



Rivista N°: 4/2014  
DATA PUBBLICAZIONE: 24/10/2014

AUTORE: Stefania Ninatti\*

## L'ASSEGNO DI MANTENIMENTO HA ANCORA NATURA ASSISTENZIALE? IL RILIEVO DELLA COMPARAZIONE NEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ\*\*

*1. Note introduttive sul diritto comparato e il giudizio di costituzionalità. – 2. Diritto comparato e diritto di famiglia: i lavori del CEFL. – 3. Il paragrafo 9 dell'ordinanza di rimessione: la funzione assistenziale dell'assegno di mantenimento vista attraverso le lenti dell'evoluzione dei diversi ordinamenti europei in materia di famiglia. – 4. La via comunitaria.*

### 1. Note introduttive sul diritto comparato e il giudizio di costituzionalità

È oramai un dato acquisito di quest'ultimo tornante del costituzionalismo l'uso del diritto comparato all'interno del giudizio di costituzionalità e, mai come oggi, paiono attuali le osservazioni di autorevole dottrina secondo cui «il diritto comparato è un po' come viaggiare. Il viaggiatore e il comparatista sono entrambi invitati a rompere la routine quotidiana, a scontrarsi con l'imprevisto e, forse, iniziare a comprendere ciò che in precedenza era sconosciuto.»<sup>1</sup>

---

\* Associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca — [stefania.ninatti@unimib.it](mailto:stefania.ninatti@unimib.it)

\*\* Contributo al seminario "Famiglia, Divorzio e Diritti: Proporzionalità e adeguatezza delle garanzie per la parte più debole. Considerazioni e commenti sull'ordinanza del tribunale di Firenze 22 maggio 2013", organizzato dal Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università Statale di Milano, Milano 12 febbraio 2014.

<sup>1</sup> G. FRANKENBERG, *Critical Comparison: Re-thinking Comparative Law*, Harv. L. R., 1985, p. 411. Cosisi è osservato che, fin dall'inizio, il diritto comparato si mostra come una strada a doppiosenso: «To the degree that the comparatist would 'discover' and 'learn' about the rules, institutions and legal routines in 'foreign' lands, she would most importantly find herself thrown back unto herself, confronted with her own idiosyncrasies, her background and 'culture', now less starry-eyed as concerns her own legal system.» (P. ZUMBANSEN, *Comparative, global and transnational constitutionalism: The emergence of a transnational legal-pluralist order*, Global Constitutionalism, 2012, p. 16-17).

Le presenti note contestualizzano quest'affermazione all'interno dell'ordinanza di rimessione promossa dal Tribunale di Firenze il 22 maggio 2013, laddove essa (paragrafo 9) cerca di spingere il giudice delle leggi ad indagare le scelte operate in altri ordinamenti rispetto a quelle compiute in Italia, per comprendere e approfondire affinità e divergenze in materia di assegno divorzile.

Pertanto, prima di entrare nel merito della materia in esame, sembra utile premettere alcune osservazioni di carattere generale circa l'impiego del diritto straniero nelle argomentazioni dei giudici costituzionali.

Come noto, l'utilizzo del diritto comparato all'interno del giudizio di costituzionalità delle leggi amplia il classico armamentario interpretativo a disposizione del giudice, aggiungendo un'ulteriore linea argomentativa a supporto della decisione. È sempre stata molto dibattuta in dottrina l'opportunità di un simile ampliamento dei criteri ermeneutici, così come, dal canto loro, le stesse Corti costituzionali si sono spesso mostrate riluttanti ad utilizzare il diritto straniero all'interno delle proprie pronunce<sup>2</sup>.

Il punto delicato che emerge da questa tradizionale difficoltà viene, innanzitutto, rintracciato nella consapevolezza che l'interpretazione costituzionale differisce sostanzialmente dalle altre forme di esegesi normativa, in virtù della specialità dell'oggetto di cui si occupa. La Costituzione, infatti, si caratterizza per avere una trama portante di natura eminentemente politica, di conseguenza le sue norme risultano più aperte e, in un certo senso, anche meno complete e, dunque, suscettibili di adattamenti continui alla realtà che cambia e ai conflitti che via via si presentano nel tessuto sociale. L'oggetto della controversia costituzionale, quindi, non riguarda mai solo le due parti del processo, ma raggiunge un uditorio molto più ampio e variegato, che parte dall'opinione pubblica in generale per arrivare alla classe più specifica dei giuristi e della dottrina giuridica. Così pure, l'impatto della decisione è sicuramente molto più vasto di quanto lo siano le sentenze dei giudici comuni.<sup>3</sup> In questo quadro si

---

<sup>2</sup> Per un inquadramento del tema da parte della dottrina italiana, si vedano esemplarmente G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010, P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in ALPA G. (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, 2005, p. 25 ss.; L. PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*, CLUEB, Bologna, 2006, T. GROPPI, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*. Relazione al convegno della Fondazione Basso 12 gennaio 2010; A. SPERTI, *I giudici costituzionali e la comparazione giuridica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 11/2006, p. 185 ss.; G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 1/2010, p. 223 ss.; A. SANDULLI, *The use of comparative law before the Italian public law Courts*, in G. CANIVET – M. ANDENAS – D. FAIRGRIEVE (a cura di), *Comparative law before the Courts*, Londra, 2004, p. 165 ss. Sul ruolo del giudice in un mondo globalizzato (in cui la comparazione diventa circolazione di modelli) si veda esemplarmente S. CASSESE, *I Tribunali di Babele, Roma*, 2003; J. ALLARD, A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, Liberilibri, Macerata, 2006.

<sup>3</sup> Così, W. HOFFMANN-RIEM, *Comparative constitutionalism in practice: Constitutional court judges' roundtable*, ICON 2005, ICON 2005, pp. 556-560, trova una possibile spiegazione alla riluttanza le corti costituzionali storicamente siano state riluttanti ad usare il riferimento straniero nelle proprie sentenza anche a partire dalla specialità del giudizio di cui si occupano. L'A. osserva ulteriormente che "It must also be taken into account that the interpretation and application of constitutional norms usually have an impact not only on the problem in question but also on the solution of similar or related problems. Another challenge is to find an interpretation that does not preclude future modification to address new problems or problems whose old solutions no longer fit."

può anche comprendere la ragione per cui l'uso del riferimento straniero – di cui ci si è sempre serviti senza particolari problemi all'interno delle discipline privatistiche – ha finora faticato a penetrare nella scienza giuspubblicistica.

Un secondo punto che può essere utile ricordare prima di esaminare il caso specifico, è anche l'analisi sul tipo di materia su cui il giudizio di costituzionalità si è, almeno inizialmente, avvicinato all'elemento comparatistico: le Corti costituzionali e le Corti supreme si sono avventurate in questo settore, almeno inizialmente, perlopiù nell'ambito di controversie sui diritti che riguardano, *in primis*, questioni eticamente sensibili, quindi tematiche oltremodo delicate e controverse, in cui al giudice non sembra più sufficiente appoggiarsi alle sole argomentazioni proprie del diritto interno. E, in effetti, emerge sempre più precisamente l'istanza di riconoscersi in una più ampia comunità di interpreti, che trova il corrispondente contraltare nel concepire il proprio testo costituzionale «*as part of a family of foreign and supranational documents, each of which serves as a source of general legal norm*».<sup>4</sup> Si noti anche che tale appartenenza a una più ampia comunità di diritto costituzionale talvolta assume contorni così spiccati da far affiorare una sorta di nuova forma di onere della prova che i giudici sarebbero tenuti a fornire nell'esercizio delle proprie funzioni. All'interno di questo particolare contesto sembra, infatti, che nel momento in cui la legislazione interna si distanzia dalle scelte generalmente compiute da altri sistemi giuridici, si acuisca per il giudice la necessità di fornire la prova della legittimità di un tale diverso approccio. Non è possibile in questa sede approfondire questa nuova evoluzione dell'agire giurisdizionale, da cui si potrebbe anche dedurre che il principio di eguaglianza fra ordinamenti assuma una portata normativa (quasi) indipendente dal merito della materia e dal caso concreto: si sta qui alludendo alla problematica riguardante la domanda se il progressivo formarsi del principio di una tendenziale omogeneità delle diverse legislazioni statali sia un valore in sé.

