

PRÒLOGO

Il volume riunisce i contributi di studiosi appartenenti a diversi ordinamenti europei e latino-americani, allo scopo di offrire un quadro composito di alcune tra le principali problematiche che attraversano il diritto di famiglia contemporaneo.

Il confronto tra sistemi giuridici che, pur nelle reciproche differenze, fanno parte della famiglia di *civil law* e condividono le medesime radici culturali e storiche, si è svolto mediante una peculiare prospettiva interpretativa, che impiega categorie concettuali proprie del diritto comune, come l'*autonomia* e la *responsabilità civile*, per portare alla luce e analizzare criticamente le tendenze evolutive che, nell'attuale esperienza giuridica, segnano la disciplina dei rapporti familiari.

Si tratta di un approccio favorito dalla perdita dell'originario carattere municipale del diritto di famiglia, il quale – sebbene ancora modellato dalle tradizioni storiche e dalle identità culturali nazionali – appare sempre più segnato, nella *western legal tradition*, da comuni linee evolutive quali: il pluralismo dei modelli familiari, accentuato dalla diffusa giuridicizzazione delle unioni omosessuali e delle convivenze *more uxorio*; il passaggio da un'organizzazione della famiglia di tipo gerarchico a una di tipo comunitario; la crescente disponibilità delle situazioni soggettive familiari, non soltanto di natura patrimoniale; la perdita dell'originaria matrice sanzionatoria della separazione e del divorzio, ormai concepiti in termini rimediali; il mutamento della relazione genitori-figli, con la sostituzione alla patria potestà della responsabilità genitoriale; la progressiva (quando non completa) equiparazione tra filiazione legittima e naturale.

Le “convergenze” che, sul piano culturale, sociale ed economico, caratterizzano i Paesi europei hanno reso possibile un parallelo processo di armonizzazione giuridica, segnato – a tacere della moltiplicazione di Convenzioni internazionali dedicate a istituti giusfamiliari¹– dall'infiltrarsi del

¹ Tra questa si ricordano: Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989; Convenzione de L'Aja sul rimpatrio dei minori del 28 maggio 1970; Convenzione de L'Aja sulla legge regolatrice delle obbligazioni alimentari del 2 ottobre 1973; Convenzione di Lussemburgo sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento del 20 maggio 1980; Convenzione de L'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori del 28 ottobre 1980; Convenzione de L'Aja sull'adozione internazionale del 29 maggio 1993; Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore del 25 gennaio 1996.

dialogo tra Corti interne e Corti sovranazionali e dal consolidamento del processo di integrazione comunitaria.

Innanzitutto, la collaborazione tra le Supreme giurisdizioni nazionali ed europee ha dato vita a un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali dei membri delle comunità familiari, fortemente connotato dalla valorizzazione, quali principi generali delle “tradizioni costituzionali comuni” (art. 6, Tratt. Un. eur.): del pluralismo dei nuclei familiari; dell’eguaglianza e della pari dignità dei loro componenti; dell’accordo come regola di governo della famiglia e del superiore interesse del minore.

In secondo luogo, nel quadro normativo comunitario, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea riconosce alcuni principi del diritto di famiglia comuni agli Stati membri – inclusi quelli ove la famiglia e il matrimonio non godono di formalizzazione costituzionale – annoverando il “rispetto della vita familiare” (art. 7), il “diritto di sposarsi” e il “diritto di costituire una famiglia” (art. 9) tra i diritti fondamentali, insuscettibili di essere limitati nel loro “contenuto essenziale” o con misure contrarie al principio di proporzionalità (art. 52). Pertanto, pur rispettando, secondo il tradizionale principio di nazionalità (art. 9, che rimanda la garanzia dei riferiti diritti alle “leggi nazionali”), le molteplici concezioni di famiglia e di matrimonio che risultano dalla “diversità culturale, religiosa e linguistica” dell’Unione (art. 22), il diritto comunitario ha avviato un processo di uniformazione delle legislazioni statali, anche mediante i sempre più numerosi interventi regolamentari che incidono su rapporti familiari prevalentemente di carattere transnazionale², alla luce dei principi di libertà di circolazione e soggiorno all’interno dell’Unione (artt. 20, comma 2, lett. *a* e 45, Tratt. funz. Un. eur.; 3, comma 2, Tratt. Un. eur.) e non discriminazione (artt. 14 CEDU; 21 Carta dir. fond. Un. eur.; 10, 18 e 19, Tratt. funz. Un. eur.)³.

