

PREMESSA

La Scuola genovese ha tra i suoi temi tradizionali di ricerca e di insegnamento lo “spazio europeo” di libertà, sicurezza e giustizia. Proprio partendo degli studi del comune Maestro Sergio Carbone sulla Convenzione di Bruxelles del 1968 e sui suoi successivi sviluppi, la Scuola genovese si dedica da diversi anni ai profili connessi alla circolazione delle persone, alla tutela dei diritti fondamentali e al diritto internazionale privato, con particolare attenzione all’azione dell’Unione europea incidente sui rapporti di natura familiare.

Un primo importante esito di tale attività si è concretizzato nel volume *“Lezioni di diritto dell’Unione europea e relazioni familiari”* di Ilaria Queirolo e Lorenzo Schiano di Pepe, creato con la finalità di fornire uno strumento di studio per il corso di laurea dedicato agli operatori del servizio sociale.

Tuttavia, sulla scorta dell’imponente *corpus* normativo di cui l’Unione europea si è dotata con particolare riferimento alla disciplina delle relazioni familiari transfrontaliere, nonché della rilevante giurisprudenza applicativa dei predetti atti normativi, si è avvertita la necessità di predisporre un nuovo volume, che, affiancando il precedente e riprendendone alcuni temi (nei capitoli della prima parte), cerchi di integrarne i contenuti proprio con specifico riferimento ai regolamenti europei finalizzati a risolvere i problemi di diritto internazionale privato e processuale relativi ai legami familiari con elementi di internazionalità.

In questa prospettiva il volume si propone innanzitutto come strumento didattico per gli insegnamenti specialistici attivati nell’ambito del corso di laurea magistrale in Giurisprudenza. Ma ambisce anche ad essere uno strumento di lavoro per gli operatori del settore.

Più precisamente, la prima parte intende fornire un quadro generale relativo all’incidenza dell’azione dell’Unione europea nella materia delle relazioni familiari. Pur non disponendo di competenza in tema di diritto materiale di famiglia, infatti, l’Unione finisce per incidere significativamente in tale ambito attraverso l’affermazione della libertà fondamentale di circolazione delle persone ed il riconoscimento di quei diritti al matrimonio e al rispetto della vita familiare già sanciti dalla Convenzione

europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950.

La seconda parte del volume, invece, è interamente dedicata all'analisi del *corpus* normativo adottato dall'Unione europea per regolamentare i profili di diritto internazionale privato e processuale connessi alla materia delle relazioni familiari.

Si tratta di una prima edizione, proposta nella consapevolezza che si renderanno presto necessari aggiornamenti. E questo non soltanto in ragione del fatto che l'Unione europea tende ad ampliare l'ambito del suo intervento (ed è pertanto verosimile che proponga iniziative nelle materie che, allo stato, risultano escluse dall'ambito applicativo dei diversi strumenti normativi già adottati), ma anche perché alcuni dei regolamenti in vigore saranno presto soggetti a revisione. Senza considerare l'incessante sviluppo progressivo ed evolutivo che viene impresso, via via in modo sempre più rapido, dalla prassi applicativa e, in particolare, dalla pronunce della Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Vogliamo dedicare il volume a Sergio Carbone, nostro comune Maestro, che per primo ha saputo introdurci all'analisi dei temi trattati in questa sede.

Genova, 1° ottobre 2019

LAURA CARPANETO
FRANCESCO PESCE
ILARIA QUEIROLO

Parte Prima

**LIBERA CIRCOLAZIONE
E DIRITTI FONDAMENTALI**

Capitolo I

LA FAMIGLIA NELL'AZIONE DELLA COMUNITÀ E DELL'UNIONE EUROPEA: LA PROGRESSIVA "EROSIONE" DELLA SOVRANITÀ STATALE

SOMMARIO: 1. La disciplina della famiglia: il ruolo del diritto statale. – 2. L'internazionalizzazione dei rapporti familiari: l'esigenza di armonizzare le soluzioni di diritto internazionale privato. – 3. L'intervento dell'Unione europea nel settore del diritto di famiglia: la mancanza di competenza espressa nei trattati. – 4. L'espansione dell'azione europea: la libera circolazione delle persone. – 5. Famiglia e tutela dei diritti fondamentali. – 6. Gli strumenti di diritto internazionale privato. – 7. Il potere interpretativo della Corte di giustizia: l'ampliamento e la legittimazione delle competenze dell'Unione europea.

1. La disciplina della famiglia: il ruolo del diritto statale

Il diritto materiale di famiglia è stato, tradizionalmente, appannaggio del diritto statale. La disciplina e la soluzione dei problemi collegati a questioni quali la validità del matrimonio, l'articolazione delle relazioni personali e patrimoniali esistenti all'interno del nucleo familiare, le caratteristiche della potestà genitoriale e le forme di scioglimento del vincolo coniugale sono state considerate come pertinenti alla legislazione nazionale; e su di essa, fino a pochi anni or sono, non esercitavano e non dovevano esercitare influenza alcuna né la Comunità né l'Unione europea.

La situazione ha determinato il sorgere di grandissime differenze nella disciplina e nella stessa definizione di *famiglia*, che varia da Stato a Stato ed assume connotazioni diverse persino all'interno di un medesimo ordinamento giuridico. Il concetto di famiglia è inteso con accezioni profondamente differenti se si passa dal contesto sociale a quello legale, ed anche all'interno di quest'ultimo: esistono, dal punto di vista normativo e giurisprudenziale, differenti modi di interpretare e disciplinare la famiglia in ambito successorio e fiscale, ovvero se dalle questioni relative all'immigrazione ci si focalizza sul settore penale e così via.

Il fenomeno si sta incrementando negli ultimi decenni. Non è neppure il caso di soffermarsi sulle trasformazioni socio-economiche, etiche, culturali e persino tecnologiche che hanno stravolto il modo stesso di intendere la *famiglia*: basti pensare a fenomeni evolutivi che hanno caratterizzato i secoli passati quali l'industrializzazione e l'ingresso delle donne nel mondo del lavoro, fino ad arrivare a contesti più recenti in cui si assiste, in alcuni Paesi, al declino dei valori religiosi e, in altri, alla trasmissione dei medesimi nella disciplina statale, all'esaltazione dell'autonomia individuale, allo sviluppo delle tecniche di procreazione assistita ed *in vitro* che nuove e difficili questioni hanno fatto sorgere in relazione all'individuazione dei soggetti che possono dirsi legati da vincoli familiari. Esiste, poi, una moltiplicazione delle forme di aggregazione che va dalle coppie di fatto, alle famiglie monoparentali, alle convivenze – più o meno stabili e riconosciute – di coppie eterosessuali od omosessuali. Tanto che occorre chiedersi se sia tuttora utile, oltre che possibile, riunire realtà così diverse sotto l'unica definizione di famiglia.

In questa situazione, rilievo centrale assume non solo la rintracciabilità dei legami interni al nucleo familiare e la loro disciplina, ma anche il rapporto esistente tra famiglia e società. È proprio la dimensione sociale della famiglia, e dei diritti e doveri da essa conseguenti, che implica il sorgere delle problematiche inerenti al riconoscimento dei nuovi modelli individuati nella prassi e la necessità di attribuire *speciali* diritti e doveri agli individui che la compongono. Difatti, se alcuni diritti spettano ai singoli come tali, altri vengono attribuiti esclusivamente agli individui che abbiano ottenuto il riconoscimento dello *status* di persone legate da specifici vincoli familiari.

