



FAMIGLIA E DIRITTI CONNESSI ALLA VITA FAMILIARE NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED EUROPEA*

di

Vincenzo Baldini **

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”: l’ambiguità semantica della formula costituzionale. 3. L’unione omosessuale nella giurisprudenza costituzionale. 4. L’orientamento dei giudici europei. 5. Il paradigma comparatistico: il modello del *Lebenspartnerschaftsgesetz* e la sua configurazione nella giurisprudenza costituzionale tedesca. 6. La Cassazione e le formazioni familiari omosessuali. 7. Il diritto alla genitorialità come completamento della vita familiare. 8. Conclusioni.

1. Premessa.

Il concetto giuridico di famiglia è, soprattutto in questi ultimi tempi, al centro di un intenso confronto scientifico- dottrinale che prende le mosse dal progressivo sviluppo e consolidamento, nell’esperienza, di forme nuove di vita familiare (coppie di fatto, unioni omosessuali) basate sull’elemento dell’*affectio* e sulla libera espressione di consenso tra i partners. Soprattutto queste ultime formazioni rappresentano ormai un dato di fatto rilevante nel contesto del pluralismo sociale, fino a reclamare un inquadramento giuridico che ne sancisca l’omologazione alla famiglia “classica”. Tanto, spinge la dottrina ad interrogarsi sulla congruità di tale omologazione, in primo luogo alla stregua del disposto costituzionale che alla famiglia “società naturale fondata sul matrimonio” riserva una particolare tutela e funzione.

Nel contesto del complesso dibattito, che fa registrare un pluralismo di posizioni, irrompono i diversi indirizzi della giurisprudenza nazionale ed europea i quali, sovente, anticipano le scelte del legislatore nell’apprezzamento di questioni ancora inedite.

* Questo lavoro riprende e sviluppa ulteriormente il contributo destinato agli “Scritti in onore di Gaetano Silvestri”.

**Professore ordinario di diritto costituzionale - Dipartimento di Economia e Giurisprudenza - Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

2. La famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”: l’ambiguità semantica della formula costituzionale.

La tipizzazione della famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio” (art. 29 Cost.) è stato connotata, fin dai primi commenti in dottrina, da una certa ambiguità, anche semantica oltre che concettuale, da cui ha tratto vita un vivace dibattito scientifico sul senso della formula costituzionale adoperata, i cui prodromi si manifestano già nel confronto in Assemblea costituente che ha preceduto la deliberazione di tale formula¹. E’ nota, ad es., l’autorevole opposizione manifestata, in proposito, da esponenti della Sinistra (Togliatti, Iotti), che non impedì in ogni caso l’approvazione di tale formula da parte della I Sottocommissione e, poi, del *Plenum*, sul presupposto che la stessa fosse da intendersi come indicativa di un “limite tra la sfera di autonomia della famiglia e il potere di intervento dello Stato, che dovrà rispettare l’assetto naturale e tradizionale della famiglia stessa”². Il dibattito che è seguito all’entrata in vigore della Costituzione ne conferma, in ogni caso, la natura anodina e polisensa, tanto con riguardo alla determinazione dei rapporti tra lo Stato e la famiglia come, anche, in merito alla struttura stessa di quest’ultima. In particolare, l’idea dell’esistenza di un diritto naturale della famiglia è parso poco convincente³ oltre che in distonia con un metodo giuridico-positivo di esegesi delle norme costituzionali. Ad avallare tale prospettazione ne seguirebbe, coerentemente, un riferimento esclusivo all’unione “naturale” eterosessuale, come apparsa alla consapevolezza del Costituente⁴.

Di contro, la posizione dottrinale a sostegno della natura storica della nozione di famiglia determina, di conseguenza, che il richiamo alla “società naturale” operato dal Costituente andrebbe inteso come un rinvio alla realtà sociale, in cui quest’ultimo concetto si rende storicamente effettivo. Tanto, ha la conseguenza di non definire *a priori* un limite invalicabile all’estensione del vincolo matrimoniale anche alle coppie omosessuali, quando queste

¹ Così, *Sub Art. 29 Cost.*, in V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Vicenza, 1976, p. 108. Un richiamo ai profili essenziali del dibattito in Assemblea costituente si ritrova anche in F. Caggia, A. Zoppini, *Sub Art. 29 Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006, p. 601 ss., part. p. 602 ss.

