

Matrimonio e famiglia. Limiti di competenza e profili di rilevanza dell'ordinamento comunitario (*)

di Venerando Marano

(*) Destinato alla pubblicazione negli atti del Convegno del CESEN “Diritto della Unione Europea e status delle confessioni religiose” (Roma, Istituto L. Sturzo, 8-9 ottobre 2010).

1. Unione europea e famiglia, ovvero la suggestione di un paradosso – 2. Gli interventi dell'Unione: a) strumenti a carattere normativo – 3. ... b) interventi giuridicamente non vincolanti – 4. ... c) indici giurisprudenziali – 5. Limiti di competenza e profili di rilevanza dell'ordinamento comunitario. Il contributo delle Chiese

1. Parlare di matrimonio e famiglia in relazione all'ordinamento comunitario significa parlare di un paradosso.

Nessuna specifica competenza in materia è infatti conferita dagli Stati membri all'Unione europea, che pertanto non ha titolo per “agire” e deve rispettare la competenza del legislatore nazionale, in forza del principio di attribuzione sul quale si fonda la delimitazione delle sue competenze¹.

Nella formulazione di tale principio, l'impiego fin dall'esordio del termine “competenze” vale a chiarire che le azioni dell'Unione “si svolgono entro gli ambiti individuati dal Trattato costituzionale, anziché in forza della espansiva dinamica di matrice funzionalistica che ha caratterizzato il processo di integrazione”². L'Unione agisce cioè solo nei limiti delle competenze che le sono attri-

¹ In base all'art. 5 del Trattato sull'Unione europea “1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. ... 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”.

² C. PINELLI, *Il Preambolo, i valori, gli obiettivi*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Bologna, 2004, p. 38.

buite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti, mentre al di fuori di tali specifiche attribuzioni, come ad esempio nell'ambito del matrimonio e della famiglia, rimane ferma la competenza dei singoli Stati, nel rispetto di un'autonomia che garantisce le diverse storie e culture e si traduce in profonde differenze nelle legislazioni nazionali.

Il rigore di questi principi risulta tuttavia "affievolito" dall'effettività di un'esperienza giuridica nella quale appaiono ormai sempre più numerosi, specie nel corso degli ultimi due decenni, gli interventi dell'Unione suscettibili di incidere sull'ambito del diritto di famiglia, in maniera indiretta ma assai penetrante.

Si tratta di interventi eterogenei, sia sotto il profilo formale – alcuni di tipo propriamente normativo, altri privi di carattere giuridicamente vincolante e di mero indirizzo politico, altri ancora di natura giurisprudenziale – sia sotto il profilo contenutistico, che offrono non pochi spunti di analisi e sollecitano alcuni interrogativi circa il grado di incidenza che la dilatazione dell'ordinamento comunitario potrà esercitare in un ambito che pur rimane riservato alle legislazioni nazionali.

2. Gli interventi di tipo normativo a volte hanno carattere settoriale. Rientrano in tale categoria alcune recenti direttive in materia di circolazione e soggiorno e di ricongiungimento familiare, che sembrano prefigurare la possibilità di estendere la nozione di "familiare" anche al convivente ove la legislazione nazionale lo preveda o consenta³, ovvero alcuni interventi relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile⁴, o ancora la proposta di direttiva in materia di non discriminazione attualmente all'esame degli organi comunitari⁵, che potrebbe comportare rilevanti conseguenze sul riconoscimento delle cosiddette unioni di fatto e quindi indirettamente sul modello di famiglia garantito dalle legislazioni nazionali.

³ V. Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004. Tale direttiva all'art. 2, par. 2, prevede che per componente della famiglia si intenda anche il convivente con il quale il cittadino dell'Unione ha contratto un'unione registrata, a condizione che la legislazione dello Stato membro ospitante equipari i conviventi registrati alle coppie sposate. Per quanto riguarda il convivente legato al cittadino da una relazione duratura debitamente attestata ma non registrata, lo Stato membro ospitante ne "agevola" l'ingresso e il soggiorno nel proprio territorio nazionale nel rispetto della propria legislazione nazionale, ma non ha alcun obbligo di riconoscimento di uno *status* estraneo al proprio ordinamento interno.