Nel momento in cui si ammette che i componenti del nucleo familiare considerati nel loro complesso sono da tutelare per la struttura e il buon funzionamento della società, per la stabilizzazione dei rapporti interpersonali, per il perseguimento degli interessi educativi di cui sono portatori, per la protezione delle persone incapaci di mantenere una vita sociale autonoma e per lo sviluppo dell'identità stessa degli individui che si vanno formando, il legislatore approva normative di riconoscimento, tutela e incentivo della famiglia.

Dette normative sono figlie di tensioni opposte, che si manifestano all'interno della realtà sociale e giuridica, alla ricerca di un equilibrio tra esigenza di rispettare la vita privata, che impone allo Stato di non attuare interventi invasivi nella sfera riservata alle relazioni familiari, ed esigenza di avere regole certe e precise proprio sulla disciplina dei rapporti inerenti al nucleo familiare e degli *status* ad esso collegati. Questo senza dimenticare che la stessa necessità di regole definite, in tale settore, è ne-

cessariamente bilanciata da una certa elasticità nella loro interpretazione, in modo tale da rendere il precetto astratto delle norme adeguato alla disciplina delle singole fattispecie concrete.

Non si può, inoltre, trascurare il fatto che il diritto di famiglia sia, ad oggi, caratterizzato da una sempre più forte pretesa di garantire l'autonomia individuale, attenuando l'intervento statale nei rapporti interpersonali per non invadere spazi di azione necessariamente riservati alle scelte personali. Basti pensare alla disciplina dello scioglimento del vincolo coniugale, che va verso forme via via più snelle e rapide nell'attuazione; tanto che non sembra neppure più porsi il problema del bilanciamento tra il diritto individuale dei coniugi, o anche di uno solo di essi, a svincolarsi dall'unione matrimoniale e quello, eventualmente contrapposto, alla conservazione del vincolo di cui possono essere portatori l'altro coniuge, i figli e la società stessa. Questo perché la famiglia non rappresenta più un'istituzione protetta in vista del perseguimento di interessi sovra-individuali e, come tale, caratterizzata essenzialmente dall'assunzione di precisi obblighi giuridici, ma una formazione essenzialmente "privata", tesa alla realizzazione delle libertà e delle aspirazioni dei singoli componenti.

Il diritto di famiglia si incentra, così, sempre più sulla tutela degli interessi individuali e non più di quelli collettivi, tanto nella fase della formazione del vincolo coniugale quanto in quella del suo allentamento o dissoluzione; non a caso, le legislazioni dei Paesi europei che non prevedevano il divorzio (Malta) hanno introdotto tale istituto e le altre che già prevedevano tale istituto, stanno evolvendo verso un modello rapido e/o privato di divorzio.

Per quanto attiene all'ordinamento italiano, ad esempio, è opportuno rilevare l'introduzione del c.d. "divorzio breve", che rispetto ai tradizionali tre anni prevede oggi il termine di un anno per la pronuncia di divorzio, ridotto ulteriormente a sei mesi nelle ipotesi di separazione consensuale (legge 6 maggio 2015, n. 55). Se la menzionata evoluzione del diritto di famiglia non presenta difficoltà particolari quando si tratti di sciogliere consensualmente un'unione ritenuta non più adeguata alle aspirazioni di vita di tutti i soggetti vincolati al suo rispetto, il discorso cambia laddove esistano precise assunzioni di responsabilità nei confronti di individui che non condividono la scelta di dissolvere il legame coniugale, siano essi i figli o anche uno dei due coniugi. Non si può negare, infatti, che il divorzio, pur non comportando – ovviamente – modifiche nel legame genitoriale, determini cambiamenti notevoli nelle condizioni di vita dei figli e travolga, addirittura, quelle del coniuge che non partecipi alla volontà di scioglimento del matrimonio.

Non vale neppure la pena di precisare che le osservazioni in esame non vogliono promuovere un ritorno ad un concetto di famiglia fondata sull'indissolubilità del vincolo coniugale, in cui è più il diritto pubblico che quello privato ad occuparsi di disciplinare l'istituto ed a sanzionare, anche penalmente, la violazione dei relativi doveri. Si vuole semplicemente constatare che esiste oggi una sorta di "corsa" al divorzio *facile e veloce* che non appare – quantomeno sempre – fornire una risposta adeguata alle aspettative di stabilità sociale e, soprattutto, alle criticità dei soggetti deboli che avrebbero, invece, bisogno di strumenti di protezione, capaci di evitare l'inasprimento dei rapporti e guidare la famiglia se non verso la ricomposizione, quantomeno verso l'acquisizione della consapevolezza relativa all'irrimediabilità della crisi: si pensi alla possibilità di rendere obbligatorio l'istituto della mediazione familiare (almeno in presenza di figli minori, come avviene in Norvegia ed in Australia dove, seppure a condizioni diverse, si rinvergono ipotesi di mediazione familiare obbligatoria).

D'altronde le legislazioni che, pur senza arrivare a negare la possibilità di sciogliere il vincolo coniugale, hanno tentato di disincentivarlo con strumenti differenti, non hanno raggiunto risultati soddisfacenti e sono state percepite come inadeguate, ponendo una limitazione all'esercizio di quello che, ormai, viene ritenuto un diritto individuale di autodeterminazione nelle relazioni familiari.

Resta il fatto che, anche laddove si incentivi l'aspetto "privatistico" della famiglia sottolineando l'esigenza di limitare l'intrusione dello Stato nella disciplina dei relativi rapporti, non per questo si richiede una *deregulation* in materia: al contrario, in alcuni casi si assiste ad una domanda costante di intervento statale. Basti pensare al movimento che chiede ai legislatori nazionali, laddove non l'abbiano già fatto, di occuparsi di disciplinare le unioni etero od omosessuali, al fine di codificare e disciplinare le nuove realtà familiari che si vanno delineando manifestando altresì, talora, la pretesa di equiparare le nuove forme di aggregazione sociale al vecchio modello di famiglia. Quello che sfugge è che dette unioni parafamiliari appaiono, di regola, carenti di qualunque requisito di stabilità o assunzione di doveri nella fase patologica del rapporto. La vera distinzione tra di esse ed il vincolo coniugale sta proprio nel momento dello scioglimento dell'unione, che può essere recisa unilateralmente e con effetto immediato, in modo da cancellare ogni legame precedentemente instaurato – ad eccezione di quello con i figli che, peraltro, sussisterebbe a prescindere dalla conclusione di un'unione civile – tanto che tale scioglimento non fa perdurare – di regola – alcun obbligo di cura e mantenimento nei confronti del *partner* e della sua famiglia. Ciò spinge a

non ritenere così banale che dalla convivenza o dalla conclusione di un'unione registrata derivino gli stessi diritti collegati alla formazione di una famiglia tradizionale.