Non potendo in questa sede approfondire tale ultima osservazione, è altrettanto noto che la stessa Corte costituzionale italiana si è avventurata ad usare il diritto comparato all'interno delle proprie argomentazioni – in maniera distinta dal diverso richiamo operato tramite art. 117 o 11 cost. al diritto sovranazionale – anche se i casi non sono così frequenti come in altri ordinamenti. Si possono ricordare in via esemplare il caso dell'aborto (1975),<sup>5</sup> quello sui diritti dei transessuali<sup>6</sup>, una fattispecie più recente in materia di campagna elettorale (2002)<sup>7</sup> e, inseguito, la sentenza sulla fecondazione in vitro (2005)<sup>8</sup>. In tutte queste ipotesi – che qui non è il caso di ripercorrere – la comparazione viene, tuttavia, impiegata come semplice elemento *ad adiuvandum* rispetto all'argomentazione principale. Molte possono essere le spiegazioni di questo (apparentemente) limitato utilizzo, ma sicuramente, in parte, tale assenza è da addebitare alla mancanza nel nostro sistema di controllo di costitu-

---

<sup>4</sup> L. HENKIN, *The international Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts join the Conversation*, Harv. L. Rev., 2001, p. 2059.

<sup>5</sup> C. cost. sent. 18 febbraio 1975, n. 27.

<sup>6</sup> C. cost. sent. 6 maggio 1985, n. 161.

<sup>7</sup> C. cost. sent. 24 aprile-7 maggio 2002, n. 155.

<sup>8</sup> C. cost. sent. 13 gennaio 2005, n. 45.

zionalità delle opinioni dissenzienti o concorrenti dei singoli giudici. In simili ordinamenti, infatti, l'argomentazione giudiziale è, per sua stessa natura, più concisa, e la discussione sulle diverse argomentazioni avviene a porte chiuse, mentre l'esito di tale dibattito, che poi trova spazio nella sentenza così come viene pubblicata, rappresenta il compromesso raggiunto tra le varie istanze e non il prodotto fedele della discussione avvenuta fra i singoli giudici. Questo può voler anche significare che il valore del diritto comparato nel giudizio di costituzionalità potrebbe essere ben presente all'interno della discussione della Corte costituzionale italiana, ma di tale valore la traccia che emerge poi nella sentenza pubblicata sarà comunque molto ridotta, se non addirittura assente.<sup>9</sup>

Non solo la Corte costituzionale, ma anche la Corte di Cassazione si è talvolta inoltrata nei territori della comparazione, soprattutto per trovare una più agevole soluzione al caso in esame: esemplari in tal senso sono la sentenza relativa all'accertamento del carattere religioso di Scientology<sup>10</sup> e quella sul celeberrimo caso Englaro.<sup>11</sup> In entrambe le situazioni – e soprattutto con riferimento alla vicenda Englaro, in cui il richiamo all'esperienza straniera è davvero ampio e dettagliato – sembra che la scelta di utilizzare il diritto comparato sia stata dettata da un dato normativo poco chiaro, se non addirittura carente. Per far, quindi, fronte ad una carenza normativa interna i giudici di legittimità hanno cercato supporto in discipline giuridiche straniere o in casi simili già argomentati all'estero.

Vi è, però, da sottolineare una nota dolente di fondo: se anche le Corti supreme – comprese quelle italiane – si confrontano quasi quotidianamente con l'esistenza di una forte interrelazione (soprattutto nell'ambito dei diritti fondamentali) fra diritto comparato, esperienza giuridica sovra- e internazionale e diritto interno, non sono mancate, tuttavia, critiche al fatto che l'utilizzo dell'elemento straniero nella trama del giudizio di costituzionalità non sia ancora entrato a far parte di un sistema generale, attraverso cui sarebbe possibile ricostruire la natura e i limiti di questa nuova chiave interpretativa<sup>12</sup>. Quanto detto può essere anche

---

<sup>9</sup> Un esempio studiato classicamente di riferimento ad un'esperienza straniera, senza tuttavia citarla, può essere la teoria classica dei "diritti inviolabili" usata comunemente dalla Corte costituzionale italiana senza tuttavia far emergere apertamente il richiamo alle corrispondenti teorie americane del *cd. "preferred freedom"* e delle teorie tedesche sul *cd. Wesensgehalt* (in proposito cfr. A. BALDASSARRE, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, *Riv. Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2006, p. 983 ss.) Lo stesso si può vedere accadere anche in Francia: come osserva O. DUTHELLET DE LAMOTHE, *Comparative constitutionalism in practice: Constitutional court judges' roundtable*, *ICON* 2005, pp. 550-556, il Conseil constitutionnel, anche nel momento in cui deriva la sua argomentazione da esperienze straniere non le cita esplicitamente poi nel testo della sentenza: "however, references to other legal precedents and foreign law are appearing increasingly in the file prepared for every case and published on the Conseil's website."

<sup>10</sup> C. Cass. sent. 8 ottobre 1997, n. 9476

<sup>11</sup> C. Cass. sent. 16 ottobre 2007, n. 21748: si sottolinea che in questa sentenza la Corte di Cassazione è ricorsa con particolare attenzione all'esame del modello francese, tedesco, americano e inglese. Senza poter richiamare l'ampissima dottrina a commento della sentenza, si rinvia per un commento critico anche proprio in riferimento all'uso della comparazione, a F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 107 e ss.

<sup>12</sup> Per tutti si veda J. WALDRON, *The Supreme Court, 2004 Term: Comment: Foreign Law and the Modern *Ius Gentium**, 119 *Harv. L. R.*, 129 ss.: «no one bothered to articulate a general theory». Waldron osserva scetticamente come – restringendo l'esempio ad un caso "eccezionale" come l'America – se nel 1997 la Corte Supre-

letto come una non troppo celata tendenza delle Corti a far uso del diritto comparato come una sorta di “turismo giudiziario”,<sup>13</sup> senza però impiegare dei criteri generali di riferimento che ne rendano l’uso coerente e sistematico.

Non sfugge a tale critica di fondo anche il presente richiamo operato dall’ordinanza ai lavori della CEFL, di cui rimane solo certa un’apertura di fondo alle esperienze oltre i confini interni, mentre totalmente incerta rimane la ragione costitutiva del richiamo e l’efficacia dello stesso.

## 2. Diritto comparato e diritto di famiglia: i lavori del CEFL

Per esaminare la posizione del giudice di Firenze nell’ordinanza del 22 maggio 2013 in materia di assegno divorzile rispetto al diritto comparato, è necessario innanzitutto premettere che è sempre stata molto delicata la relazione esistente fra diritto di famiglia e comparazione giuridica, poiché delicata – in ultim’analisi – è la più generale relazione fra istituto familiare e diritto.

