spesso sorgono questioni relative all'attribuzione del prenome o (più spesso) del cognome del coniuge oppure del figlio, ma anche questioni di ordine tecnico, dovute alla traslitterazione od alla traduzione. Ancora, vi sono casi riguardanti la modifica del nome in ragione della tutela dell'alfabeto e dell'identità nazionale.

Tali questioni portano i giudici ad interrogarsi sul rapporto tra l'esigenza della certezza del nome, attribuito secondo le singole norme di ciascun Paese ed i numerosi diritti che trovano espressione in ragione della scelta o della variazione del nome, che sovente derivano dal mutamento dello *status* familiare. Si pensi al diritto dei genitori alla libertà di scelta del nome e/o cognome del figlio, al principio di eguaglianza dei coniugi, al diritto a conoscere le proprie origini, la propria cultura e/o tradizione fino al diritto all'autodeterminazione.

È evidente che il diritto al nome rientra tra i diritti fondamentali dell'uomo. Per questo motivo, pur non essendo espressamente menzionato, esso viene normalmente ricollegato all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (come pure all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), in quanto espressione della vita privata e della vita familiare di ogni singolo consociato.

Il filo conduttore che accomuna tutte le sentenze della Corte di giustizia in materia, è la stabilità transnazionale del nome, in funzione della tutela delle libertà sancite dagli artt. 18 e ss. TFUE (divieto di discriminazione, diritto di cittadinanza, libera circolazione)⁶¹.

In effetti, tutti i casi sottoposti con rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia hanno riguardato le medesime questioni: 1) se la legislazione nazionale rappresenti un ostacolo alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione; 2) se essa discrimini taluni cittadini dell'Unione rispetto ad altri (in ragione dello Stato membro di origine); 3) se eventuali limitazioni alle libertà sancite dai trattati siano giustificate o giustificabili.

⁶⁰ Si rinvia a L. TOMASI, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, in *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, cit., p. 111 ss. anche per ogni ulteriore richiamo giurisprudenziale.

⁶¹ Cfr. L. TOMASI, *op. cit.*, p. 122 ss.

Risale agli anni Novanta del secolo scorso la storica decisione della Corte di giustizia nel caso *Konstantinidis*⁶². A seguito di traslitterazione, il signor Konstantinidis, greco di nascita ma residente in Germania, nella trasformazione dai caratteri greci a quelli latini vide il suo nome cambiato. Ciò comportò il rischio di compromettere la sua libertà di stabilimento, in quanto il signor Konstantinidis, fisioterapista di professione, rischiava di non essere più riconosciuto dai suoi clienti. A differenza delle sentenze che seguirono, nel caso *Konstantinidis* si evocava la libertà di stabilimento in quanto all'epoca non si parlava ancora delle libertà fondamentali dell'individuo. Risale allo stesso periodo anche la pronuncia nel caso *Dafeki*, ritenuta di fondamentale importanza sulla via dell'affermazione transnazionale dello *status* della persona⁶³.

In tempi più recenti vi sono state due sentenze della Corte lussemburghese che rappresentano delle pietre miliari nell'evoluzione del processo di europeizzazione del diritto di famiglia. Questioni precedentemente estranee al vaglio della giurisprudenza europea, cominciano ad essere prese in considerazione vista la crescente esigenza di chi è parte di famiglie che circolano all'interno dell'Unione oppure è membro di una famiglia transnazionale di vedere riconosciuto ovunque il proprio *status* personale e familiare.

Si tratta delle pronunce nei casi *Garcia Avello* e *Grunkin-Paul*⁶⁴.

Nel primo caso la questione dibattuta riguardava il cognome da attribuire ai figli minori di una coppia di coniugi belgo-spagnola. Ai figli della coppia, di doppia cittadinanza belga e spagnola, non poteva secondo le leggi del Belgio venire attribuito il cognome nella sua "versione spagnola"; un cognome cioè composto dal cognome del padre e della madre, in quanto l'ordinamento giuridico belga non lo prevedeva. I giudici lussemburghesi hanno ritenuto che l'impossibilità di attribuire loro il cognome nella "versione spagnola", quella in linea cioè con la volontà dei genitori, rappresentasse una discriminazione dei minori nell'espressione della loro identità spagnola. Richiamando gli artt. 18, 20 e 21 TFUE, la Corte ha ritenuto la legislazione nazionale in contrasto con il diritto primario dell'UE.

Anche nel caso *Grunkin-Paul*, di poco successivo, la questione dibattuta riguardava l'attribuzione del cognome al figlio minore di una ex coppia di coniugi. In questo caso però si trattava di soggetti dalla sola cittadinanza tedesca che risiedevano in Danimarca, dove il figlio della coppia era nato e dove gli venne attribuito il cognome secondo la legislazione danese, la quale prevede l'attribuzione del doppio cognome (materno e paterno). Tuttavia, le autorità tedesche, in quanto il collegamento ai sensi della legislazione tedesca è dato dal criterio di cittadinanza, negavano il riconosci-

⁶² Cfr. Corte di giustizia, 30 marzo 1993, C-168/91, *Christos Konstantinidis*.

⁶³ Risale allo stesso periodo anche la pronuncia nel caso *Dafeki*, ritenuta di fondamentale importanza sulla via dell'affermazione transnazionale dello *status* della persona; cfr. Corte di giustizia, 2 dicembre 1997, C-336/06, *Dafeki*.