Ma la diversità nel trattamento di matrimonio e unioni di fatto o unioni registrate ha ragione di esistere fino a quando non venga messo definitivamente in crisi il concetto stesso di famiglia quale struttura di carattere stabile, capace di svolgere una serie di compiti che la società giudica o, meglio, giudicava fondamentali. Ai nuclei familiari sempre più spesso si sottraggono le competenze tradizionali anche con riferimento alla crescita dei figli: non a caso, non si parla più di *potestà* genitoriale – concetto che presuppone una somma di doveri ma riconosce un forte potere di indirizzo in ordine alle scelte educative e culturali dei minori – bensì di *responsabilità* genitoriale – ponendo invece l'accento sugli obblighi di mantenimento, cura e istruzione più che sulla relativa capacità di orientamento. Non stupisce, allora, che la primaria funzione della crescita e dell'educazione dei figli venga spesso trasferita dal contesto familiare a strutture pubbliche e private a ciò specificamente deputate. Ed il ragionamento seguito a proposito dell'educazione della prole si può ripetere con riferimento alle persone anziane, non autosufficienti o incapaci, di cui non si incentiva il permanere nel contesto familiare ma la cui cura è localizzata in apposite strutture.

Tale problema, già complesso per la continua evoluzione dei modelli familiari che la società propone e per la rilevanza degli interessi coinvolti, è stato aggravato da un fenomeno che, pur non avendo avuto origine, è certamente aumentato nel secondo dopoguerra: quello delle famiglie multinazionali e multiculturali, il cui numero è divenuto via via sempre più rilevante.

2. L'internazionalizzazione dei rapporti familiari: l'esigenza di armonizzare le soluzioni di diritto internazionale privato

Gli ordinamenti statali si sono ispirati a principi profondamente divergenti nella disciplina delle relazioni familiari, ancorandosi a propri modelli culturali, etici, sociali e religiosi e, di conseguenza, raggiungendo soluzioni talora del tutto antitetiche.

Questo ha complicato non poco la già difficile questione della definizione di una disciplina applicabile alla famiglia nel momento attuale, in cui si assiste ad un crescente intrecciarsi di rapporti personali e patrimoniali tra soggetti di nazionalità diverse o tra soggetti che, semplicemente,

localizzano il centro della loro vita in un Paese differente da quello di cittadinanza. Proprio la globalizzazione della società contemporanea determina, sempre più di frequente, il verificarsi di situazioni in cui un nucleo familiare presenta elementi di collegamento con più ordinamenti giuridici. Ma grandi differenze esistono in ordine ai presupposti necessari affinché si possa parlare di famiglia nell'uno o nell'altro Stato membro della comunità internazionale; e tali differenze si ripercuotono anche sulla definizione e sulla disciplina delle relazioni familiari. Tanto che, anche laddove i sistemi nazionali tendano ad utilizzare l'istituto familiare al fine di realizzare medesimi obiettivi, quali la stabilizzazione della società, la tutela dei minori e degli anziani e così via, essi lo fanno attraverso metodologie e strumenti profondamente differenti.

Al fine di risolvere i conflitti determinati dall'esistenza stessa di nuclei collegati a più ordinamenti giuridici, è necessario predisporre apposite normative a livello internazionale così come a livello interno. Tra queste ultime vanno evidenziate le disposizioni che, delimitando l'ambito della sovranità, giurisdizionale e normativa, appartenente ai singoli Stati, perseguono l'obiettivo di evitare il contemporaneo e, potenzialmente, conflittuale esercizio del potere di giudicare e disciplinare i rapporti scaturenti da legami familiari. Esse fanno parte del *diritto internazionale privato* (in senso lato) e provvedono a definire i titoli attributivi della giurisdizione statale nonché i criteri di collegamento, capaci di identificare la legge regolatrice dei rapporti, personali e patrimoniali, che si sviluppano all'interno della famiglia.

Per quanto concerne la nozione di giurisdizione, è bene sottolineare che questa individua la sfera di potere appartenente al complesso degli organi giudiziari di un determinato Stato e non deve essere confusa con la nozione di competenza "interna" che, per ragioni di territorio, materia e valore, distribuisce la conoscenza delle liti fra i diversi tribunali del medesimo Stato.

Ogni ordinamento è tenuto a stabilire precise norme che definiscono la sfera della propria competenza giurisdizionale rispetto a quella dei Paesi stranieri, ossia definiscono entro quali limiti i giudici nazionali devono pronunciarsi sulle liti con caratteri di estraneità. Al compito si è adempiuto prevedendo i c.d. *titoli o criteri attributivi di giurisdizione*, ossia individuando taluni elementi del rapporto controverso ritenuti significativi proprio allo specifico fine di collegare la lite al foro: solo nell'ipotesi in cui essi ricorrano, ai giudici nazionali è attribuito il potere di conoscere le controversie.

Un esempio: l'art. 3 della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, n. 218 del 31 maggio 1995, prevede che «la giu-

risdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio» secondo le disposizioni di cui al codice di procedura civile italiano. Questo significa che, in linea generale e salvo specifiche previsioni, potrà essere portata all'attenzione dei giudici italiani solamente la controversia in cui sia convenuto in giudizio un soggetto, persona fisica o giuridica, che abbia domicilio o residenza in Italia ovvero un soggetto che abbia nominato, nel territorio dello Stato, un rappresentante alle liti.

Tali disposizioni, oltre a delimitare l'ambito della giurisdizione nazionale, perseguono l'obiettivo di evitare il contemporaneo e conflittuale esercizio del potere di conoscere e giudicare le controversie. È bene precisare che oggetto delle norme di *diritto processuale civile internazionale* non sono le controversie i cui elementi soggettivi ed oggettivi sono collegati ad un solo ordinamento, le quali non sollevano alcuna questione di competenze concorrenti o conflittuali; solamente le liti che presentano caratteristiche di internazionalità danno, infatti, vita a problemi di coordinamento dell'attività giudiziaria che si svolge o può svolgersi in più Stati. In altri termini, solo quando una determinata fattispecie presenta elementi di contatto con Paesi differenti può accadere che la pluralità degli ordinamenti, a vario titolo interessati, si dichiarino contestualmente competente ovvero decida di declinare la conoscenza della controversia.

Quand'anche sia precisamente identificato l'ambito della giurisdizione spettante ai tribunali nazionali, non è finito il compito del diritto internazionale privato. Il legislatore nazionale deve, infatti, anche selezionare uno o più elementi di collegamento ritenuti particolarmente significativi al fine di collegare il rapporto ad un determinato ordinamento, nel cui ambito ricercare la legge regolatrice (attraverso le norme di diritto internazionale privato *in senso stretto*). Un esempio: l'art. 29 della legge n. 218/1995 stabilisce che la legge regolatrice dei rapporti personali tra coniugi è quella dello Stato di cui entrambi sono cittadini; laddove i coniugi abbiano cittadinanza differente, i loro rapporti personali vengono disciplinati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata. Questo significa che, al fine di regolare i rapporti tra coniugi aventi medesima cittadinanza, il giudice italiano cui sia deferita una controversia dovrà applicare la legge nazionale comune; solamente allorché si tratti di matrimonio concluso da soggetti di cittadinanza diversa, occorrerà individuare l'ordinamento in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

Procedere all'individuazione dei criteri in oggetto rappresenta un compito particolarmente complesso, non solo per la delicatezza delle o-

perazioni inerenti alla delimitazione della giurisdizione statale e dell'ambito applicativo delle leggi interne, ma anche per la difficoltà di rintracciare linee guida uniformi, capaci di indirizzare le scelte degli Stati.