Sull’interrelazione esistente fra riferimenti comparati e diritto di famiglia si registra un ritardo cronico, se si pensa che persino in America, solo molto recentemente (nel 2007), si è aggiunto un volume nella prestigiosa collana di *International Encyclopedia of Comparative Law* sulla materia familiare. In un tempo, dunque, non troppo lontano, era normale ragionare di diritto di famiglia senza avvertire la necessità di accostare l’aspetto comparatistico o sovranazionale della materia, cosicché il giurista poteva esaminare quest’ambito con i soli strumenti del mestiere presenti nel proprio ordinamento.<sup>14</sup> Ma, come si è detto, i tempi sono profondamente mutati e anche per chi si occupa di diritto di famiglia il confronto con le esperienze comparate e con la dimensione sovranazionale della tematica pare oggi imprescindibile. In altri termini, l’onda lunga della globalizzazione ha raggiunto le trame più profonde degli ordinamenti giuridici e anche l’istituto della famiglia, come molti altri istituti giuridici, non può che (almeno in parte) risentirne. È da ascrivere a un gruppo di studiosi tedeschi, con i

---

ma Americana si è rifiutata di usare il diritto straniero (caso *Printz*), dopo solo 5 anni, nel 2002 (caso *Lawrence*) la Corte decide di farne uso: Waldron osserva, tuttavia, come questo cambio di giurisprudenza non viene minimamente giustificato dal giudice costituzionale, nè si è cercato di identificare con maggiore chiarezza quando e come l’uso del diritto comparato nel giudizio di costituzionalità dovrebbe apportare dei miglioramenti all’argomentazione giuridica.

<sup>13</sup>Parla di *judicial tourism*, ad esempio, M.A. GLENDON, *Judicial Tourism*, Wall Street Journal, September 16, 2005, pg. A14). Così pure Lord S. SEDLEY, *Comparative constitutionalism in practice: Constitutional court judges’ roundtable*, ICON, 2005, pp. 571, osserva che “Tourism is enjoyable and informative, but the artifacts which you bring back cannot be more than decorative. The real value of what you learn is to enhance your appreciation of your own culture. (...) None of this is to diminish the importance of the comparative study of constitutional law. It is simply to recognize that constitutional adjudication is not an exportable commodity.”

<sup>14</sup>Un esempio indicativo di quanto detto è sottolineata da PATTI S., *Il principio famiglia e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006, p. 254, nel momento in cui ricorda la sorprendente (per gli studiosi attuali) assenza di un capitolo sul diritto di famiglia nel più importante manuale di diritto comparato del secolo scorso (K. ZWIEGERT e K. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1984).

famosi simposi di Regensburg agli inizi degli anni Novanta, il merito di aver lanciato l'iniziativa di costituire una sorta di tavolo permanente sulla comparazione dei diversi regimi nazionali in materia di famiglia. Del resto, emergeva in maniera sempre più chiara via via nel tempo l'evidenza per cui l'Unione Europea non era volta a integrare solo i mercati, ma anche i cittadini, per cui urgeva una riflessione seria sul tema della famiglia all'interno del processo di costruzione comunitaria. Nelle pubblicazioni che registrano l'esito dei lavori di questo gruppo di giuristi, esiste anche una specifica sezione rubricata "*divorzio e mantenimento*", come anche una riflessione sul passaggio del regime matrimoniale "*from status to contract*", tematiche al cuore del ricorso in esame.

Questa serie di incontri fra autorevoli studiosi ha preparato il terreno per la costituzione nel 2001 di un'apposita Commissione sul diritto di famiglia europeo, il CEFL<sup>15</sup>, di cui appunto si occupa il punto 9 dell'ordinanza qui in esame: si tratta di un organismo indipendente, formato da esperti del settore, rappresentanti 22 diversi ordinamenti giuridici europei (tra cui anche Svizzera e Norvegia), sotto l'autorevole guida della prof.ssa K. Boele Woelki. Lo scopo di questa Commissione è quello di proporre delle riflessioni, basate sulla comparazione tra gli ordinamenti coinvolti, che possano condurre a un'eventuale armonizzazione del diritto di famiglia europeo. Come si afferma nel preambolo, il fine di questo ampio e dettagliato lavoro nasce dal riconoscimento di una sempre maggiore convergenza (naturale e tecnica) degli ordinamenti giuridici, congiuntamente a una rinnovata esigenza di rispetto per le specificità tuttora esistenti. La Commissione si occupa, quindi, di rinvenire una serie di principi dispositivi, offerti ai legislatori come traccia, per poter poi eventualmente procedere ad armonizzare la materia, senza tuttavia mirare a unificarla: si è, così, scelto – a fronte della frammentarietà dell'intervento sovranazionale in questa materia – di offrire solo il cd. *common core* della materia di volta in volta in esame, invece della possibile identificazione della *better rule* che sarebbe risultata problematica stante la diversità delle regolamentazioni presenti in Europa e la competenza esclusivamente (e fortemente) nazionale in questo settore del diritto.

Leggendo i lavori della Commissione sul diritto di famiglia europeo affiora nitidamente come i venti di riforma del diritto di famiglia abbiano oramai percorso tutti gli ordinamenti europei, sia pure in misura diversa: con la stessa chiarezza, tuttavia, è possibile anche cogliere come questo deciso processo di cambiamento sia tutt'altro che concluso, risultando anzi il diritto di famiglia «un diritto in movimento» più di ogni altro settore del diritto privato, e che «non ha ancora raggiunto un nuovo punto di stabilità».<sup>16</sup>

Da questi processi (interni alla materia famiglia) paralleli e, nello stesso tempo, comuni in tutta la tradizione giuridica europea – e più generalmente occidentale – è stato, così, possibile rintracciare dei tratti ricorrenti che caratterizzano la trasformazione in atto e che

---

<sup>15</sup> Più ampiamente sull'organizzazione, la storia e le pubblicazioni della Commissione, si consulti direttamente il sito web della Commission on European Family Law (CEFL).

<sup>16</sup> M. RHEINSTEIN, *The Family and the Law*, in A.G. CHLOROS, M. RHEINSTEIN, M.A. GLENDON (eds), *Persons and the Family*, Vol. IV, International Encyclopedia of Comparative Law, J.C.B. Mohr, Tubingen; Martinus Nijhoff, Leiden, Boston 2007, p. I-18.

forniscono il quadro delle relazioni familiari generalmente condiviso dagli studiosi europei all'inizio del terzo millennio: la prima constatazione di carattere generale che emerge con chiarezza è che il passaggio dalla famiglia multigenerazionale alla famiglia nucleare ha modificato non soltanto la struttura ma, almeno in parte, anche la funzione della famiglia.

Dal punto di vista giuridico, la stella polare dell'anzidetta trasformazione sembra essere stata il principio di non discriminazione: ad esso, infatti, si è fatto riferimento sia al fine di rivendicare la parificazione tra i soggetti che costituiscono il nucleo familiare sia al fine di non differenziare tra le diverse forme di rapporto familiare (matrimonio, unione, convivenza, ecc.) sia, ancora, al fine di contestare le differenze di trattamento tra le discordi normative nazionali in materia. Ad una affermazione del principio di eguaglianza dei coniugi si è accompagnata, da un lato, nella pratica, una corrispondente "giuridificazione" dei rapporti familiari<sup>17</sup> e, dall'altro, una maggiore presa di coscienza, da parte del singolo, dei propri diritti come persona.<sup>18</sup> Tali osservazioni investono non solo i rapporti fra coniugi, ma anche la relazione tra genitori e figli, con una crescente attenzione alle esigenze del minore e un conseguente mutamento del rapporto con l'autorità interna alla famiglia (la cd. patria potestà): tali trasformazioni si riflettono anche nel linguaggio giuridico, dove emerge oramai il concetto di responsabilità genitoriale al posto dell'antica terminologia tipica della famiglia come istituzione.<sup>19</sup>

Questi tratti generali che coinvolgono la trasformazione del diritto di famiglia sono il riflesso di una più profonda trasformazione che la dottrina già da molti anni aveva iniziato a segnalare: esemplarmente si possono ricordare le osservazioni di un approfondito studio di diritto comparato che rilevava l'esistenza in tutti i sistemi giuridici di «una fortissima spinta verso l'eguaglianza ed una non meno forte spinta verso l'allargarsi della sfera di libertà individuale caratterizzata talora da indubbi profili edonistici; a tale forza corrisponde ovviamente

---

<sup>17</sup> Si noti che l'applicazione del principio di uguaglianza all'interno dei rapporti familiari è di fatto coincisa con una maggiore valorizzazione dei diritti dei singoli componenti la famiglia e, anche, con una progressiva giuridificazione dei rapporti stessi. È singolare, ad esempio, la recente normativa austriaca che codifica l'obbligo per il coniuge che lavora all'esterno dell'ambito familiare di collaborare all'attività domestica, sia pur tenendo in considerazione le sue possibilità: nessuno dubita della ragionevolezza della norma in questione, eppure il giurista non può non chiedersi se vi era davvero bisogno di trasformare in norma giuridica tale impegno del singolo componente familiare. Cfr. art. 95 *Allgemeine Bürgerliches Gesetzbuch*, così come modificato dalla *Ehe RÄG* del 1999: a commento si veda A. BETTINI, *Persona, matrimonio e famiglia nell'Unione Europea: dall'istituzione al contratto (e ritorno?)*, Quad. Dir. e Pol. Eccl., 2002, p. 70 ss.