⁴ Un esempio in tal senso può essere rinvenuto nella recentissima disposizione sulla cooperazione giudiziaria in materia civile inserita nell'art. 81, par. 3 del Trattato di Lisbona, che riconosce alle istituzioni comunitarie un margine di intervento su questioni di diritto di famiglia di rilievo transnazionale, anche se impone una procedura legislativa speciale, secondo cui è necessaria l'unanimità del Consiglio previa consultazione del Parlamento europeo. O ancora, in prospettiva *de iure condendo*, nella pure recentissima proposta di regolamento "sull'attuazione di una cooperazione rafforzata nell'area del diritto applicabile al divorzio e alla separazione legale" (COM/2010/105 final), relativa alla scelta della legge applicabile ai procedimenti di divorzio e di separazione in situazioni in cui sussiste un potenziale conflitto di norme.

In altri casi gli interventi dell'Unione presentano una portata più generale, come ad esempio nel caso delle disposizioni contenute negli artt. 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che richiedono uno specifico approfondimento.

L'art. 7 della Carta garantisce ad ogni individuo, contestualmente al diritto al rispetto della propria vita privata, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni, anche il diritto al rispetto della propria "vita familiare".

Secondo alcuni commenti tale disposizione conterrebbe il riferimento ad una nozione "aperta" di famiglia, "nell'intento di capovolgere la regola in base alla quale la definizione di famiglia debba necessariamente coincidere con il modello tradizionale, fondato sul matrimonio eterosessuale, e di introdurre, così, il principio della libertà dei modelli familiari nell'ordinamento dell'Unione Europea"⁶.

In realtà, un intento così fortemente innovatore non risulta espressamente enunciato o desumibile dalle cosiddette *explications* apposte in calce al testo, che si limitano a indicare la corrispondenza dei diritti contemplati nella disposizione in esame a quelli garantiti dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la conseguente identità di regime, compresa quindi la possibilità di prevedere in ambito nazionale le limitazioni necessarie alla protezione della salute o della morale.

Di maggiore rilievo appare l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, secondo cui il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Tale disposizione trova remoti antecedenti nell'art. 16, par. 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nell'art. 23, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁷, per collegarsi poi più direttamente alla formulazione dell'art. 12 (Diritto al matrimonio) della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, secondo cui "uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto".

Rispetto a quest'ultima previsione, l'art. 9 della Carta di Nizza ha introdotto tuttavia alcune incisive modifiche.

⁵ Proposta di direttiva sulla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o dalle convinzioni personali, dalla disabilità, dall'età o dall'orientamento sessuale (COM/2008/426 definitivo), attualmente all'esame del Consiglio dell'Unione europea.

⁶ F. CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, in *I diritti fondamentali in Europa*, Atti del XV Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001, Milano, 2002, p. 41 s.

Anzitutto, in luogo dell'originaria eniadi compare una menzione disgiunta del diritto di sposarsi e del diritto di costituire una famiglia, quasi non si trattasse più di un'unica e consequenziale situazione soggettiva bensì di due diritti "reciprocamente e funzionalmente autonomi", esercitabili anche disgiuntamente. In secondo luogo, nella nuova formula non è stata mantenuta la specificazione riferita al sesso diverso dei contraenti, con ciò non escludendosi la possibilità di ritenere titolari del diritto di "sposarsi" e di costituire una famiglia anche le coppie omosessuali.

Risulta invece pienamente confermata l'impostazione dell'art. 12 della Convenzione dei diritti dell'uomo laddove si prevede che tali diritti sono garantiti solo nei limiti e secondo le modalità previste dalle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Questa soluzione è resa necessaria dalla mancanza di una specifica competenza dell'Unione europea in materia di famiglia, tenuto conto della clausola generale secondo cui la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione stessa, né introduce competenze o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti previsti nelle altre parti della Costituzione.