Se ogni ordinamento statale è indipendente ed originario rispetto agli altri membri della comunità internazionale, questo significa che può selezionare i titoli di giurisdizione e i criteri di collegamento che ritiene più adeguati. Ma la previsione di regole nazionali, che individuano la legge regolatrice di un rapporto con caratteri di estraneità o delimitano, al riguardo, la giurisdizione del foro, non riesce a soddisfare pienamente gli obiettivi presi in considerazione laddove non realizzi un coordinamento effettivo con gli ordinamenti stranieri. La scelta dei criteri di collegamento e dei titoli di giurisdizione operata da un determinato Paese può, infatti, contrastare con quella operata dagli altri Stati, comportando un'assoluta imprevedibilità circa la legge applicabile al rapporto in questione e una carenza di coordinamento tra le attività processuali poste in essere nei diversi Paesi.

La problematica in oggetto potrebbe essere risolta solo laddove gli Stati prevedessero regole di diritto internazionale privato uniformi o, quantomeno, sostanzialmente coincidenti, in modo da rendere prevedibile il foro deputato a regolare le vicende familiari in caso di conflitto e le regole che il giudice applicherà per dirimerlo. Di queste regole vi è tanto più bisogno quanto più lontane appaiono le soluzioni di diritto materiale adottate dai diversi Stati, come accade proprio in materia di famiglia. Le scelte operate all'interno di ciascun ordinamento nazionale in ordine tanto al diritto sostanziale quanto al diritto internazionale privato della famiglia, si fondano, infatti, su principi analoghi, espressione delle tradizioni socio-culturali proprie di ogni Stato e, di conseguenza, profondamente divergenti da Paese a Paese.

In questa prospettiva e, quindi, per evitare che, in relazione ad un medesimo rapporto giuridico con profili di internazionalità, le differenti scelte normative nazionali determinino l'applicazione di diverse leggi regolatrici ed il verificarsi di conflitti positivi o negativi di giurisdizione, si è da tempo provveduto a stipulare apposite convenzioni internazionali, bilaterali e multilaterali, in grado di assicurare un coordinamento effettivo quantomeno tra gli Stati che vi abbiano aderito. Nella medesima ottica si pone l'attività normativa portata avanti, nel corso degli ultimi anni, dall'Unione europea, con effetti particolarmente rilevanti nell'ambito degli ordinamenti giuridici dei Paesi membri.

3. L'intervento dell'Unione europea nel settore del diritto di famiglia: la mancanza di competenza espressa nei trattati

Nonostante quanto da ultimo osservato, l'Unione europea non ha, ad oggi, una specifica competenza per l'approvazione di atti vincolanti in ambito di diritto materiale di famiglia; una competenza che, a giudizio della Corte costituzionale tedesca non potrà mai avere dal momento che la stesso dovrebbe essere inclusa nella categoria delle competenze statali necessarie, nel senso che un suo trasferimento alla UE potrebbe comportare una violazione della sovranità statale (*Bundesverfassungsgericht*, 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, par. 249). In nessuna norma dei trattati istitutivi si rintraccia il trasferimento della sovranità e delle relative competenze dagli Stati membri alle istituzioni dell'Unione; e una previsione di questo tipo non era contenuta neppure nell'ormai superata "Costituzione europea", né è oggi ricompresa nelle novità introdotte dal Trattato di Lisbona: l'attuale art. 3.6 TUE ribadisce che l'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati.

Il successivo art. 5 TUE precisa che

«1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.

2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.

3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo.

4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati.

Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

Ma c'è di più: i previgenti trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione non contenevano alcun riferimento alla *famiglia* (ad eccezione dell'art. 67.5 TCE): del termine non si trovava traccia in nessun articolo che attribuisse competenze, in via esclusiva o concorrente, alle istituzioni europee.

Il disinteresse che ha caratterizzato l'azione fino a pochi anni or sono, è derivato dall'incontro di posizioni opposte, ma in fatto coincidenti, di cui erano portatori la Comunità, da un lato, e gli Stati membri, dall'altro: la prima, agendo nell'ambito del mercato per la realizzazione di scopi economici non si è, tradizionalmente, preoccupata del diritto di famiglia; i secondi, restii a cedere competenze in un settore legato a tradizioni culturali, etiche e religiose, sono rimasti gli esclusivi titolari delle attribuzioni normative necessarie per la disciplina dello stesso.

Dunque, alla regolazione della materia hanno, essenzialmente, provveduto i legislatori nazionali attraverso la predisposizione tanto di norme di diritto materiale, quanto di norme di diritto internazionale privato e processuale, destinate a risolvere i problemi inerenti la disciplina delle relazioni familiari connotate da elementi di internazionalità.

In effetti, l'azione comunitaria, fino agli anni '90, è stata completamente estranea a tali questioni, limitando la propria sfera di operatività alla disciplina dei rapporti economici e disinteressandosi dei profili più strettamente collegati alla vita non patrimoniale dei cittadini, quali le problematiche inerenti lo *status* delle persone e i rapporti di famiglia. Neppure il continuo ampliamento delle competenze comunitarie a scapito di quelle nazionali, portato avanti tanto in via giurisprudenziale quanto in via normativa, ha interessato direttamente il settore della famiglia, preso in considerazione solamente quando la regolazione di taluni aspetti delle relazioni familiari andava ad incidere sulla disciplina delle libertà economiche rientranti nell'ambito delle attribuzioni comunitarie.

Anzi, laddove si è messo mano ai trattati istitutivi, gli Stati membri hanno precisato di voler non certo facilitare ma, per contro, rendere più difficoltoso il procedimento normativo che può portare la Comunità – ed ormai l'Unione – ad occuparsi di diritto di famiglia. Si fa riferimento al Trattato di Lisbona, ove vengono precisati condizioni e limiti solo nel rispetto dei quali l'Unione risulta competente ad adottare specifici atti vincolanti che vanno ad incidere sul diritto di famiglia.

In primo luogo, si identificano gli atti vincolanti da adottare nelle materie di cui alla parte III, titolo V, del Trattato sul funzionamento dell'Unione, denominato «*spazio di libertà, sicurezza e giustizia*» ed, in particolare, al capo III, dedicato alla «*cooperazione giudiziaria in materia civile*»: si

tratta di provvedimenti relativi esclusivamente alla cooperazione giudiziaria nelle materie civili aventi implicazioni transnazionali e non, quindi, al diritto materiale di famiglia. Detta circostanza limita l'azione dell'Unione, che deve essere volta alla realizzazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e, solo a tal fine, può includere anche l'adozione di misure intese a promuovere la compatibilità delle regole applicabili, negli Stati membri, ai conflitti di leggi. In particolare, secondo le previsioni dell'art. 81 TFUE, l'azione dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria civile comprende misure volte a garantire, tra l'altro, sia il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione, sia la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione.

In secondo luogo, nel settore in esame, l'azione europea deve rispettare «i diritti fondamentali», «i diversi ordinamenti giuridici» ed anche «le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri» (art. 67, par. 1, TFUE). La norma non fa che ribadire, nello specifico contesto della realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, quanto il Trattato sull'Unione chiarisce in termini inequivoci fin dal suo preambolo, ossia che l'integrazione europea deve avvenire nel rispetto «delle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto».

Non stupisce, dunque, che venga espressamente affermato, in uno dei primi articoli che si occupano delle modalità di azione dell'Unione nei confronti degli Stati membri, che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali» (art. 4 TUE).