<sup>18</sup> In questo senso, paradigmatico è il processo di affermazione del diritto al matrimonio come diritto fondamentale, paradossalmente nel momento in cui il matrimonio stesso sta mutando forme e contenuti: come ha ampiamente dimostrato M.A. GLENDON, *The Transformation of Family Law*, Chicago, Univ. of Chicago Press, 1989, p. 35 e ss. è quanto meno singolare che ad un graduale disinteresse dello Stato nella regolamentazione dell'istituto matrimoniale si sia affiancato un suo progressivo interesse a riconoscere il matrimonio come un diritto umano. L'A. osserva come questo mutamento, visto all'interno del contesto evolutivo dell'istituto in esame, è semplicemente l'apice di una lunga serie di eventi che, a partire dal 1800, hanno progressivamente sciolto da possibili vincoli il singolo nella sua libertà di sposarsi e di scegliere il futuro consorte.

<sup>19</sup> Più ampiamente cfr. M.G. RANCAN, *Armonizzazione e principi di diritto europeo della famiglia in tema di divorzio ed obblighi di mantenimento*, in *Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, 2011, p. 120-121.

uno sfilacciarsi (o una liberalizzazione) negli ordinamenti particolari come la famiglia (...)».<sup>20</sup> Lo sfondo di questi processi ha, dunque, una matrice ultima di maggiore ricerca della felicità o, almeno, del benessere individuale: corollario di tali osservazioni è anche il rilevante aumento delle separazioni e dei divorzi, come pure di una maggiore rilevanza del diritto patrimoniale della famiglia, tema che qui in parte ci occupa.

Rispetto a quest'ultimo punto lo studio della CEFL osserva come, in sede comparata, la ridefinizione dell'istituto matrimoniale attraverso la trasformazione dal matrimonio visto come istituto giuridico che poteva concludersi solo per gravi motivi al matrimonio visto come istituto risolvibile in base ad una pura determinazione di volontà ha richiesto tempo e numerosi passaggi giuridici (dal divorzio per colpa al divorzio per fallimento dell'esperienza matrimoniale). E se inizialmente queste riforme avvengono in sede giudiziale, pian piano nel tempo esse vengono riconosciute anche in sede legislativa.

Alcune domande sorgono dalla lettura, sia pur solo per cenni, dei mutamenti in atto in questa materia: pare, infatti, evidente che nelle trasformazioni qui richiamate l'elemento di novità non è il fatto che un matrimonio possa finire, ma che possa finire per "scelta volontaria". Del resto, la stessa evoluzione ha investito anche il momento d'inizio della vicenda matrimoniale (con la corrispondente configurazione del diritto fondamentale al matrimonio): il cd. *free will* (o la libera scelta) posto a presupposto dell'inizio e della fine di un matrimonio comportano, a loro volta, il dissolvimento dell'apparato giuridico a protezione della famiglia e il venire meno – dal punto di vista concettuale - di una regolamentazione speciale per questa materia. In altri termini, la trasformazione del diritto di famiglia, di cui qui si sono dati alcuni cenni, si accompagna alla regressione dell'idea di *status* familiare, con tutte le conseguenze giuridiche, economiche e sociali che ne discendono.

Quanto detto trova conferma anche analizzando l'istituto familiare dal punto di vista puramente economico: è, infatti, evidente come oggi la famiglia non sia più un compatto unitario, ma domina l'idea che i singoli – all'interno della coppia – provvedono con i loro stipendi alla gestione familiare. Quest'ultimo dato va letto in stretta interconnessione con quanto fino-

---

<sup>20</sup> G. GROTANELLI DE' SANTI, *Gran Bretagna*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 1258, che fa osservare all'A. come tali fenomeni non siano certo peculiari della sola società inglese. Grottanelli osserva ulteriormente, sempre a riguardo del diritto di famiglia e della sua evoluzione in Inghilterra, come ad esempio – corrispondentemente all'osservazione ora riportata – il matrimonio sia «sempre più presentato nella pubblica opinione come istituto teso alla 'felicità' e al 'completamento della personalità', piuttosto che istituto dal quale e sul quale si impostano responsabilità e doveri giuridici» cui consegue «una certa neutralità, se non una vera e propria ritirata, da parte del magistrato e, tutto sommato, del legislatore stesso». Non meno interessanti paiono le più recenti osservazioni di M.T. MEULDERS-KLEIN, *Towards a European Civil Code on family Law? Ends and Means*, in K. BOELE-WOELKI, (ed.), *Perspectives for the Unification and harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2003, p. 108, secondo cui «family is not a mere collection of individuals, each equipped with his or her own rights. It is rather a nucleus of privileged relationships between beings who are very close to one another, which lends the family a dimension other than that of "Privacy" in the American meaning of the term. But it is at the same time the place of loves and hatred, and of the most violent tensions between the freedoms and the rights of its members.» Conseguentemente, conclude l'A., «family law is not a Lex mercatoria. It is a body made up of flesh and blood. In so far as the family is the nucleus of any society, family law is the hard core of any culture.» (p. 109)



ra (sia pur solo per cenni) descritto e, in ultima analisi, con il progressivo allentarsi dell'unitarietà dell'istituto e con la sua terminabilità in base ad una scelta libera. Da queste osservazioni, quindi, deriva anche una spinta a riformare il quadro giuridico, al cui interno si trova ora quasi ingabbiato un istituto sociale ed economico fortemente trasformato: del resto, come ha osservato un'attenta dottrina già da anni, «*the same factors that facilitate free terminability of marriage in practice have contributed to the decline of legal regulation of divorce*».<sup>21</sup> In altri termini, tali mutamenti sociali ed economici della famiglia non possono che avere delle conseguenze sulla regolamentazione giuridica dell'istituto stesso, conseguenze volti a mitigare la specialità della materia nonché, in un certo senso, a liberalizzarla.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> M.A. GLENDON, *The Transformation of Family Law*, cit., in special modo, p. 195, cui si rimanda per approfondimenti rispetto alle problematiche qui appena accennate.

<sup>22</sup> Strettamente correlata alla materia in esame sarebbe l'ulteriore analisi della disciplina giuridica dei beni dei coniugi durante la vita comune e al momento dello scioglimento dell'unione che, come noto, viene a cadere nell'ambito di competenza del diritto nazionale degli Stati membri. Anche in questo caso si può notare una forte divergenza fra i diversi ordinamenti sia dal punto di vista sostanziale (anche se la maggior parte degli Stati membri comunque usa, ad esempio, la classica distinzione tra regime legale e regime convenzionale) sia da quello procedurale, tali per cui anche le norme nazionali di diritto internazionale privato applicabili ai diritti di proprietà delle coppie internazionali variano notevolmente da uno Stato membro all'altro. Di fronte all'aumento del fenomeno delle famiglie transnazionali questa diversità di approcci è stata sempre più accusata di non riuscire a garantire una sufficiente certezza del diritto per le coppie che decidono di esercitare il diritto di libera circolazione.