La formula adottata a seguito di tali modifiche, in cui è evidente la coesistenza di profili di continuità e di innovazione, rivela la difficoltà di trovare un punto di equilibrio fra la volontà di ampliare il concetto tradizionale di matrimonio e famiglia e la consapevolezza dei limiti derivanti dai principi generali che regolano le competenze dell'Unione. Ne deriva una soluzione di compromesso da leggere come formula aperta, che se da un lato non preclude la possibilità di eventuali riconoscimenti delle diverse forme di convivenza non fondate sul matrimonio, dall'altro "non esorta, né impone precisi orientamenti valoriali in campo matrimoniale e familiare, ma si limita semplicemente a riservare la regolamentazione della materia alle rispettive legislazioni nazionali"⁸.

Secondo questa prospettiva, l'interpretazione dei diritti previsti dall'art. 9 deve risultare conforme ai principi e ai valori che informano il modello di famiglia proprio dei diversi ordinamenti costituzionali, dovendosi invece ritenere esclusa la possibilità di richiamare quegli stessi diritti per giustificare una rilettura "eversiva" di tale modello⁹.

⁷ In base a tale disposizione, "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio".

⁸ Resta poi da valutare se la suddetta innovazione possa desumersi dagli sviluppi della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo.

⁹ Anche con queste avvertenze rimane la possibilità o il pericolo che la Carta dei diritti venga considerata come atto provvisto di forza derogatoria rispetto alle norme costituzionali. Questo pericolo risulta aggravato dall'estensione della teoria della cosiddetta incorporazione, che ha consentito di ampliare il sindacato della Corte di Giustizia, dalle sole norme comunitarie, prima alle norme nazionali di attuazione della disciplina comunitaria e ora, nella giurisprudenza più recente, anche alle norme nazionali che incidono sulle condizioni per il godimento dei diritti.

3. Considerazioni analoghe possono valere riguardo ad alcuni interventi che, sebbene privi di carattere giuridicamente vincolante, concorrono tuttavia a delineare (perlomeno sotto il profilo politico-programmatico) l'orientamento del sistema comunitario nella materia che stiamo esaminando.

Si tratta delle risoluzioni del Parlamento europeo sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione nelle quali viene esaminato con cadenza annuale lo stato di attuazione dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione. A partire dalla metà degli anni '90, tali risoluzioni si caratterizzano per l'invito sempre più pressante rivolto ai paesi membri a procedere al riconoscimento delle convivenze non fondate sul matrimonio, sia eterosessuali sia omosessuali, e alla loro piena equiparazione alle coppie sposate.

Una simile linea di tendenza appare chiaramente delineata già nella risoluzione “sulla parità dei diritti per gli omosessuali nella Comunità” del 1994 (A3-0028/94), in cui, muovendo dalla considerazione che tutti i cittadini devono ricevere lo stesso trattamento indipendentemente dalle loro tendenze sessuali, si invitavano i paesi membri a rimuovere dalle legislazioni nazionali gli ostacoli frapposti al matrimonio delle coppie omosessuali, riconoscendo parità di diritti rispetto ai coniugi legati da matrimonio e consentendo loro la registrazione.

Analogamente, nella risoluzione relativa al 1999 (A5-0050/00) il Parlamento europeo invitava gli Stati membri a riconoscere “alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali” (n. 56) e ad adeguare le proprie legislazioni al fine di introdurre la convivenza registrata tra persone dello stesso sesso riconoscendo loro gli stessi diritti e doveri previsti dalla convivenza registrata tra uomini e donne (n. 57).

Nella risoluzione dell'anno successivo (A5-0223/01) lo stesso Parlamento auspicava la modifica della legislazione degli Stati “al fine di riconoscere le relazioni non matrimoniali tra persone dello stesso sesso o di sesso opposto e di attribuire loro pari diritti”(n. 84) e di adottare una legislazione diretta a fornire ai “conviventi di lunga data ... la stessa tutela giuridica prevista per le coppie legalmente sposate” (n. 85). Così pure, nella risoluzione relativa al 2001 (A5-451/2002) il Parlamento europeo, rivolgendosi agli Stati membri, raccomandava loro di “riconoscere le relazioni non matrimoniali – sia tra persone di sesso diverso che tra persone dello stesso sesso –” e di attribuire ad esse i diritti derivanti dal matrimonio (n. 102).