* Questo lavoro è destinato alla raccolta degli “Scritti in onore di Gaetano Silvestri”.

² Così, *Sub Art. 29 Cost.*, in V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Vicenza, 1976, p. 108. Un richiamo ai profili essenziali del dibattito in Assemblea costituente si ritrova anche in F. Caggia, A. Zoppini, *Sub Art. 29 Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006, p. 601 ss., part. p. 602 ss.

³ In senso contrario a tale prospettazione è anche P. Barcellona, voce *Famiglia (dir.civ.)*, in *E.d.D.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 779 ss., part. p. 781 ss.

⁴ In tal senso, tra le altre, v. Corte cost., sent. n. 30 del 1983.

nell'evolversi costante delle dinamiche sociali, si manifestassero con le connotazioni specifiche dell'unione familiare (stabilità, *affectio*, etc.).

Al di là della rilevata ambiguità semantica dell'art. 29 Cost., nell'intento del Costituente storico, la famiglia come "società naturale" era rappresentata unicamente dall'unione eterosessuale, a cui si riconosceva una peculiare tutela e posizione istituzionale rispetto al contesto del pluralismo delle formazioni sociali ricadente sotto la copertura dell'art. 2 Cost.

3. *L'unione omosessuale nella giurisprudenza costituzionale.*

La prospettiva favorevole al riconoscimento alle coppie omosessuali dei diritti classicamente spettanti alla famiglia basata sul matrimonio, fino a ipotizzare, per queste ultime, un'estensione dello stesso istituto matrimoniale, ha trovato riscontri in orientamenti della dottrina e nell'ambito di indirizzi della giurisprudenza nazionale (Corte di Cassazione) ed europea (Corte EDU), anche sulla premessa che la citata disposizione costituzionale non reca un testuale riferimento alla natura eterosessuale della famiglia. Tale prospettiva, tuttavia, è stata disattesa dalla giurisprudenza della Corte costituzionale⁵, che ha escluso dalla sfera materiale di garanzia dell'art. 29 Cost. sia la convivenza *more uxorio*, "priva di caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri ...che nascono soltanto dal matrimonio"⁶, sia le unioni omosessuali, per le quali è carente una relazione matrimoniale. Nell'orientamento del giudice, la famiglia di cui alla citata norma costituzionale è quella connotata dalla esistenza del vincolo del matrimonio, dal quale soltanto si generano diritti e doveri in grado di conferire certezza e stabilità, sul piano giuridico-positivo, all'unione coniugale. Per altre relazioni, contrassegnate dall'esistenza di vincoli affettivi tra i partners, a prescindere da ogni riferimento alla natura omo- o eterosessuale delle stesse, vale la tutela accordata al pluralismo delle formazioni sociali dal parametro generale dell'art. 2 Cost.

Tale posizione è stata successivamente ribadita (sent. n. 170 del 2014) così confermandosi l'originaria chiusura verso l'ipotesi di un'estensione alle unioni omosessuali della tutela apprestata dall'art. 29 Cost.. Il percorso argomentativo seguito nella circostanza riprende, per grandi linee, l'impostazione espressa nella nota sent. n. 138/2010, in cui evocando la volontà del Costituente storico, la Corte aveva precisato come la sfera materiale di tutela dell'art. 29 Cost. fosse circoscritta alla famiglia fondata sul matrimonio, insuscettibile di estensione in via interpretativa anche ad unioni affettive tra persone dello stesso sesso. Né soluzioni diverse apparivano praticabili attraverso operazioni esegetiche del parametro costituzionale in questione.

⁵ Cfr., tra le tante, Corte cost., sent. n. 30/83, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 91.

⁶ Così, Corte cost., sent. n. 45/80, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 323 ss.