A partire da quest'osservazione a livello europeo sono state così ipotizzati tre possibili approcci per assicurare ai cittadini quella certezza del diritto ora carente, nonostante l'attuale divergenza delle legislazioni nazionali: una prima soluzione, già in uso nella pratica, consiste nel lasciare che gli Stati membri trovino soluzioni nel quadro di accordi bilaterali. Costituisce un esempio in questa direzione l'accordo franco-tedesco del febbraio 2010 (Accordo bilaterale tra la Germania e la Francia che istituisce un regime patrimoniale tra coniugi facoltativo di partecipazione agli acquisti): e, tuttavia, accordi di questo tipo, per quanto aperti all'adesione degli altri Stati membri (come nel caso dell'accordo franco-tedesco), non possono risolvere tutti i problemi pratici che si presentano né, di conseguenza, dare una risposta di natura onnicomprensiva. Un secondo approccio consisterebbe nell'armonizzare il diritto sostanziale che disciplina gli effetti patrimoniali del matrimonio e dell'unione registrata: se questa strada potrebbe costituire la via più lineare è, tuttavia, esclusa, almeno per il momento, dai Trattati stessi che non conferiscono all'Unione competenze in questi settori. Una terza possibile ipotesi di approccio – quest'ultimo consentito dai Trattati – consisterebbe nell'adozione a livello europeo di norme di diritto internazionale privato nel settore degli effetti patrimoniali del matrimonio e dell'unione registrata. In questa direzione si possono rinvenire alcune proposte da parte della Commissione europea di adozione (in forma di pacchetto unico) di un regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di un regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate (più ampiamente si veda sul sito della Commissione e, in particolare, si vedano le due proposte di regolamento del Consiglio del 16.3.2011, COM [2011] 126 definitivo).

Di fronte alle suddette due proposte di regolamento del Consiglio in tema di armonizzazione delle regole su competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni sul regime patrimoniale dei coniugi (prima proposta) e delle unioni registrate (seconda proposta) la 2° Commissione del Senato ha espresso due pareri contrari per violazione del principio di sussidiarietà – come, del resto, già sostenuto dalla 14a Commissione Politiche dell'Unione europea. Infatti, secondo la 2° Commissione del Senato, vi sono perplessità sulla base giuridica utilizzata dalla Commissione europea per l'adozione di tali regolamenti (più precisamente si tratta dell'art. 81 par.3 del TFUE, secondo cui, nelle materie del "diritto di famiglia" che abbiano implicazioni transnazionali, il Consiglio è competente a legiferare con procedura legislativa speciale all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo) non condividendosi che nell'ambito di questo intervento e in questa base giuridica siano

Eppure lo Stato, in questo frangente, non si ritira totalmente da una regolamentazione speciale: perché?

### **3. Il paragrafo 9 dell'ordinanza di rimessione: la funzione assistenziale dell'assegno di mantenimento vista attraverso le lenti dell'evoluzione dei diversi ordinamenti europei in materia di famiglia**

La domanda posta al termine del precedente paragrafo descrive il dilemma al cuore della questione sollevata dal Tribunale di Firenze.

Secondo il giudice fiorentino, infatti, l'interpretazione data alla normativa italiana in materia di assegno divorzile «rappresenta un *unicum* nel panorama delle legislazioni nazionali in materia di conseguenze economiche del divorzio» (paragrafo 9 dell'ordinanza). E anche per questa ragione i giudici di Firenze eccepiscono l'irragionevolezza dell'interpretazione vigente dell'art. 5, c. 6, della l. 898/1970, così come modificata dalla riforma del 1987, in base a cui l'assegno divorzile deve garantire al coniuge economicamente più debole un tenore di vita analogo a quello goduto durante la vita matrimoniale, indipendentemente dall'esistenza o meno di figli. In altre parole, oltre alle argomentazioni puramente di diritto interno, i giudici fiorentini interrogano la Corte sull'anomala situazione italiana anche rispetto al panorama europeo e quest'affermazione si poggia direttamente sul richiamo al diritto comparato, visto attraverso le lenti dei lavori della Commissione sul diritto di famiglia europeo (CEFL)

Non è un caso che il primo oggetto di comparazione ed enucleazione di principi che la CEFL ha deciso di affrontare rappresenta proprio l'istituto del divorzio e il successivo mantenimento: era, del resto, noto alla dottrina, da un lato, la convergenza delle legislazioni su questi temi e, dall'altro, che l'entrata in vigore del regolamento 1347/2000, cd. *Bruxelles II* avrebbe portato nel lungo termine non solo all'unificazione europea delle regole su giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze relative al divorzio (nonché alla prevista unificazione delle regole sui conflitti di legge nella stessa materia) ma anche alla necessità di «armonizzare il diritto sostanziale vigente in Europa in materia di divorzio».<sup>23</sup>

L'istituto dell'assegno di mantenimento, dal canto suo, assume un posto di primo piano nella disciplina giuridica della materia poiché, pur riguardando un aspetto molto particolare e limitato, in realtà racchiude al suo interno un microcosmo delle speciali problematiche annesse al diritto di famiglia.

I lavori della Commissione sul diritto di famiglia europeo tramite l'analisi della comparazione dimostrano, innanzitutto, come sull'eventuale istituto del mantenimento non rileva il

---

ricondotte anche le unioni tra persone dello stesso sesso e le unioni registrate: più ampiamente sul tema cfr. sito del Senato. Su questo tema cfr. F.R. FANTETTI, *Il regime patrimoniale europeo della famiglia*, Fam. Pers. Succ., 2011, p. 140 ss.

<sup>23</sup> K. BOELEWOELKI, *Il metodo di lavoro della Commissione sul diritto europeo della famiglia*, in ANDRINI M., (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, p. 231.

tipo di divorzio richiesto (altrimenti detto, non rileva la presenza della colpa). Questo primo passo è strettamente connesso con il propagarsi del modello del divorzio consensuale come forma prevalente di divorzio, seppur temperato in alcuni ordinamenti da specifiche garanzie. Il tramonto del divorzio per colpa trascina con sé inevitabilmente il declino dell'obbligo di mantenimento come istituto sanzionatorio, rimanendo solo viva la funzione assistenziale dello stesso.

Ed è a questo punto che si apre il dilemma sotteso all'analisi del caso sollevato dalla presente ordinanza in tutta la sua imponenza, poiché si rileva un forte divario nella cultura giuridica dei paesi del nord e sud Europa: stante questa diversità, dall'esame delle diverse legislazioni in materia è apparso, tuttavia, che l'assenza di mezzi adeguati del richiedente e la capacità di adempiere del coniuge obbligato stanno via via diventando un dato imprescindibile delle diverse codificazioni europee.

I principi proposti dalla Commissione sul diritto di famiglia europeo considerano, quindi, il mantenimento come un istituto "eccezionale e provvisorio" – principio ampiamente riconosciuto negli ordinamenti nordici, che è poi, progressivamente, entrato a far parte delle più recenti riforme dell'Europa continentale (si vedano esemplarmente le riforme tedesche e francesi<sup>24</sup>) – o comunque legato agli impegni dovuti all'eventuale custodia di figli. Pertanto, la regola dominante che emerge dai lavori ricognitivi della Commissione è quella dell'auto-responsabilità.

In sintesi, dunque, l'eventuale mantenimento ricorre quando il richiedente non abbia mezzi per far fronte ai propri bisogni e l'obbligato sia in grado di soddisfarli, mentre i parametri per la sua determinazione rimangono – così come presenti nella generalità degli ordinamenti esaminati – la capacità lavorativa dei coniugi, l'età e lo stato di salute, la cura dei figli minori, la ripartizione dei doveri durante il matrimonio, la durata del matrimonio medesimo, il tenore di vita goduto durante il matrimonio, ed eventuali matrimoni o convivenze successive.