In termini analoghi, nella successiva risoluzione relativa al 2002 (A5-281/2003) da un lato si ribadiva la “richiesta agli Stati membri di abolire qualsiasi forma di discriminazione – legislativa o de facto – di cui sono ancora vittime gli omosessuali, in particolare in materia di diritto al matrimo-

nio e all'adozione di minori"; dall'altro lato, si raccomandava agli stessi Stati di "riconoscere, in generale, i rapporti non coniugali fra persone sia eterosessuali sia omosessuali, conferendo gli stessi diritti riconosciuti alle persone sposate, adottando tra l'altro le disposizioni necessarie per consentire alle coppie di esercitare il diritto alla libera circolazione nell'Unione". Si esprimeva inoltre compiacimento per i "progressi" registrati in tale materia in alcuni paesi europei, fra i quali la Finlandia, con il riconoscimento dei diritti dei transessuali, e il Belgio, con il riconoscimento del matrimonio fra omosessuali¹⁰.

Tale impostazione è stata chiaramente riaffermata anche nelle più recenti risoluzioni.

In particolare, nella risoluzione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004 -2008 (A6-479/2008) si rivolge agli Stati membri che si sono dotati di una legislazione relativa alle coppie dello stesso sesso l'invito a riconoscere le norme adottate da altri Stati membri (par. 75) e ad adottare iniziative legislative per eliminare le discriminazioni nei confronti di "alcune coppie in ragione del loro orientamento sessuale" (par. 77). Si chiede poi alla Commissione europea di presentare proposte che garantiscano l'applicazione da parte degli Stati membri del principio di riconoscimento reciproco per le coppie omosessuali, siano esse sposate o legate da un partenariato civile registrato, in particolare per quanto riguarda il diritto alla libera circolazione (par. 76). Nella risoluzione successiva, approvata dal Parlamento europeo il 15 dicembre 2010¹¹, si richiama l'attenzione sulle risoluzioni del Parlamento europeo riguardanti la discriminazione contro i matrimoni tra persone dello stesso sesso e le unioni civili (par. 2).

Emerge così un'impostazione che tende a consolidarsi su alcuni orientamenti piuttosto problematici.

Si tratta infatti di orientamenti che per un verso risultano in contrasto o comunque da armonizzare con i principi e valori che sono alla base degli ordinamenti costituzionali di alcuni paesi membri dell'Unione, nei quali una loro eventuale traduzione normativa potrebbe pertanto determinare rilevanti questioni di legittimità costituzionale. Per altro verso, rivelano il rischio di una forzatura interpretativa del principio di non discriminazione che, ignorando la differenza tra unioni di fatto e famiglia fondata sul matrimonio e trascurando la specificità delle unioni omosessuali, potrebbe comportare un "aggiramento" dei limiti di competenza del legislatore comunitario in materia di diritto di famiglia.

¹⁰ Cfr. in tal senso, in particolare, i paragrafi 78-82 della Risoluzione.

¹¹ Risoluzione sulla "situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2009- 2010). Attuazione effettiva in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona" (A7- 344/ 2010).

http://www.olir.it/areetematiche/166/documents/marano_relazione_2010_roma_cesen.pdf	6	marzo 2011
---	---	------------

4. Questo rischio sembra confermato da alcuni recenti indirizzi giurisprudenziali.

Per lungo tempo la Corte di giustizia ha riconosciuto e affermato la caratterizzazione dell'unione coniugale quale unione eterosessuale fondata sul matrimonio, sottolineando in particolare come “le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle unioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto”¹² e come sia “pacifico che il termine ‘matrimonio’, secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designi una unione tra due persone di sesso diverso”¹³. Tale configurazione non è contraddetta dall'istituzione in alcuni Stati membri di “regimi legali che accordano un riconoscimento giuridico a forme diverse di unione tra conviventi dello stesso sesso o di sesso diverso, attribuendo a tali unioni taluni effetti identici o paragonabili a quelli del matrimonio, tanto fra i conviventi quanto nei confronti dei terzi”, in quanto “i suddetti regimi di registrazione di relazioni di coppia fino ad allora non riconosciute dalla legge sono, negli Stati membri interessati, distinti dal matrimonio”¹⁴. Il giudice comunitario non può, pertanto, estendere in via interpretativa le norme dettate con riguardo alle unioni coniugali a situazioni giuridiche che sono da esse distinte, perché una simile operazione ermeneutica, determinando un ampliamento della sfera di applicazione dei vantaggi e dei benefici riconosciuti alla famiglia legittima, presuppone una decisione del legislatore piuttosto che un'interpretazione giurisdizionale della normativa esistente.