In terzo luogo, occorre ricordare che sia il previgente Trattato sulla Comunità europea, sia l'attuale TFUE, qualificano la cooperazione giudiziaria civile, in particolare, e la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, più in generale, come uno di quei settori in cui le istituzioni godono di una competenza non esclusiva bensì concorrente rispetto a quella degli Stati membri: ciò significa che l'azione dell'Unione deve essere legittimata sulla base dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. Secondo quest'ultimo principio, come noto, l'Unione interviene solo se, e nella misura in cui, gli obiettivi dell'azione prevista dal trattato non possono essere adeguatamente perseguiti dagli Stati membri, richiedendo una loro più compiuta realizzazione a livello europeo. L'intervento dell'Unione in via sussidiaria è soggetto a diversi presupposti, ossia: (i) è

previsto solo per le materie che rientrano nella competenza concorrente dell'Unione, non potendo realizzarsi al di fuori di alcuna attribuzione; (ii) deve riguardare un'azione a dimensione europea, ovvero con aspetti transnazionali, che gli Stati membri non siano in grado di regolare in modo esauriente; (iii) può attuarsi attraverso tecniche differenti, ossia tramite la promozione della cooperazione tra gli Stati, a completamento della loro azione ovvero in loro sostituzione solamente quando l'intervento si riveli indispensabile in quanto l'azione dei soli Stati membri comprometterebbe gli obiettivi del trattato, pregiudicherebbe gli interessi degli stessi Paesi europei ovvero allorché, attraverso l'intervento dell'Unione, si possano conseguire risultati più vantaggiosi.

Gli accennati criteri relativi all'applicazione del principio di sussidiarietà devono essere applicati tenendo conto del principio di proporzionalità, in base al quale l'Unione deve utilizzare mezzi legislativi adeguati e proporzionati agli scopi fissati, salvaguardando in tal modo le competenze dei singoli Stati.

È il protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona che si occupa di precisare le modalità procedurali attraverso le quali l'Unione può adottare atti legislativi nelle materie di competenza concorrente, sotto il profilo del rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, introducendo un potere di controllo da parte dei Parlamenti nazionali. Proprio con riferimento a norme che possono avere incidenza sul diritto di famiglia, si ricorda che, con parere motivato del 27 maggio 2011, la Repubblica di Polonia ha contestato la violazione del principio di sussidiarietà da parte delle istituzioni europee che hanno redatto la 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, COM(2011)127 def., del 16 marzo 2011, in quanto «tra le competenze dell'Unione europea non rientra l'adozione di atti legislativi in materia di famiglia».

Quale ultimo limite all'esercizio delle competenze dell'Unione nel settore preme ricordare che, tanto in base al previgente art. 67 TCE quanto in base al Trattato di Lisbona, le misure prese all'interno dello spazio di libertà sicurezza e giustizia e destinate ad incidere sul diritto di famiglia non vengono adottate con procedura legislativa ordinaria, bensì tramite un procedimento aggravato che richiede l'unanimità dei voti in Consiglio. L'art. 81 TFUE prevede che

«le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo».

Il medesimo articolo precisa che il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che determina quali sono gli aspetti del diritto di famiglia che potrebbero essere sottratti a detta procedura aggravata per essere adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. In tal caso, il Consiglio delibera all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, informando immediatamente i parlamenti nazionali della propria intenzione. Spetta a questi ultimi o, meglio, anche ad uno solo di essi, presentare opposizione entro sei mesi dal ricevimento dell'informazione; se questo accade, la decisione non è adottata. In mancanza di opposizione, il Consiglio può adottare la decisione che identifica quali tematiche, pur rientrando nel diritto di famiglia, possono essere oggetto di atti vincolanti approvati con procedura ordinaria.

L'identificazione dei limiti elencati porterebbe a ritenere che l'Unione non sia chiamata a svolgere, neppure prospetticamente, un ruolo così pregnante in materia di diritto di famiglia.

Nonostante il dettato dei trattati istitutivi, però, nella pratica normativa e giurisprudenziale, la competenza delle istituzioni europee è andata via via espandendosi, con una velocità sempre più accentuata. I confini tra le competenze nazionali e quelle dell'Unione si stanno gradualmente spostando a favore di quest'ultima, che è impegnata in un preciso e programmatico piano di azione teso ad accaparrare spazi di intervento sempre più estesi con correlativa erosione delle prerogative degli Stati membri.

Occorre, dunque, valutare con grande attenzione se l'intento degli Stati membri di rimanere gli unici o, quanto meno, i principali artefici del diritto di famiglia, ribadito anche nel Trattato di Lisbona, sarà rispettato o verrà travolto dalla forza espansiva della politica perseguita a livello di Unione europea.

La preoccupazione non dipende solo dalle soluzioni, prospettate o già adottate, di cui l'Unione, e precedentemente la Comunità, si sono fatte portatrici in materia di diritto di famiglia: molte di esse sono, infatti, assolutamente condivisibili. Le perplessità da più parti avanzate riguardano, da un lato, la tecnica impiegata a livello europeo per ingerirsi nel settore in esame attraverso una progressiva e inesorabile invasione degli spazi riservati alla sovranità statale, spazi rispetto ai quali gli Stati hanno deciso di non attribuire competenza alcuna alle istituzioni europee. Dall'altro lato, si mette in discussione la logica stessa con cui si interviene in un settore così delicato: proprio perché l'Unione europea è, in via di principio, carente di competenza in materia, essa non può che giustificare il proprio intervento in base all'esigenza di tutelare le libertà fondamentali garantite dai trattati, in particolare la libera circolazione delle persone nella più

ampia visione di regolare il mercato unico. Ma il fatto stesso che il diritto di famiglia venga disciplinato partendo da una logica di mercato, al fine di garantire il rispetto delle libertà fondamentali che lo caratterizzano, induce ad avanzare perplessità circa l'adeguatezza dell'azione europea.

4. L'espansione dell'azione europea: la libera circolazione delle persone

Non è questa la sede per ripercorrere le tappe dell'integrazione europea, ma non si può negare che essa abbia rappresentato, all'origine, un fenomeno essenzialmente economico, basato su strumenti giuridici creati per, e finalizzati a, garantire l'attuazione del mercato unico e, in particolare, la libera circolazione di merci, persone, capitali e servizi.

Con l'allargamento delle competenze delle istituzioni europee e l'acquisita consapevolezza delle interferenze tra realizzazione del mercato e diritto di famiglia, non è più possibile negare che, pur a fronte della mancanza di competenze dirette in materia, il diritto dell'Unione svolga sul diritto di famiglia un'influenza che, soprattutto oggi, è di notevolissima importanza. Esistono, infatti, tutta una serie di interventi della Comunità e dell'Unione che sono destinati a condizionare pesantemente la normativa interna dei Paesi membri.

Almeno da tre differenti angolazioni il settore del diritto di famiglia è "attaccato" dall'azione europea, ossia sotto il profilo: (i) della realizzazione delle libertà fondamentali, in particolare della libertà di circolazione delle persone, con il correlativo divieto di discriminazione (cfr. cap. II); (ii) della tutela dei diritti fondamentali (cfr. cap. III); (iii) dell'uniformazione del diritto internazionale privato e processuale (cfr. capp. IV, V e VI). In relazione a questi aspetti, e con riferimento agli strumenti giuridici utilizzati, l'azione europea è stata portata avanti non solo tramite l'approvazione di atti normativi vincolanti, ma anche attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia e la c.d. *soft law*, in cui si rinvergono le linee guida che ispirano gli interventi delle stesse istituzioni europee.