Quanto ora rilevato viene sancito dal principio 2.2 (all'interno dei principi generali della parte II sul mantenimento fra gli ex-coniugi) secondo cui la Commissione dispone come regola generale filtrata dalla comparazione dei diversi ordinamenti europei è quella della "self-sufficiency": «dopo il divorzio ciascun coniuge dovrebbe provvedere ai propri bisogni». Rimangono chiaramente esistenti, come si è anticipato, gli obblighi di mantenimento sui figli, qualora ve ne siano, oppure temporaneamente anche fra coniugi in vista, comunque, del necessario passaggio alla regola dell'auto-responsabilità (p. 2.8).

Ed è qui, credo, si possa individuare una delle ragioni per cui il legislatore non si ritira da questa materia in maniera definitiva: il principio ora proposto funziona bene negli ordinamenti giuridici – quali quelli nordici – che registrano un sistema assistenziale di welfare in ottima salute, che permette quindi sovvenzioni pubbliche e ricambio nel mondo del lavoro tali da soccorrere a possibili situazioni di difficoltà del coniuge debole. Lo stesso non si può ripe-

---

<sup>24</sup> Per un esame delle diverse normative in merito cfr. M.G. RANCAN, *Armonizzazione e principi di diritto europeo della famiglia in tema di divorzio ed obblighi di mantenimento*, cit., p. 129 ss.

tere, però, per i paesi del sud Europa, dove l'assegno di mantenimento svolge ancora a pieno la sua antica funzione di garantire il coniuge debole in casi di difficoltà.

E, infatti – si noti per inciso – l'innalzamento dei tassi di divorzi è nell'agenda di legislatori e politici come profonda causa di preoccupazione, pur essendo chiaro a tutti che esso non è che un sintomo del fenomeno ora succintamente descritto e non la causa (anche se, forse, le nuove norme sul divorzio in qualche modo hanno contribuito a riformulare l'istituto stesso).

Alla domanda sul perché non si abolisca del tutto la disciplina speciale per il divorzio e perché non si avvicini la regolamentazione dell'istituto familiare alle altre materie del diritto civile, si deve, dunque, almeno in parte rispondere rilevando come questo insieme di normative (famiglia, divorzio, conseguenze patrimoniali dello stesso ecc.) sono a loro volta intimamente connesse con il sistema di welfare del paese. Questo duplice ordine di ragioni – evoluzione del diritto di famiglia, da un lato, e funzione assistenziale del coniuge debole, dall'altro – rappresenta la trama ultima del caso in esame.

Se certo, come ben emerge nell'ordinanza di rimessione, l'analisi condotta da questi lavori in materia di diritto comparato di famiglia mostra la distanza ancora esistente fra il nostro ordinamento e altre esperienze giuridiche, emergono tuttavia anche le ragioni che in parte tuttora militano a favore di un – sia pur più limitato e ragionevole – utilizzo dell'istituto dell'assegno di mantenimento.

Ritorniamo, infatti, all'evoluzione descritta per comprendere meglio il problema che i legislatori e politici incontrano nel riformulare la materia e che, dal canto loro, i giudici affrontano nei singoli casi in esame di applicazione della presente normativa. L'immagine di nuova famiglia che prevale nell'analisi del diritto comparato è quella di due coniugi indipendenti durante il matrimonio o comunque potenzialmente indipendenti dopo il matrimonio: e se uno non lo è immediatamente, lo deve diventare. Se in teoria l'immagine sembra reggere, soprattutto nel caso in cui vi siano figli essa inizia a scricchiolare e, quindi, una prima osservazione si impone: bisogna distinguere famiglia con o senza figli. E infatti, se ci sono dei figli, l'ordinamento francese e tedesco, ad esempio, impongono una regolamentazione specifica ad opera del giudice. Fa eccezione il sistema svedese dove non si prevede una disciplina speciale, ma – come noto – il sistema del welfare è molto generoso ed efficiente, in grado di sopperire ad eventuali difficoltà della dissolta famiglia. L'immagine dei coniugi post-divorzio, tuttavia, scricchiola anche se siamo davanti a madri che per anni si sono occupate di figli e ora, anche una volta che i figli sono divenuti grandi e indipendenti, si trovano per dato di fatto escluse dal circuito occupazionale: se in alcuni ordinamenti il sistema di welfare risulta adeguatamente preparato per accompagnare tali situazioni, lo stesso non si può ripetere per altri ordinamenti. Negli Stati Uniti, dove si è provato ad importare il modello di indipendenza economica dei coniugi tipico dei paesi del nord Europa, senza però avere un equivalente sistema di welfare a supporto delle situazioni di difficoltà, questo modello si è rivelato altamente problematico. Autorevole dottrina già molti anni fa rilevava, infatti, che *«what is curious about the way the American states handle post-divorce finances is that they endorse a Nordic de-*

*gree of committment to spousal independence and self-sufficiency at the theoretical level, but fail to establish the condition necessary to realize this ideal in practice».*<sup>25</sup>

Senza poter scendere nel dettaglio della materia in queste brevi note, è tuttavia diventato evidente come il problema del versante economico della dissoluzione del matrimonio è una questione centrale per le nostre società e nessun ordinamento è ancora riuscito a trovare un giusto bilanciamento fra i vari interessi in gioco: forse, come aveva osservato fin da subito la dottrina americana, la vera rivoluzione introdotta dalle leggi sul divorzio è l'acquisita coscienza del "*failure of our divorce system to apportion fairly the economic burden of marital dissolution*".<sup>26</sup>

#### 4. La via comunitaria

L'ordinanza di rimessione non ha voluto, invece, far riferimento alle evoluzioni in corso nel diritto comunitario.

E, tuttavia, anche l'analisi di quest'ambito potrebbe supportare la tesi che propende per una modifica della disciplina esistente, in un senso più conforme agli sviluppi europei. "L'obiettivo principale della creazione di uno spazio giudiziario europeo è garantire la certezza del diritto ai cittadini europei e consentire loro di accedere facilmente alla giustizia nelle situazioni transnazionali": con queste affermazioni contenute nella Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 16 marzo 2011, la Commissione prende atto che è oramai giunto il momento di adottare un provvedimento comunitario per disciplinare gli aspetti patrimoniali delle famiglie transnazionali.<sup>27</sup> Tale constatazione trova ulteriore giustificazione nella relazione della Commissione sulla cittadinanza dell'Unione del 27 ottobre 2010 che rileva come sussistano ancora numerosi ostacoli al pieno esercizio dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione, in particolare il diritto alla libera circolazione. Fra gli ostacoli individuati spicca l'incertezza in merito ai diritti di proprietà delle coppie internazionali, ovverossia di

---

<sup>25</sup> M.A. GLENDON, *The Tranformation of Family Law*, cit., p. 236-237. L'A. nota, inoltre, come «notably absent, too, from the American scene is the relatively generous package of public benefits and services for one-parent families that exists in Sweden and, to a lesser degree, in France and West Germany»: dall'osservazione comparata dei vari ordinamenti europei presi in esame (Francia, Germania, Inghilterra, Svezia e Stati Uniti), risulta così che il sistema americano si pone al punto estremo dei modelli esaminati «having embraced free terminability of marriage and spousal self-sufficiency after divorce, while failing to assure either public or private responsibility for the casualties».

<sup>26</sup> M.A. MELLI, *Constructing a social problem: the post-divorce plight of women and children*, *Am. Bar Found Res. Journal*, 1986, p. 771.

<sup>27</sup> Comunicazione della commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Eliminare le incertezze legate ai diritti patrimoniali delle coppie internazionali*, Bruxelles, 16.3.2011 COM(2011) 125 definitivo

quelle coppie composte, tra l'altro, da cittadini di Stati membri diversi o che vivono in uno Stato membro diverso da quello di origine<sup>28</sup>.