² Si ricordano, tra gli altri, i regolamenti dell’Unione europea n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale; n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari; n. 1259/2010, sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale; n. 650/2012, relativo alle successioni transfrontaliere; nonché le proposte di regolamento COM (2011) 126 def. e COM (2011) 127 def., relativi alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni, rispettivamente, in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate e la relativa Decisione (UE) 2016/954 del Consiglio, del 9 giugno 2016, che autorizza una cooperazione rafforzata in tali settori.

³ Inoltre, a livello primario, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea riconosce ormai ampiamente la tutela di interessi di natura familiare, quali il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7); il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (art. 9); il diritto dei genitori di provvedere all’educazione e all’istruzione dei figli secondo le loro

L'attitudine dell'armonizzazione europea del diritto di famiglia (non a imporre, ma) ad accompagnare – come nella metafora dello “specchio del diritto” – le evoluzioni del tessuto sociale, emerge con chiarezza dall'elaborazione giurisprudenziale del diritto al rispetto della vita privata e familiare (artt. 8 CEDU e 7 Carta dir. fond. Un. eur.), che protegge, da ingerenze della pubblica autorità, l'intimità della persona nello svolgimento dei rapporti di natura familiare, focalizzandosi non tanto sulla famiglia quale istituzione portatrice di un interesse superiore, ma piuttosto sui diritti delle persone nella famiglia.

In questa prospettiva, costituisce uno degli apporti più significativi e originali del dialogo intessuto tra Corte di Strasburgo e giurisdizioni nazionali, la configurazione dell'esistenza di una “vita familiare” quale “questione di fatto” dipendente non da vincoli formali, ma “dalla realtà pratica di legami personali stretti”⁴. La protezione dell'effettività della vita familiare o, nei termini usati dalla Corte EDU, della “realtà concreta della relazione tra gli interessati”⁵, ha permesso alla giurisprudenza di dilatare l'obbligazione degli Stati fino alla promozione dello “sviluppo normale” di un ampio spettro di rapporti ricondotti, in via interpretativa, nel paradigma familiare⁶ e di

convinzioni (art. 14); i diritti del minore (art. 24); la garanzia della “protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale” (art. 33).

⁴ Il *leading case* può essere considerato CEDU, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, § 31. Cfr., altresì, CEDU, Grande Chambre, 12 luglio 2001, *K. e T. c. Finlandia*, § 150; CEDU, 18 dicembre 1986, *Johnston c. Irlanda*, § 56.

⁵ In questi termini, CEDU, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, § 37; CEDU, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, § 45.

⁶ Esse includono: il legame tra un bambino nato da fecondazione assistita, la madre e il compagno transessuale di questa che dal momento della nascita si era comportato come un padre (CEDU, 22 aprile 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, §§ 36-37); quello tra un bambino e la madre adottiva quantunque l'adozione non fosse stata riconosciuta dal diritto interno (CEDU, 28 giugno 2007, *Wagner e altri c. Lussemburgo*, § 117); il legame tra i figli nati da maternità surrogata, il padre biologico e la moglie di questi (CEDU, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, § 37; CEDU, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, § 45, ove si sottolinea come i coniugi ricorrenti e le figlie nate da maternità surrogata “vivano insieme in un modo che non è in nulla distinguibile dalla “vita familiare” nella sua accezione abituale”).

Per converso, la Corte EDU ammette l'esistenza di una vita familiare tra genitori e figli (legittimi, naturali, adottivi), pur se non convivano o intrattengano contatti sporadici e instabili. La tutela offerta dall'art. 8 CEDU viene in tal modo estesa anche a relazioni ove un'effettiva e stabile comunione di vita, pur assente sia nel passato sia nel presente, sia *potenzialmente* in grado di svilupparsi nel futuro.