Sotto il primo profilo, concernente l'attuazione delle libertà fondamentali, è sufficiente prendere in considerazione la politica sociale dell'Unione e la normativa sul diritto alla libera circolazione delle persone per rinvenire numerosi interventi che incidono sui rapporti familiari.

All'interno delle libertà caratterizzanti il mercato unico, la libera circolazione delle persone è stata impiegata come primo strumento che, in ordine cronologico, ha consentito alla Comunità europea di interessarsi

del diritto di famiglia. Fin dalle prime applicazioni del principio in esame, alle istituzioni comunitarie è stato chiaro che il diritto di lavorare e circolare all'interno dello spazio europeo è strettamente connesso con quello di coinvolgere nel proprio spostamento anche i familiari a prescindere dalla loro cittadinanza, ossia a prescindere dal fatto che si trattasse di soggetti comunitari o extracomunitari. Così, a partire dall'approvazione del primo atto normativo attraverso il quale si è proceduto a specificare le condizioni inerenti la libera circolazione delle persone, si è stabilito che il lavoratore migrante gode del diritto ad essere accompagnato o raggiunto dai propri familiari. A questo punto, le istituzioni si sono trovate ad affrontare una questione particolarmente delicata, ossia individuare quali, tra i soggetti facenti parte della famiglia del lavoratore, potessero beneficiare di tale diritto.

È la direttiva 2004/38 che oggi precisa contorni e limiti del diritto di circolazione e soggiorno dei familiari del cittadino europeo, specificando, all'art. 2, che per familiare si intende il coniuge, i figli di età inferiore ai ventuno anni o a carico e i genitori a carico (mentre la direttiva 2003/86 precisa i contorni del ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario). Per quanto riguarda la figura del *partner* che abbia contratto con il cittadino europeo un'unione registrata, la sua inclusione nella cerchia dei familiari è operata alla doppia condizione che detta unione sia stata conclusa sulla base della legislazione di uno Stato membro e che la legislazione dello Stato membro ospitante ne riconosca gli effetti, equiparandola al matrimonio.

Le competenze dell'Unione riferite alla politica sociale o all'immigrazione, pur interessando i rapporti familiari, non sembrerebbero, dunque, ancora capaci di imporre, nel settore, scelte normative idonee a garantire un'armonizzazione del diritto materiale degli ordinamenti degli Stati europei. Un esempio particolarmente significativo concerne il problema del riconoscimento delle relazioni non matrimoniali, in relazione al diritto alla circolazione e al soggiorno del *partner* che viene formalmente rimesso alla normativa interna dello Stato membro d'origine e dello Stato membro ospitante: di conseguenza fino al momento in cui un Paese non approvi una normativa che disciplini le unioni civili, equiparandole al matrimonio, la direttiva sembra consentire il divieto di ingresso del *partner* del cittadino europeo.

Ma è altrettanto vero che l'art. 2 non esaurisce le disposizioni della direttiva che individuano i soggetti ammessi a godere del diritto alla riunificazione del nucleo familiare, rilevando in punto anche il successivo art. 3. Quest'ultimo stabilisce che al fine di «*preservare l'unità della famiglia in senso più ampio*», lo Stato membro ospitante, conformemente al-

la sua legislazione nazionale, deve agevolare l'ingresso e il soggiorno di ogni altro familiare che, qualunque sia la sua cittadinanza, nello Stato d'origine risulta a carico del cittadino dell'Unione ovvero convive con quest'ultimo o che, ancora, per gravi motivi di salute debba essere assistito personalmente dal cittadino dell'Unione. Ma non solo: anche il *partner* che non abbia concluso un'unione registrata ma semplicemente abbia, con il cittadino dell'Unione, una relazione stabile debitamente attestata deve essere incluso nell'ambito dei soggetti il cui ingresso deve essere "agevolato". L'art. 3 termina con una precisazione molto importante in ordine alle ragioni che possono essere addotte dallo Stato ospitante per giustificare la negazione della richiesta: queste devono fare riferimento alla "situazione personale dell'interessato".

La previsione non può che comportare una spinta (se un una imposizione) all'equiparazione tra coniugi e *partner*: un provvedimento nazionale negativo in ordine all'ingresso nello Stato del compagno convivente con il cittadino europeo correrà di rischio di essere considerato illegittimo, in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione dal punto di vista e della tutela dei diritti fondamentali e della realizzazione del principio della libera circolazione delle persone, laddove si fonda sulla circostanza per cui la legge interna non prevede o non equipara le unioni di fatto al matrimonio. In tal caso, infatti, si potrebbe presumere che non sia stata compiuta alcuna valutazione inerente la figura dei soggetti interessati all'ingresso e al soggiorno nello Stato (sul punto si rinvia al cap. II).

Il rischio di contrasto fra normativa interna e diritto dell'Unione europea è tanto più concreto con riferimento specifico all'ordinamento italiano, in cui si è provveduto a dare attuazione alla direttiva *de qua* con il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, il quale rappresenta una pedissequa trasposizione della direttiva stessa, privo delle opportune precisazioni in ordine alle categorie dei familiari ammessi o non ammessi alla circolazione e al soggiorno.

Basti esaminare i primi articoli del decreto: l'art. 2 è perfettamente coincidente con l'art. 2 della direttiva, laddove precisa che per familiari si intendono (i) il coniuge, (ii) il *partner* che abbia contratto con il cittadino europeo un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio, (iii) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico, nonché (iv) gli ascendenti diretti a carico.

L'art. 3 del decreto legislativo, d'altra parte, coincide perfettamente con l'art. 3 della direttiva nella parte in cui stabilisce che deve essere *agevolato* l'ingresso e il soggiorno di ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, se è a carico o convive, nel Paese di provenienza, con il

cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno ovvero se gravi motivi di salute impongono che il cittadino lo assista personalmente; ma non solo. Anche il *partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale gode del diritto ad essere incluso nella cerchia dei familiari il cui ingresso deve essere "agevolato".

La probabilità che non vengano neppure pronunciate dalle competenti autorità nazionali ovvero, se pronunciate, vengano colpite a livello interno o a livello dell'Unione le decisioni negative in ordine all'ingresso del *partner*, anche in ordinamenti che non prevedono le c.d. unioni registrate, è tanto più evidente laddove si analizzino gli intenti, rispettivamente, della Commissione e del Parlamento europeo; questi si sono a più riprese espressi nel senso di richiedere agli Stati un'"equiparazione" nel trattamento giuridico ed economico delle coppie di fatto, delle coppie di persone dello stesso sesso e delle coppie unite da accordi registrati di convivenza rispetto ai coniugi legati da un vincolo matrimoniale.

Non si vuole negare che, nella direttiva, un qualche limitato rilievo sia ancora riconosciuto alla legge interna dei Paesi membri. Si vuole solo sottolineare che, a fronte di un'affermazione espressa nel senso di un "rinvio totale" al diritto nazionale, contenuta nell'art. 2 della direttiva, numerosi margini di intervento vengono riservati all'esame di compatibilità tra quest'ultimo e il diritto dell'Unione europea ai sensi del successivo art. 3.

E detta conclusione viene rafforzata sotto l'angolo visuale della tutela dei diritti fondamentali garantiti a livello europeo.