L'esegesi costituzionale –a detta della Corte- non può giungere fino ad “incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche *non considerati in alcun modo quando fu emanata*”. Ogni soluzione interpretativa mirata a far rientrare tali coppie sotto la copertura dell'art. 29 Cost. non avrebbe potuto intendersi come una “semplice rilettura del sistema” o come abbandono di “una mera prassi interpretativa” ma realizzava nella sostanza una vera e propria “interpretazione creativa”⁷, come tale inammissibile in quanto illegittima. L’“obbligo” per l'interprete della Costituzione⁸ di “attualizzare” la volontà normativa del Costituente⁹ implica il ricorso ad un metodo che assuma a punto di partenza essenziale e inderogabile la volontà storica del Costituente. Tale volontà non è quella che emerge dal solo testo della Costituzione, in contrapposizione alla mera *intentio* del Costituente (*Wille des Verfassungsgeber*) ma si tratta di una volontà storica che, non immediatamente rivelata nella chiarezza del testo costituzionale, deve essere ricostruita facendo precipuo riferimento all'esame dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente. L'art. 2 Cost.¹⁰, ad ogni modo, legittimando l'aspirazione a “vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge- il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”¹¹ è la base di legittimazione di una disciplina legislativa mirata ad individuare forme di garanzia e di tutela delle unioni omosessuali, comunque diverse e alternative all'istituto matrimoniale.

Nella citata sent. 170/2014, la disciplina dichiarata incostituzionale, che sanciva l'automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio in conseguenza della rettificazione di sesso da parte di uno dei due coniuge, avvenuta peraltro con il consenso dell'altro coniuge¹², risolveva il conflitto tra

⁷ Corte cost., sent. n. 170/14 che richiama il precedente (sent. n. 138/2010).

⁸ “...tramite un'operazione intellettuale nella quale la definizione astratta è (ri)plasmata nel momento stesso in cui la situazione concreta le viene commisurata ed in essa si inserisce”:M. Luciani, *Ibidem*.

⁹ Sull'importanza del riferimento alla volontà del Costituente, cfr. tra gli altri M. Luciani, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, p. 1 ss., part. P. 16.

¹⁰,... in quanto forme stabili di “convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”: Corte cost., sent. n. 138/2010.

¹¹ Corte cost., sent. n. 170/14 che richiama il precedente (sent. n. 138/2010).

¹² La sentenza muove dalla peculiare vicenda di una coppia sposata, di cui un coniuge, con il consenso dell'altro, aveva cambiato sesso. In seguito alla sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso, si era proceduto alla variazione corrispondente dell'atto di nascita. Peraltro, a margine di quest'ultimo e degli atti di matrimonio era stata riportata l'annotazione relativa alla «cessazione degli effetti del vincolo civile del [loro] matrimonio», ex art. 4 l. n. 164/82. Le parti, tuttavia, avevano presentato istanza al giudice per ottenere la cancellazione dell'annotazione relativa alla «cessazione degli effetti del

l'interesse dello Stato a mantenere inalterato il modello eterosessuale del matrimonio; e quello della coppia a non subire un pregiudizio dall'esercizio della libertà di scelta sessuale, nel senso di una tutela esclusiva a favore del primo con sacrificio integrale della "dimensione giuridica del pregresso rapporto" che la coppia avrebbe voluto, invece, mantenere in vita¹³. Tuttavia, la censura di incostituzionalità non avrebbe potuto condurre ad una decisione di tipo manipolativo, capace di sortire l'effetto di sostituire senz'altro al divorzio automatico un divorzio a domanda di parte, in quanto un tale effetto avrebbe determinato l'inclusione della nuova unione (omosessuale) nella sfera materiale di tutela dell'art. 29 Cost., in violazione della volontà del Costituente¹⁴.

Così, nonostante la duttilità semantica di tale prescrizione, riconosciuta dalla Corte costituzionale¹⁵, l'ipotesi di un potere del legislatore ordinario di disporre l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali era definitivamente battuta in breccia. A queste ultime, pertanto, non avrebbero potuto riconoscersi, in questo modo, il complesso dei diritti e doveri che tale istituto imputa, di norma, ai coniugi.