In particolare, sebbene l'espressione “vita familiare” presupponga normalmente la “coabitazione o legami di fatto sufficientemente stretti”, la Corte ha affermato che:

a) l'art. 8 è applicabile anche alle “relazioni nate da un matrimonio legale e non fittizio” ove una vita familiare in senso stretto non si sia ancora pienamente realizzata (CEDU, 28 maggio 1985, *Abdulaziz e altri c. Regno Unito*, § 62, relativo a un rifiuto opposto dalle autorità nazionali a consentire il ricongiungimento familiare);

estendere il controllo sull'effettività della tutela dei diritti dal piano sostanziale a quello procedurale, verificando il rispetto dei requisiti di equità, imparzialità e non arbitrarietà delle decisioni⁷.

L'armonizzazione europea del diritto di famiglia appare, dunque, come un fenomeno di integrazione fortemente connotato dall'orientamento alla tutela di situazioni soggettive individuali che, per di più, emergono da una realtà fattuale connotata da una moltiplicazione e diversificazione delle forme di organizzazione delle relazioni familiari, sì da accentuarsi l'inevitabile frammentarietà degli interventi giudiziali che, nell'applicare norme strutturate in forma di principio, sono comunque suscettibili di applicazione generalizzata, oltre lo Stato parte del giudizio.

Nel riferito processo di elaborazione di un diritto europeo della famiglia, l'intreccio con la tutela dei diritti fondamentali, la cittadinanza e le libertà di circolazione ha concorso ad attenuare la specialità del diritto di famiglia – dapprima connotato da venature pubblicistiche e ispirato a regole proprie volte a proteggere interessi di ordine superiore –, a vantaggio

b) il figlio naturale si inserisce automaticamente nella famiglia di entrambi i genitori per il fatto stesso della nascita, anche se a quell'epoca essi non vivevano più insieme e avevano posto fine alla loro relazione (CEDU, 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, § 44; CEDU, Grande Chambre, 13 luglio 2000, *Elsholz c. Germania*, § 43. V., altresì, CEDU, dec., 29 giugno 1999, *Nylund c. Finlandia*, che, riguardo alla relazione tra un bambino e il padre naturale, afferma che l'art. 8 non protegge soltanto una "vita familiare" già stabilita, ma, quando le circostanze lo permettano, anche una "relazione che potrebbe svilupparsi". I fattori da prendere in considerazione includono "la natura della relazione tra i genitori naturali" e "l'interesse e l'attaccamento manifestato dal padre naturale per il bambino prima e dopo la nascita") e senza che abbia alcun rilievo l'esistenza di un rapporto di filiazione legalmente riconosciuto (CEDU, 21 dicembre 2010, *Chavdarov c. Bulgaria*, § 40; CEDU, 27 ottobre 1994, *Kroon e altri c. Pays-Bas*, § 31);

c) una "relazione derivante da una adozione legale e non fittizia" è riconducibile all'ambito applicativo dell'art. 8, anche se tra adottanti e adottato manchino del tutto rapporti *de facto*, precedenti o successivi all'adozione, ma sussistano in concreto numerosi presupposti dai quali desumere la probabilità di stabilire una vita familiare (CEDU, 22 giugno 2004, *Pini e altri c. Romania*, § 140 ss., la quale dà rilievo al fatto che la mancanza di contatti frequenti tra il minore e gli adottanti non era imputabile ad essi, che si erano attenuti alla procedura prevista dallo Stato di appartenenza del minore. In particolare, sebbene la scelta del minore era avvenuta sulla base di una semplice foto, gli adottanti "si erano sempre considerati e comportati come genitori del minore", apprendendo la lingua madre di quest'ultimo, inviandogli costantemente delle lettere e dei regali, visitandolo nell'unica occasione resa possibile dalle autorità. Si ricordi che, secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo, sebbene il diritto di adottare non sia tra quelli garantiti dalla Convenzione, le relazioni adottive si considerano "della stessa natura delle relazioni familiari protette dall'art. 8 CEDU": CEDU, 3 maggio 2011, *Negrepontis-Gianninis c. Grecia*, § 55; CEDU, 28 giugno 2007, *Wagner e altri c. Lussemburgo*, § 121; Commissione CEDU, dec., 5 ottobre 1982, X c. *Francia*; Commissione CEDU, dec., 10 luglio 1975, X c. *Belgio*).