5. *Famiglia e tutela dei diritti fondamentali*

L'ordinamento dell'Unione europea presenta caratteristiche peculiari che lo differenziano tanto da uno Stato federale vero e proprio, quanto da una organizzazione intergovernativa. Esso rappresenta un *unicum* nel panorama della comunità internazionale dal momento che, a tacer d'altro, origina una serie di norme che non solo si pongono in una situazione di preminenza rispetto ai diritti interni degli Stati membri, ma si applicano direttamente ai cittadini di tali Stati, attribuendo loro posizioni soggettive immediatamente tutelabili all'interno dei Paesi dell'Unione.

La *primauté* del diritto dell'Unione europea rispetto al diritto comune si traduce nell'impossibilità di deroga – o semplicemente di interferenza nella sua applicazione – da parte delle norme di origine statale, anteriori

o successive, nonché nella sua diretta applicazione da parte dei giudici nazionali. E proprio la *primauté* è caratteristica che accompagna tutte le norme di diritto europeo nei confronti di tutte le norme nazionali, a prescindere dal rango delle prime e delle seconde.

La Corte costituzionale italiana, a dire il vero, pur riconoscendo il primato della fonte europea rispetto al diritto interno, da disapplicare se contrastante, ha posto un limite a tale supremazia: quest'ultima non dovrà risultare contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e con i diritti inalienabili della persona umana (sentenza *Granital*, n. 170/1984).

Il *controlimite* rappresentato dal rispetto dei principi costituzionali e, in particolare, dei diritti inalienabili della persona umana era più che giustificato nei primi anni di vita della Comunità, in cui la loro salvaguardia non trovava espresso riconoscimento. Successivamente, però, la Corte di giustizia ha modificato la propria impostazione individuando essa stessa la categoria dei principi generali di diritto europeo, tra cui rientrano proprio i diritti fondamentali delle persone così come definiti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nonché dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; e, successivamente, il loro rilievo è stato espressamente sancito dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (sul punto si rinvia al cap. III). Nell'ultima fase di evoluzione della politica europea in materia di tutela dei diritti fondamentali, poi, si è provveduto all'elaborazione di un catalogo autonomo, rappresentato dalla ormai famosa Carta di Nizza del 2000, riadattata ed incorporata nel Trattato istitutivo dell'Unione europea a seguito delle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona.

In tale quadro è evidente come si prospetti una tutela multilivello, se non di tutti, quantomeno di molti diritti fondamentali, che sono sanciti a livello di costituzioni nazionali, di Convenzione europea ed, oggi, di Trattato sull'Unione. Di conseguenza, sul loro rispetto vigilano le corti costituzionali degli Stati membri, la Corte europea per i diritti dell'uomo (che ha sede a Strasburgo, nel prosieguo Corte EDU per brevità) e la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea, pur nei rispettivi ambiti di competenza.

È evidente che questo comporta, da un lato, interferenze nella tutela degli uni e degli altri diritti, nel senso che un medesimo comportamento potrebbe integrare gli estremi della loro violazione ai diversi livelli sopra menzionati, determinando l'applicazione delle relative sanzioni. Inoltre, non devono essere sottovalutate le "contaminazioni" e le reciproche influenze che le Corti deputate alla difesa dei diritti fondamentali possono

addurre e subire in sede di interpretazione dei diritti in questione. Basti un esempio: la Carta europea dei diritti fondamentali riconosce espressamente – e la Corte costituzionale italiana ha più volte ribadito – che i diritti sanciti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali devono essere intesi nel significato e con la portata che gli stessi assumono alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tra i diritti in esame debbono essere ricompresi anche quelli inerenti alla vita familiare. In particolare, rilevano gli artt. 12 e 8 della CEDU che, rispettivamente, stabiliscono il diritto di sposarsi e il diritto al rispetto della vita privata e familiare, da intendersi nell'accezione accolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sulla tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Carta si rinvia al cap. III).

È, allora, importante notare come proprio la Corte EDU precisi che, garantendo il diritto al rispetto della vita familiare, l'articolo 8 presuppone l'esistenza di una sola ed unica tipologia di famiglia, senza distinguere fra famiglia "legittima" – con ciò intendendosi quella fondata sul matrimonio – e famiglia "naturale" (13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*).

Più di recente, la Corte EDU è tornata a statuire in materia, precisando, nuovamente, che, l'articolo 8 della Convenzione EDU trova applicazione anche in riferimento a legami familiari *de facto*, quando si siano creati, tra i soggetti interessati, vincoli affettivi purché ricorrano altri elementi, quali il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, nonché il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino» (27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*).

Il diritto al rispetto della vita «*familiare*», pertanto, deve essere garantito anche in difetto di un legame formalizzato da un vero e proprio matrimonio, essendo sufficiente un legame biologico (come quello tra figlio naturale e genitori o tra nonno e nipote) ovvero una coabitazione stabile tra persone, individuabile in unioni serie e durature tra coppie eterosessuali. Per quanto concerne, poi, il diritto al rispetto della «*vita privata*», il medesimo si estende a garantire le unioni di persone dello stesso sesso, così come i rapporti tra genitori e figli dei loro *partner*.

In una diversa prospettiva è orientato il diritto, tutelato nell'art. 12, di sposarsi e fondare una famiglia che, sulla base di quella che è l'interpretazione tradizionalmente fornita dai giudici di Strasburgo, fa riferimento al matrimonio tradizionale fra due persone di sesso biologicamente diverso come confermato dalla formulazione stessa della norma (10 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*). Questa presuppone, infatti, che il diritto di unirsi in matrimonio sia riconosciuto a «*uomini e donne in età adatta*», nel rispetto «*delle leggi nazionali*». Secondo la giurisprudenza della Corte EDU,

tale diritto è garantito, a prescindere dalle normative nazionali, alle coppie di sesso diverso, ma non alle coppie di persone dello stesso sesso, rientrando ancora nella discrezionalità statale ammettere o meno il matrimonio *same-sex*; la mera previsione di una specifica disciplina sulle unioni civili pare ad oggi sufficiente a rispettare i dettami della CEDU (sul punto in esame, e sui connessi orientamenti interpretativi evolutivi, si rinvia al cap. III).

La questione è disciplinata in maniera analoga ma, in parte, differente in sede di Unione europea che, oltre a mutuare i diritti fondamentali dalla Convenzione europea, ha provveduto ad elaborarne un catalogo autonomo, consacrato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solennemente proclamata da Consiglio, Parlamento e Commissione a Nizza nel dicembre del 2000. La Carta, che oggi ha lo stesso valore giuridico dei trattati, riafferma il diritto al rispetto della vita privata e familiare (all'art. 7, formulato in modo del tutto analogo rispetto a quanto previsto nell'art. 8 della CEDU); dall'altro lato, all'art. 9, precisa che «*il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*». In tal modo appare chiaro l'intento di distanziarsi da quanto prescritto nell'art. 12 della CEDU: riconoscendosi, senza alcuna specificazione relativamente al sesso, il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, si è operata una significativa apertura nei confronti delle unioni di persone dello stesso sesso al fine di una loro parificazione al matrimonio tradizionale.