Senza scendere nei dettagli di queste ultime politiche, merita tuttavia di essere segnalato come attraverso questi tasselli l'Unione stia gradualmente mettendo a punto un approccio teso a facilitare la vita dei cittadini e delle loro famiglie nelle situazioni transnazionali. Nel settore del diritto di famiglia, infatti, sono stati approntati una serie di strumenti di diritto internazionale privato: la prima risposta giuridicamente vincolante che l'Unione ha dato a questa problematica, è stato il già citato regolamento n. 1347/2000 (*Bruxelles II*), poi modificato con il regolamento 2201/2003 (cd. *Bruxelles II bis*),<sup>29</sup> con cui si è inteso delineare uno spazio unico europeo per le cause matrimoniali, tramite riconoscimento automatico delle decisioni rese dai giudici nazionali. In altre parole, tale regolamento permette di conoscere il giudice competente a regolare la materia di separazione/divorzio nel caso di una coppia internazionale e il modo in cui questa decisione verrà riconosciuta negli altri Stati europei. Il regolamento "*Roma III*" integra tali norme consentendo ai coniugi di scegliere la legge applicabile al procedimento di divorzio. Quest'ultimo atto si segnala anche per costituire la prima espressione di una cooperazione rafforzata, applicata appunto nell'ambito della legge regolatrice del divorzio.

Si è, dunque, davanti ad un articolato sistema, ancora in costruzione e tuttavia già ben delineato nelle sue linee fondanti, che coinvolge la regolamentazione degli aspetti procedurali di una coppia transnazionale che circola nel territorio dell'Unione Europea.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Si tratta più precisamente della relazione sulla cittadinanza dell'Unione, del 27 ottobre 2010, intitolata "*Eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei cittadini nell'Unione*", in cui la Commissione prende analiticamente in esame i principali ostacoli che i cittadini europei incontrano tuttora nella loro vita quotidiana quando cercano di esercitare i propri diritti all'interno dell'Unione europea, specie in situazioni transfrontaliere, e individua 25 azioni concrete per rimuovere tali ostacoli.

<sup>29</sup> Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, 27 novembre 2003, modificativo del regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, 29 maggio 2000, GUCE L 160, 30 giugno 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di patria potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi. Si tenga presente che era stato proposto anche un ulteriore passo in avanti con la proposta di modifica di detto regolamento (cd. *Roma III*; per approfondimenti cfr. R. CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione Europea sulla legge applicabile al divorzio*, Fam. e Dir., 2011, p. 1053 ss e VELLETTI, CALÒ, *La disciplina europea del divorzio*, *Corr. Giur.*, 2011, p. 719 ss.) anch'esso volto all'armonizzazione del diritto internazionale privato in materia di famiglia, che è poi stata lasciata cadere a causa dell'impossibilità di trovare un accordo in seno al Consiglio. Sulla materia è poi intervenuto il regolamento 1259/2010 del 20 dicembre 2010 (che lascia impregiudicato il reg. nr. 2201/2003), relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione rafforzata, cui partecipano i seguenti stati: il Belgio, la Bulgaria, la Germania, la Grecia, la Spagna, la Francia, l'Italia, la Lettonia, il Lussemburgo, l'Ungheria, Malta, l'Austria, il Portogallo, la Romania e la Slovenia. Al momento sono in discussione anche due proposte di regolamento del 2011, riguardanti i regimi patrimoniali tra coniugi e gli effetti delle unioni non matrimoniali registrate.

<sup>30</sup> Strettamente correlata a queste problematiche si possono considerare anche le nuove norme UE (regolamento CE 4/2009) che sveltiranno i pagamenti degli assegni alimentari per i figli di genitori separati, oltre alle due proposte di regolamento di cui alla nota 22. Secondo una stima comunitaria, infatti, il numero di coppie internazionali nell'Unione raggiungerebbe oramai la ragguardevole cifra di 16 milioni e 1 milione il numero di divorzi l'anno. Sul piano internazionale si ricorda, inoltre, che l'Unione ha firmato la convenzione dell'Aia sugli obblighi alimentari istituisce un sistema mondiale per l'esazione delle prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri

I dubbi, finora prospettati, circa i vizi di origine di un intervento comunitario in materia familiare si ripropongono anche nell'esame dell'anzidetta normativa, in quanto essa rappresenta un caso esemplare di intervento trasversale delle istituzioni comunitarie. Una sorta di competenza a latere in materia di libera circolazione e creazione dello spazio unico europeo per le cause matrimoniali che, forse, riesce a illustrare bene l'effetto di trascinamento che la dottrina ha identificato in casi del genere, e secondo cui la materia vicina a quella disciplinata dal livello sovranazionale viene, per così dire, involontariamente attratta dalla suddetta disciplina. Come la dottrina non ha mancato di rimarcare, quest'atto segna un passaggio storico all'interno dell'espansione comunitaria in quest'ambito: con esso, infatti, «si è rotto un tabù, quello secondo il quale il diritto di famiglia è una materia che esula dalle competenze comunitarie e che non è rilevante per l'integrazione europea»<sup>31</sup>.

In sintesi, dunque, sebbene attraverso ambiti procedurali, si sta iniziando ad aggredire la materia "famiglia", un tempo riserva assoluta di competenza nazionale. Questo tipo di interventi non può che tradire un chiaro *favor* per lo scioglimento del vincolo coniugale, in quanto improntato esplicitamente alla garanzia del funzionamento del mercato interno e al principio della libera circolazione delle persone. Si è correttamente osservato che il regolamento in esame non risulta tanto volto alla tutela della famiglia in senso tradizionale, quanto piuttosto alla tutela del diritto a sciogliere il vincolo familiare<sup>32</sup>. Se tale impostazione è di sicuro coerente con le finalità proprie dell'integrazione comunitaria, al contempo, essa «si rivela innegabilmente asservita più ad una logica di mercato che alla stabilità del vincolo coniugale»,<sup>33</sup> facendo così emergere, in ultim'analisi, anche una scelta sostanziale e non solo procedurale all'origine di quest'atto.

---

membri della famiglia il 6 aprile 2011, creando così un quadro giuridico comune all'Unione europea e ai paesi terzi che consente alle autorità di cooperare per l'esecuzione dei crediti alimentari e fa sì che i debitori non possano più sottrarsi ai propri obblighi lasciando il territorio dell'Unione.

<sup>31</sup> BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, *Riv. Dir. Int.*, 2001, p. 300. Così poi anche il trattato di Nizza ha inserito nell'art. 67 sulla cooperazione giudiziaria civile un riferimento alla procedura legislativa da adottare nel caso in cui si scelga di emanare misure riguardante «aspetti connessi con il diritto di famiglia». Più ampiamente per l'analisi delle problematiche di diritto internazionale privato e processuale ad esso connesse si rimanda all'attenta analisi di L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 281 ss.

<sup>32</sup> R. BARATTA, *Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, *Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc.*, 2005, p. 585, secondo cui tale diritto sarebbe peraltro derivabile dagli art. 7 e 9 della Carta dei diritti.

<sup>33</sup> S. M. CARBONE e C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione Europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 309. Similmente ROSSOLILLO G., *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione Europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, *Fam. E Dir.*, 2010, p. 735: «quanto (...) all'approccio economico seguito dalla Corte, la logica sottostante le libertà di circolazione tende a portare ad un'espansione dell'autonomia della volontà e all'attribuzione di un ruolo centrale alle esigenze individuali, non sempre perfettamente conciliabile con le esigenze di carattere sociale pure presenti, e rilevanti, nell'ambito del diritto di famiglia». Non diversamente PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, p. 510.