⁷ CEDU, 13 aprile 2009, *Todorova c. Italia*; CEDU, 1 agosto 2013, *Antoniyuk c. Russia*.

dell'applicazione di principi e regole del diritto comune, tra i quali occupano un posto di rilievo quelli del contratto e della responsabilità civile.

Pertanto, il processo di integrazione giuridica europea si manifesta sui piani, distinti ma collegati, delle fonti di produzione e della circolazione di un modello ispirato ai medesimi principi generali. Da una parte, infatti, il sistema delle fonti del diritto di famiglia si dischiude a quelle di diritto internazionale e comunitario, che si aggiungono ai consueti poli normativi rappresentati dalle Carte costituzionali, dai codici civili e dalle leggi speciali. Dall'altro, si consolida, nello spazio giuridico europeo, un comune paradigma che, nel rifiutare il riconoscimento di un interesse superiore della famiglia rispetto alla promozione della personalità dei suoi componenti, permette tanto la valorizzazione dell'autonomia negoziale come fonte privilegiata di disciplina delle relazioni familiari, quanto il superamento di ogni area di immunità rispetto alle tutele civili proprie del diritto comune.

La “parabola della “privatizzazione” del diritto di famiglia” e la sua “depatrimonializzazione” riconsegnano alle categorie concettuali dell'autonomia e della responsabilità una capacità ordinante rispetto agli interessi e ai rapporti familiari, finalmente restituiti a uno *ius civile* ispirato ai valori del personalismo e del solidarismo.

Il riconoscimento della famiglia come “società naturale” (art. 29 cost. it.) ove, in condizioni di eguaglianza, si realizzano i diritti fondamentali dei suoi componenti, dilata gli spazi riservati all'autonomia negoziale sul triplice versante de: *a)* l'organizzazione dei rapporti personali tra i *partners*, generalmente rimessa alla regola dell'accordo; *b)* la scelta del regime patrimoniale che, pur con regole ancora disomogenee a livello europeo, presiede a disciplinare tanto le modalità di contribuzione ai bisogni della famiglia quanto l'appartenza e la circolazione dei beni tra i membri della copia; *c)* lo scioglimento del vincolo, ove la tendenziale irrilevanza della colpa si accompagna a un *favor* diffuso verso forme consensuali di soluzione della crisi, che dischiudono nuove prospettive anche a figure di matrice nordamericana come gli accordi in vista del divorzio.

La riferita valorizzazione dei poteri di autonomia negoziale non si traduce, tuttavia, nell'automatica applicabilità di principi e regole di matrice patrimonialistica, quali quelle del diritto delle obbligazioni e dei contratti, in virtù della natura personale degli interessi familiari e della peculiare incidenza del principio solidaristico all'interno della comunità familiare. Rinvenire un fondamento assiologico dell'autonomia familiare diversificato rispetto a

quello dell'autonomia contrattuale richiede, invece, di conformare i poteri di controllo ordinamentale sulle vicende della famiglia alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali dei suoi componenti, quale clausola di ordine pubblico costituzionale, che costituisce al contempo giustificazione e limite dell'autonomia familiare in una società pluralistica.

Sul versante della compatibilità tra responsabilità civile e interessi familiari, poi, la progressiva incidenza dei principi fondamentali di tutela della persona umana nei rapporti di diritto privato ha permesso di superare, in quasi tutti gli ordinamenti europei, gli ostacoli che si opponevano all'ammissibilità di una generale tutela risarcitoria contro il danno endofamiliare.

Tuttavia, la proiezione della responsabilità civile sul terreno delle relazioni familiari non ha fatto svanire le molteplici difficoltà ricostruttive di tale figura di illecito, che assume valenza esemplare rispetto a una linea di tendenza diretta a filtrare le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale. La tutela dei diritti dei membri della famiglia richiede, infatti, di essere temperata con l'incidenza della solidarietà che costituisce il fondamento dei doveri familiari, sì da evitare il proliferare della litigiosità giudiziaria intrafamiliare. In conclusione, anche l'ingresso della tutela risarcitoria nell'area del diritto di famiglia richiede di essere mediata dalla specificità della formazione sociale familiare, indissolubile in una serie atomistica di relazioni intersoggettive.

Palermo-Valencia, 16/07/2016

Gabriele Carapezza Figlia e José Ramón de Verda y Beamonte