⁶⁴ Non a caso D. HENRICH, *op. cit.*, p. 447 ss., esamina tali sentenze nel suo contributo sull'europeizzazione della famiglia. Cfr. Corte di giustizia, 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello*; Corte di giustizia, 10 ottobre 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*.

mento della “versione danese” del cognome, pur vivendo il minore in Danimarca. La Corte di giustizia, richiamando agli artt. 18 e 21 TFUE, s’è espressa nel senso che la legislazione tedesca osta all’applicazione del diritto primario dell’UE. Si tratta di una sentenza che ha suscitato interesse ed anche qualche critica in dottrina, perché afferma la supremazia dell’unicità e della stabilità dello *status* del soggetto a prescindere dalla normativa nazionale sui criteri di collegamento per l’individuazione del diritto applicabile⁶⁵. In altre parole, nel caso in esame, cambiare il cognome al minore tedesco abitualmente residente in Danimarca, avrebbe comportato il rischio di confondere l’identità del bambino, il quale non sarebbe riconoscibile ovunque con lo stesso cognome⁶⁶.

Alla luce di quanto esposto, le soluzioni della Corte di giustizia paiono adeguate ad una efficace tutela del diritto al nome e dell’identità del soggetto, specie quando si tratta di tutelare le posizioni di famiglie transnazionali. *Prima facie*, tali pronunce paiono avere un raggio d’azione meno ampio rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, riguardando *ratione personae* i soli cittadini dell’UE. In realtà, esse esercitano una forte influenza sulle pronunce nazionali e in molti casi i giudici degli Stati membri hanno dato prova di voler spontaneamente tenere conto della giurisprudenza comunitaria anche laddove non vi è nessun esplicito obbligo di conformazione alle decisioni della Corte⁶⁷.

6. Riflessioni conclusive

Una volta giunti alla fine del capitolo occorre ritornare all’inizio nel tentativo di accertare se strada facendo sia stata offerta qualche risposta agli interrogativi posti in apertura. A tale fine, nel corso di questa breve indagine s’è cercato di analizzare il processo di europeizzazione del diritto di famiglia *in fieri*, adoperando tutti gli angoli di visuale elencati in precedenza.

Una prima conclusione cui s’è giunti è che si tratti di un processo che sta progredendo.

⁶⁵ Cfr. M. LEHMANN, *What’s in a name? Grunkin Paul and Beyond*, in *Yearbook of International Private Law*, vol. 10, 2008, p. 135 s.; C. HONORATI, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 474.

⁶⁶ Sono poi seguite le decisioni *Sayn-Wittgenstein* e *Runevič-Vardyn*, rispettivamente 22 dicembre 2010, C-208/09, e 12 maggio 2011, C-391/09. In entrambi i casi, pur essendo i fatti molto diversi tra loro, si trattava di valutare se la limitazione delle libertà sancite dai trattati istitutivi dell’UE fosse giustificata o giustificabile. In effetti, in entrambi i casi la Corte ha stabilito che le limitazioni imposte, pur ostando all’applicazione del diritto primario dell’UE, fossero giustificate dal limite dell’ordine pubblico.

⁶⁷ Ad es., *Tribunale di Lamezia Terme, Decreto 25 gennaio 2012*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 1043, ove il giudice di primo grado nel decidere sul doppio cognome di una bimba cittadina sia italiana che brasiliana, richiama espressamente la sentenza *Garcia Avello*.

dendo su più livelli: di più è stato fatto sul piano delle norme di conflitto mentre, sul piano del diritto sostanziale, è prevalsa una maggiore cautela.

Non è possibile, infatti, armonizzare il diritto di famiglia mediante meri interventi normativi che prescindano dalle differenze culturali, di costumi, di credo e di tradizioni.

Il processo di europeizzazione non può annullare tali diversità, che non vanno interpretate quale ostacolo alla convergenza dei modelli giuridici. Anzi, spesso soluzioni giuridiche diverse conducono alla realizzazione dello stesso risultato per vie diverse.

L'abbattimento delle diversità senza una corrispondente crescita ed evoluzione spontanea di mentalità e tradizioni giuridiche quasi sempre secolari comporterebbe un appiattimento ed una semplificazione delle soluzioni che potrebbe generare una disciplina lacunosa di determinati istituti giuridici.

Europeizzare il diritto di famiglia non significa eliminare *a priori* soluzioni esistenti per rimpiazzarle con "nuove" soluzioni "europee": il trapianto forzato di modelli più o meno "estranei" al substrato giuridico interno potrebbe comportare l'effetto contrario⁶⁸. Una determinata soluzione giuridica è, infatti, efficace solamente se assimilabile alla tradizione giuridica dell'ordinamento che la introduce: importare uno strumento giuridico senza capirne la *ratio* di certo non contribuisce all'evoluzione del diritto in una direzione comune a tutti gli ordinamenti⁶⁹.

Al contrario si tratta di conoscere e riconoscere il giusto ruolo che le diverse culture giuridiche nazionali occupano in questo processo, nel quale la comparazione gioca un ruolo importantissimo; e non soltanto per confrontare i singoli diritti nazionali ma anche per riconoscere i valori giuridici che storicamente accomunano i Paesi europei, sin da molto prima che divenissero Stati membri dell'Unione europea.

⁶⁸ Cfr. A. PERA, *op. cit.*, p. 116 s.

⁶⁹ Cfr. V. SCALISI, *op. cit.*, p. 41. L'A. osserva come la cultura giuridica sia parte «fondamentale e imprescindibile del processo di integrazione giuridica europea».