Più di recente la stessa Corte di giustizia, nella sentenza Tadao Maruko del 1° aprile 2008, trattando la questione del rifiuto di una pensione di reversibilità al partner superstite di un'unione solidale omosessuale ha affermato fra l'altro che: “È vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il diritto comunitario non pregiudica tale competenza. Tuttavia, occorre ricordare che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione (v., per analogia, sentenze 16 maggio 2006, causa C-372/04, Watts, Racc. pag. I-4325, punto 92, e 19 aprile 2007, causa C-444/05, Stamatelaki, Racc. pag. I-3185, punto 23)”. Quindi ha ritenuto che una normativa che riconosca solo al coniuge superstite e non anche al partner superstite di un'unione solidale omosessuale la pensione di reversibilità

¹² Corte di giustizia, sentenza 17 febbraio 1998 (C-249/96).

¹³ Corte di giustizia, sentenza 31 maggio 2001, nei procedimenti riuniti *D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea* (C-122/99 e C-125/99). In senso analogo, cfr. Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Rees. c. United Kingdom*, sent. 17 ottobre 1986, nella quale la Corte, trattando dei problemi relativi ai transessuali, ha affermato che “il diritto di sposarsi garantito dall'art. 2 CEDU fa riferimento al matrimonio tradizionale tra persone biologicamente di sesso diverso. Ciò risulta altresì dalla lettura dell'articolo, là dove si evince con chiarezza che l'art. 12 si preoccupa fondamentalmente di proteggere il matrimonio in quanto fondamento della famiglia”.

¹⁴ *Ibid.*

costituisce un'ipotesi di discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale e vietata dal combinato disposto degli artt. 1 e 2 della Direttiva 2000/78, qualora nel diritto nazionale i partner dello stesso sesso siano in posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda tale prestazione. In tal modo, la violazione del principio di non discriminazione viene fondata sul presupposto dell'esistenza di una legge nazionale che equipari i partner di un'unione omosessuale e i coniugi, con ciò confermando la competenza dei singoli Stati in tale materia.

Sul tema è intervenuta anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, che nella recente sentenza del 2 marzo 2010 (*Kozak c. Polonia*, ricorso n. 13102/02) ha affermato che il diniego della successione nel contratto di locazione del partner superstite di un'unione omosessuale costituisce violazione dell'art. 14 (*Divieto di discriminazione*) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani (CEDU), in combinato disposto con l'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) della stessa Convenzione. La Corte ha riconosciuto che la protezione della famiglia intesa in senso tradizionale rappresenta, in principio, un valido e legittimo motivo che potrebbe giustificare una differenza di trattamento. Tuttavia, considerato che la Convenzione è uno strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni presenti, nella scelta dei mezzi di protezione della famiglia e di garanzia del rispetto della vita familiare lo Stato "deve necessariamente tenere conto degli sviluppi nella società e dei cambiamenti nella percezione dello *status* sociale e civile e delle questioni relazionali, incluso il fatto che non esiste un solo modo o una sola scelta" per quanto riguarda la sfera familiare e la vita privata (par. 98). Considerato il ristretto margine di apprezzamento degli Stati nell'adozione di misure che determinano una differenza sulla base dell'orientamento sessuale, la generale esclusione dalla successione nel contratto di locazione della persona che vive una relazione omosessuale non può essere considerata come necessaria per la protezione della famiglia intesa in senso tradizionale (par. 99).