Vero è che la Carta precisa come il diritto di sposarsi e costituire una famiglia sia, tuttora, garantito «*secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*» e, dunque, non arriva a determinare espressamente il travolgimento delle discipline nazionali vigenti in materia; ma nessun dubbio sul fatto che proprio l'eliminazione del requisito della differenza di sesso, quale condizione indispensabile per invocare il diritto di contrarre matrimonio, sia capace di determinare conseguenze rilevanti in sede di applicazione del diritto dell'Unione europea (anche su questo punto si rinvia al cap. III).

6. Gli strumenti di diritto internazionale privato

Per quanto riguarda gli atti adottati sulla base della parte III, titolo V TFUE, nello *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, essi ineriscono direttamente al diritto internazionale privato e processuale (ai quali è dedicata la seconda parte di questo volume). A seguito delle modifiche apportate

dal Trattato di Amsterdam, la Comunità europea aveva ottenuto, in materia, una competenza concorrente rispetto a quella degli Stati membri, esercitabile laddove la sua azione, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, fosse in grado di meglio soddisfare l'obiettivo di favorire la circolazione delle decisioni civili nell'area comunitaria. Tali competenze sono oggi esercitabili dall'Unione europea, in quanto ai sensi dell'art. 81 TFUE «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire» la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione ed il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali, nonché la loro esecuzione.

Il massiccio intervento della Comunità nell'ambito del titolo IV ha, di fatto, determinato una grande limitazione della sovranità degli Stati membri, dal momento che i medesimi non solo rimangono soggetti agli atti comunitari e dell'Unione di volta in volta approvati, ma vengono privati anche della possibilità di concludere accordi internazionali con altri Stati nel momento in cui risulti che un trattato di diritto processuale civile internazionale

«pregiudicherebbe l'applicazione uniforme e coerente delle norme comunitarie per quanto riguarda sia la competenza giurisdizionale sia il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e il corretto funzionamento del sistema globale istituito da tali norme» (Corte di giustizia, parere 1/03 del 7 febbraio 2006).

Proprio in attuazione di tali competenze, la Comunità è dapprima intervenuta con l'adozione di uno strumento di portata generale in materia civile e commerciale: si tratta del regolamento 44/2001 (c.d. Bruxelles I), relativo a (i) competenza giurisdizionale e (ii) riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. Malgrado il regolamento Bruxelles I sia stato oggi sostituito dal regolamento 1215/2012 (c.d. Bruxelles I-bis) si avrà modo di evidenziare (v. capp. IV, V e VI) che esso costituisce tuttora il punto di riferimento per l'adozione e l'interpretazione dei più recenti strumenti dell'Unione intervenuti a disciplinare diritto internazionale privato e processuale della famiglia.

Nello specifico settore del diritto di famiglia, infatti, la Comunità europea (poi Unione) ha adottato

(i) il regolamento 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (che verrà sostituito, a partire dal 1° agosto 2022, dal regolamento 2019/1111, adottato il 25 giugno 2019);

(ii) il regolamento 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari;

(iii) il regolamento 1259/2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale;

(iv) il regolamento 2016/1103, 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;

(v) il regolamento 2016/1104, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Nell'ottica dell'evoluzione espansionistica dell'azione dell'Unione europea, si sottolinea come proprio il regolamento 2201/2003 rappresenti una tappa decisiva nel processo di "invasione" del diritto dell'Unione europea nel diritto di famiglia e, seppur relativo alla cooperazione giudiziaria civile, per la particolare impostazione ad esso sottesa determini rilevanti ripercussioni sul diritto materiale degli Stati membri.

Fin dai primi considerando, si evidenzia la linea guida dell'intervento comunitario: "*il buon funzionamento del mercato interno*" presuppone che sia pienamente attuato, tra gli altri, il principio della libera circolazione delle persone che richiede il mantenimento di identici diritti e *status* in tutto lo spazio europeo. Tale obiettivo, a sua volta, presuppone che sia migliorata ed accelerata la libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia civile, in generale, e in materia familiare, in particolare.

In effetti, il principio della libera circolazione delle persone viene pregiudicato dalla mancanza d'omogeneità tra le norme nazionali relative a competenza giurisdizionale e riconoscimento delle sentenze: un soggetto può essere fortemente condizionato nella decisione di spostarsi da uno Stato all'altro dell'Unione se, a seguito di detto spostamento, non gli vengono garantiti i diritti e gli *status* di cui risulta titolare nel Paese di provenienza. In altri termini, la libera circolazione delle persone non può dirsi realmente tale se, a seguito degli spostamenti, il soggetto non è in grado di far valere le posizioni soggettive attribuite nell'ordinamento d'origine.

Allo stesso tempo risulta evidente che, quanto più si vuole favorire la libera circolazione delle persone, tanto più si va ad alleggerire e facilitare la dissoluzione dei vincoli familiari ritenuti non più adeguati alle aspet-

tative di vita degli individui (questo, ovviamente, non vale nei confronti dei figli, dal momento che il nesso di genitorialità non può mai essere reciso). Non a caso, il regolamento 2201/2003 precisa che le sole decisioni ammesse a circolare in Europa sulla base delle disposizioni comuni sono quelle che determinano la fine del vincolo coniugale, ossia quelle che pronunciano il divorzio, la separazione o l'annullamento del matrimonio. Per contro, le sentenze che rifiutano lo scioglimento del vincolo matrimoniale non godono del regime di libera circolazione nello spazio giudiziario europeo, sia nel caso in cui la competenza del giudice sia basata sulle norme del regolamento, sia nel caso in cui il tribunale abbia accertato la propria competenza in base alle norme della *lex fori*.

Vero è che i fatti posti a fondamento di un'istanza di separazione e divorzio sono mutevoli e, dunque, la loro ricorrenza può verificarsi in epoca successiva rispetto alla presentazione di una domanda giudiziale; ed altrettanto vero è che, per le difformità nella disciplina di diritto internazionale privato e di diritto materiale dei Paesi dell'Unione, è possibile che in un determinato ordinamento sussistano i presupposti per la pronuncia di scioglimento o affievolimento del matrimonio mentre, in un altro ordinamento, alla medesima data, detti presupposti non ricorrano. Ma questo ragionamento non vale per le decisioni di nullità/annullamento del vincolo.

Affermare il principio della libera circolazione delle sole decisioni favorevoli allo scioglimento del vincolo coniugale significa, in realtà, non creare intralci agli spostamenti delle persone. In altri termini, stabilire la riconoscibilità delle sole sentenze di scioglimento del matrimonio, discriminando le decisioni di rigetto, sembra comprovare il fatto che l'integrazione europea e i principi del mercato si sono ormai affermati sulle contrarie politiche nazionali di protezione verso la stabilità del vincolo coniugale che potrebbero inibire lo spostamento delle persone da uno Stato all'altro.

Senza contare l'importanza della regola secondo cui il riconoscimento automatico delle decisioni che dispongono la fine del vincolo coniugale non può essere impedito neppure laddove esse si fondino su motivi che la legislazione dello Stato *ad quem* non riconosce come valide ragioni di scioglimento del matrimonio. La circostanza non può che determinare una circolazione dei modelli più "veloci" e "facili" di dissoluzione dell'unione coniugale; così che anche gli Stati europei che mantengano discipline nazionali più restrittive in ordine ai motivi e ai tempi di pronuncia del divorzio, necessariamente, tenderanno a subire l'influenza degli Stati che, invece, si ispirano a principi opposti.

Lo scenario attuale è, dunque, il seguente: l'Unione dimostra un inte-