Così, anche senza il bisogno di emanare un'identica normativa sul matrimonio per tutto il territorio comunitario, «appare fuor di dubbio che l'Unione abbia già cominciato a utilizzare un efficace strumento idoneo a favorire – se non a imporre – il livellamento dei modelli normativi, a partire da quelli inerenti la patologia del matrimonio»<sup>34</sup> e ben potrebbe ipotizzarsi che «il coordinamento del diritto di famiglia provocherà gradualmente un interesse nella convergenza giuridica sostanziale».<sup>35</sup>

Come noto, il fondamento giuridico in forza del quale il Consiglio è potuto intervenire con i suddetti regolamenti è da rinvenire all'interno dell'allora titolo IV del Trattato, secondo cui la Comunità ha competenza ad adottare «*le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno*» (art. 65 TCE). Un intervento in questo settore sarebbe in grado di favorire la libera circolazione dei soggetti interessati e, dunque, risponderebbe ai requisiti posti dagli art. 61-65. Con un certo grado di ironia ci si potrebbe anche chiedere in che senso i provvedimenti in materia di famiglia (che certo, deve essere connotata da elementi di transnazionalità) possano considerarsi «misure necessarie al corretto funzionamento del mercato interno»<sup>36</sup> come invece si legge in apertura del titolo IV del Trattato.

In questo senso ci pare che anche il progressivo intervento dell'ambito comunitario all'interno dell'ambito familiare faccia emergere l'esistenza e, nel contempo, anche l'esigenza di una certa convergenza delle discipline nazionali. Senza scendere nel merito delle numerose critiche che sono state mosse all'intervento comunitario in materia di famiglia – secondo cui, da un lato, l'approccio sarebbe, anche in questo caso, riconducibile ad interessi funzionali, e in ultimo ad una impostazione legata ad una visione del cittadino economicamente orientata (secondo la felice espressione di Böckenförde di «*Marktbürger und Wirtschaftssubjekte*»<sup>37</sup>) e, dall'altro, si starebbe procedendo a intervenire per *bits and pieces*, evitando pe-

---

<sup>34</sup> F. MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc., 2005, p. 313.

<sup>35</sup> M. BELL *Holding back the tide? Cross – Border Recognition of Same – Sex Partnership within the European Union*, Eur. R. Priv. L., 2004, p. 618.

<sup>36</sup> Commenta giustamente P. MCELEAVY, *The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into family law*, ICLQ, 2002, p. 897, che classificare gli interventi in materia di diritto di famiglia in quest modo «would clearly appear to go at least one step too far.»

<sup>37</sup> Tale ordine di critica è ben presente alla dottrina: tutto ciò che precede o succede alla regolamentazione economica, infatti, prosegue E.W. BÖCKENFÖRDE, *Welchen Weggeht Europa?*, München, C. F. von Siemens Stiftung, 1997, p. 18, non assume alcun valore: «*es begrenzt nicht die wirtschaftliche Perspektive, sondern wird seinerseits von dieser bestimmt und begrenzt*». Così anche, per la dottrina italiana esemplarmente, G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamenti degli Stati membri*, Scritti degli allievi in memoria di G. Barile, Padova, Cedam, 1995, p. 707 osserva parimenti che «l'individuo viene in risalto non in quanto tale ma piuttosto come "cittadino comunitario" e come soggetto che agisce nell'ambito della materia comunitaria, spesso come "fattore di produzione", ossia nella sua qualità di lavoratore, di esercente di un'attività professionale...». In ambito più specificamente di famiglia si veda, fra i tanti, S.M. CARBONE, I. QUEIROLO, *Unione Europea e diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 20, nel momento in cui mette in guardia dagli sviluppi di questa impostazione: «non si vuole che per garantire la piena integrazione comunitaria e l'adeguata realizzazione del mercato unico, si trasportino, nel settore del diritto di famiglia, soluzioni e scelte normative che pure hanno dato un'ottima prova di sé nell'ambito economico. Il timore è che, così facendo, la globalizzazione dei mercati e



rò di metterla in discussione nelle opportune sedi democratiche – non si può omettere di osservare come la questione sia comunque ancora aperta.

Se guardiamo alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona alla nuova formulazione dell'art. 81 TFUE, emerge tuttavia la costante «volontà degli Stati membri di “blindare” la materia della cooperazione giudiziaria civile nello specifico settore del diritto di famiglia, riservandone l'evoluzione a un rigoroso controllo, che essi possono esercitare mediante il potere di veto, sia in sede di Consiglio, che attraverso i rispettivi Parlamenti nazionali».<sup>38</sup> In altri termini, anche nell'ultima revisione dei Trattati la competenza in materia di famiglia – sia pur solo per quel limitato aspetto che riguarda le implicazioni transnazionali della stessa – è stata volutamente distinta dalle altre materie e riservata a procedure speciali che ne consentono uno stretto controllo da parte dei singoli Stati membri.<sup>39</sup>

In questo senso appare comprensibile la scelta del giudice di Firenze di non avventurarsi nell'ambito comunitario per suffragare la tesi proposta poiché il processo di trasformazione della materia familiare è in quest'ambito ancora fortemente in evoluzione e l'Unione europea procede per segmenti trasversali, senza cioè determinare una disciplina generale, su cui oltretutto mancherebbe la competenza a intervenire. Dunque, era un richiamo difficile da usare e, tuttavia, anche questo scenario – con tutti i limiti anzidetti – può aiutare a comprendere l'evoluzione della materia dentro e fuori i confini nazionali.

Dall'insieme di questi riferimenti, e in special modo dal richiamo alle esperienze comparate, il giudice costituzionale potrà forse riuscire a cogliere un quadro più ampio e completo su una questione particolarmente delicata, quale è la garanzia da mantenere al soggetto debole in caso di rottura del vincolo matrimoniale nel momento in cui il vincolo stesso sta cambiando forma e natura. Non è un caso facile quello che la Corte costituzionale si appresta a dirimere. E, tuttavia, l'uso del diritto comparato può spronare il giurista, come si diceva all'inizio di queste brevi note, «a rompere la routine quotidiana, a scontrarsi con l'imprevisto

---

dell'economia porti con sé la globalizzazione delle culture, intesa come perdita sia dell'identità sia delle tradizioni appartenenti alle diverse culture giuridiche».

<sup>38</sup> CARBONE e TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione Europea...*, cit., p. 317. Guardando in particolare all'art. 81, c.3, il lettore può facilmente individuare che, se la procedura per realizzare lo spazio giudiziario europeo è quella ordinaria (maggioranza qualificata), per le misure aventi implicazioni transnazionali in materia di famiglia si deve invece seguire una procedura speciale che prevede l'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. Vi è, poi, anche la possibilità di una cd. “norma passerella” alla procedura ordinaria, ma con possibilità per i singoli parlamenti nazionali di opporvisi. Una simile reazione sembra anche potersi riconoscere nell'evoluzione della vicenda legata al considerando 22 della già citata direttiva 2000/78, che nella nuova direttiva 2008/0140, in corso di approvazione, viene ora inserito in un articolo del testo.

<sup>39</sup> Nella medesima direzione si deve leggere il cd. Programma dell'Aja allegato alle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 4-5 novembre 2004 (si possono leggere in *Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc.* 2005, p. 209 ss.), secondo cui le misure da intraprendersi in materia di diritto di famiglia e diritto delle successioni negli anni a venire «non dovrebbero basarsi su concetti armonizzati di “famiglia”, “matrimonio” o altri, dovendosi evocare disposizioni uniformi di diritto sostanziale soltanto come misure di accompagnamento, qualora fosse necessario per procedere al reciproco riconoscimento delle decisioni o per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia civile». Viene, così, anche in questo caso ribadita la centralità della competenza del legislatore nazionale in materia.

e, forse, iniziare a comprendere ciò che in precedenza era sconosciuto»: <sup>40</sup> in questo caso, lo spunto di riflessione che il paragrafo 9 dell'ordinanza offre al giudice costituzionale attraverso il riferimento ai lavori della Commissione sul diritto di famiglia europeo (CEFL), costituisce un autorevole invito ad ampliare lo sguardo nel giudicare la materia in esame senza, nel contempo, perdere di vista il particolare – un unicum, secondo le parole dell'ordinanza di rimessione – contesto italiano.

---

<sup>40</sup> Cfr. nota 1.