Nella successiva sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* (ricorso n. 30141/04 del 24 giugno 2010) la Corte ha affermato che il diniego, opposto dalle autorità austriache a una coppia di persone dello stesso sesso, della possibilità di contrarre matrimonio civile non integra una violazione dell'art. 12 (*diritto al matrimonio*) e dell'art. 14 (*divieto di discriminazione*) in combinazione con l'art. 8 (*diritto al rispetto della vita privata e familiare*) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Per quanto riguarda in particolare l'art. 12, la Corte, dopo aver ricordato che esso garantisce all'uomo e alla donna il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, osserva che tale formulazione potrebbe essere interpretata nel senso che non è escluso il matrimonio fra due uomini o due donne, anche se nel contesto storico nel quale la Convenzione è

stata adottata il matrimonio era inteso in senso tradizionale come unione fra persone di sesso differente. Tale interpretazione estensiva è confermata dalla formulazione dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, che nel riconoscere il "diritto di sposarsi e di costituire una famiglia" secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio omette deliberatamente il riferimento all'uomo e alla donna. Alla luce di tale formulazione, la Corte ritiene di non poter più considerare il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 della CEDU limitato al matrimonio fra due persone di sesso diverso.

Tuttavia, la questione se ammettere oppure no il matrimonio omosessuale è lasciata alla legislazione dei singoli Stati. Infatti – osservano i giudici di Strasburgo – il matrimonio ha ben radicate connotazioni sociali e culturali che differiscono in modo significativo da una società ad un'altra. Non può quindi in tale contesto la Corte, con le sue pronunce, sostituirsi alle autorità nazionali, che sono nella posizione migliore per valutare i bisogni della società e per rispondere agli stessi.

Quest'ultima notazione trova riscontro nella nota sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009, in cui si afferma che "per la capacità di autodeterminazione propria di uno Stato costituzionale si considerano da sempre particolarmente sensibili le decisioni ... di particolare rilievo culturale, ad es. in materia di diritto di famiglia, sistema scolastico, educazione e rapporti con le comunità religiose" (par. 252), nelle quali la competenza dovrà continuare ad essere riservata agli Stati membri.

5. In base alle considerazioni svolte, la recente evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di matrimonio e famiglia può essere compendiata nella formula antinomica incompetenza formale/incidenza sostanziale.

Si è visto infatti come i limiti di competenza dell'Unione europea, derivanti dal principio di attribuzione e costantemente richiamati negli strumenti comunitari, non impediscano il moltiplicarsi degli interventi comunitari suscettibili di incidere, indirettamente ma in misura penetrante, sull'ambito del diritto di famiglia.

Questa linea di tendenza rivela una dinamica espansiva che sollecita a ripensare la problematica nel quadro di un orizzonte più ampio di quello nazionale¹⁵, aperto alla circolazione dei modelli giuridici e segnato dalla trasformazione in senso multi-culturale, multi-religioso e multi-etnico della società europea contemporanea¹⁶.

¹⁵ Si vedano i contributi di Autori vari raccolti sotto il titolo *La tutela della famiglia nelle democrazie contemporanee: tra pluralismo dei modelli e multiculturalismo*, (sezione monografica curata da G. Cerrina Feroni e T. E. Frosini) in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2010, pp. 391 ss.

¹⁶ Cfr. S. FERRARI, *Pluralità di sistemi matrimoniali e prospettive di comparazione*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, n. 2/2002, pp. 54-58.

In tale orizzonte si riflettono le modificazioni del costume che negli ultimi decenni hanno investito l'istituto del matrimonio e della famiglia, fino a travolgere o perlomeno a revocare in dubbio principi e modelli radicati nel patrimonio giuridico e nelle tradizioni culturali della maggior parte dei paesi di cultura occidentale. Da un lato il fenomeno delle unioni di fatto, che mette in crisi direttamente "il principio e il valore della formalizzazione del vincolo coniugale e del matrimonio quale suo atto fondativo", arrivando poi, nelle ipotesi di unione omosessuale, a travolgere uno dei cardini essenziali della famiglia, rappresentato dalla differenza sessuale dei soggetti dell'unione. Dall'altro lato, gli effetti ancor più dirompenti che potrebbero derivare dalle ipotesi di innesto dell'esperienza poligamica "nell'orizzonte rigorosamente monogamico di matrice cristiana" proprio della tradizione occidentale¹⁷.

Questi mutamenti determinano una tensione dialettica fra il "modello" tradizionale di famiglia e le nuove tipologie di relazioni affettive diffuse nel tessuto sociale, che percorre con diversa intensità gli ordinamenti dei paesi di cultura occidentale e trova espressione paradigmatica nei recenti sviluppi dell'ordinamento comunitario.

Di fronte a simili sviluppi si avverte l'esigenza, da un lato, di evitare esiti di uniformazione normativa che risulterebbero forzati, dall'altro lato di individuare possibili forme di coesistenza tra regole diverse e in potenziale competizione.

A tal fine, la consapevolezza delle trasformazioni in atto nell'ambito delle "relazioni affettive" non deve comportare l'abbandono o la negazione di modelli consolidati e ancor oggi largamente condivisi, che affondano le radici in quel patrimonio culturale religioso e umanistico dell'Europa significativamente richiamato nel preambolo del Trattato sull'Unione europea.

Alla luce di questo patrimonio possono essere correttamente inquadrati e ulteriormente approfonditi anche i temi del matrimonio e della famiglia, partendo dall'analisi dei principi, valori e funzioni che fondano la differenza fra tipi familiari e tipi non familiari e la conseguente previsione di strumenti di tutela diversificati.

In questa prospettiva, anche le Chiese e le comunità religiose possono offrire un contributo specifico di notevole rilievo¹⁸, da valorizzare nell'ambito del dialogo con l'Unione europea previsto dall'art. 17, par. 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione¹⁹.

¹⁷ C. CARDIA, *Matrimonio, famiglia, vita privata. Spunti di analisi ricostruttiva*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1/2002, p. 53.

¹⁸ Sul tema v., con specifico riferimento alla posizione della Chiesa cattolica, V. MARANO, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, Milano, 2005, pp. 119 ss. e in part. 140-153. Per il periodo successivo, cfr. SEGRETARIATO DELLA COMMISSIONE DEGLI EPISCOPATI DELLA COMUNITÀ EUROPEA, *Proposition de Stratégie de l'Union Européenne pour soutenir le Mariage et la Famille*, novembre 2007, in www.comece.eu. La posi-

Il riconoscimento di tale contributo non implica l'attribuzione di un privilegio bensì rafforza la partecipazione democratica ai processi della *governance* europea, non contrasta con il principio di laicità ma lo realizza, secondo una prospettiva coerente con il contenuto positivo della libertà religiosa e con il ruolo riconosciuto alle istituzioni religiose in relazione alle esigenze della persona.

Collocarsi in questa prospettiva può aiutare ad affrontare meglio le nuove sfide con le quali la laicità è chiamata a misurarsi, e a superare concezioni ideologiche che non aiutano la necessaria ricerca di valori condivisi sui quali costruire la “casa comune” europea, dove non ci sia spazio per contrapposizioni artificiali tra religione e società.

zione del magistero è stata riaffermata da ultimo nel recentissimo *Discorso di Benedetto XVI al nuovo Ambasciatore di Ungheria presso la Santa Sede*, in *L'Osservatore Romano*, 3 dicembre 2010, in cui si sottolinea che “il matrimonio ha dato all'Europa il suo particolare aspetto e il suo umanesimo, [...]. L'Europa non sarebbe più Europa se tale cellula basilare della costruzione sociale sparisse o venisse sostanzialmente trasformata. Sappiamo tutti quanto sono a rischio il matrimonio e la famiglia oggi - da un lato per l'erosione dei loro valori più intimi di stabilità e indissolubilità, a causa di una crescente liberalizzazione del diritto di divorzio e dell'abitudine, sempre più diffusa, alla convivenza di uomo e donna senza la forma giuridica e la protezione del matrimonio, dall'altro lato per diversi generi di unione che non hanno alcun fondamento nella storia della cultura e del diritto in Europa”.

¹⁹ Sulla portata dell'art. 17 TFCE cfr. V. MARANO, *Il contributo delle Chiese e delle comunità religiose alla governance europea*, in AA.VV., *Lo Stato dell'Unione. L'Europa tra allargamento e costituzionalizzazione*, Torino, 2009, pp. 38-42.

http://www.olir.it/areetematiche/166/documents/marano_relazione_2010_roma_cesen.pdf	11	marzo 2011
---	----	------------