4. L'orientamento dei giudici europei.

Il diritto al matrimonio viene modellato dalla Corte EDU secondo risvolti in parte originali e differenti rispetto alla normativa nazionale, più strettamente connessi all'evoluzione del contesto sociale. Come diritto individuale "appartenente al patrimonio giuridico costitutivo ed irretrattabile" di ogni singolo in quanto persona umana, espressione del più generale diritto all'autodeterminazione, tale diritto non può essere dal legislatore nazionale limitato fino al punto da minarne l'essenza. Ogni soluzione che implichi un divieto assoluto di contrarre matrimonio (com'è, nell'ordinamento giuridico statale, per le coppie omosessuali) deve essere sottoposta, pertanto, ad un

vincolo civile del [loro] matrimonio», apposta dallo stato civile in conseguenza della sentenza relativa al cambiamento di sesso.

¹³ Corte cost., sent. n. 170/2014, Punto 5.6. del "Considerato in diritto".

¹⁴ Resta dunque rimesso al (solo) legislatore il compito di ovviare alla censurata sproporzione, procedendo ad un adeguamento della disciplina generale che fornisca, alla coppia la quale *ex lege* e contro la propria volontà ha perso tuttavia lo stato coniugale e, con esso, le garanzie ivi connesse, di beneficiare di una qualche tutela giuridica, secondo forme in ogni caso alternative e diverse dal matrimonio: Corte cost., sent. n. 170/2014, Punto 5.6. del "Considerato in diritto".

¹⁵ "...è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi": Corte cost., sent. n. 170/14.

scrutinio di proporzionalità in senso stretto, al fine di verificarne la ragionevolezza *-id est*, la necessità- in relazione alla tutela di diritti e valori concorrenti. Tale linea argomentativa trova un riferimento specifico nel combinato disposto degli artt. 9 e 12 della Convenzione EDU fondandosi essenzialmente sulla portata generica del concetto di “relazioni familiari”, comprensive di ogni forma di stabile convivenza sociale senza specifico riguardo alla natura –etero- o omosessuale- dell’unione, il quale sostituisce quello, costituzionalmente tipizzato, di famiglia. In base ad essa, la previsione di un divieto assoluto di contrarre matrimonio può giustificarsi unicamente allorquando l’istanza di tutela di interessi concorrenti non possa essere assecondata attraverso un’altra soluzione adeguata. In tal senso, appare stridente il contrasto con il dettato costituzionale interno e con la linea tuziorista intrapresa, al riguardo, dal giudice costituzionale nazionale, così adombrandosi un limite all’obbligo di osservanza, da parte del legislatore nazionale, del diritto internazionale, ex art. 117 c. 1. Cost. *.

L’orientamento dei giudici di Strasburgo favorevole ad un’estensione dei diritti familiari anche alle unioni omosessuali traluce già dalla nota sentenza E.B. c/ Francia, decisa dalla Grande Camera nel gennaio del 2008¹⁶, riguardante, in generale, il divieto di trattamenti discriminatori in ragione dell’orientamento sessuale. Nella circostanza, veniva ribadita la struttura intrinseca flessibile del concetto di *vita privata e familiare* (art. 8 Convenzione EDU) nel cui ambito materiale di tutela si fa rientrare tanto il diritto “di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani” quanto il “diritto allo sviluppo della propria personalità” e quello ad autodeterminarsi¹⁷. Inoltre, la nozione di vita privata include elementi come il nome, l’identità sessuale, l’orientamento sessuale e la vita sessuale, insieme al diritto al rispetto della decisione di avere figli o di non averne. Nel noto caso *Schalk e Kopf c/ Austria*)¹⁸ i giudici europei hanno precisato come la Convenzione EDU non pone alcun ostacolo alla possibilità di un’estensione dell’istituto matrimoniale anche a coppie omosessuali in quanto l’art. 12 sancisce un diritto generalizzato a contrarre matrimonio ed a fondare una famiglia, senza riferimenti al genere sessuale dei singoli componenti l’unione. La disciplina di siffatto diritto, ad ogni modo, è rimessa alle scelte

¹⁶ Nello specifico, si trattava del ricorso contro il rigetto di un’istanza di adozione formulata da una cittadina francese dichiaratasi omosessuale: Corte EDU, Grande Camera, sent. del 22.01.2008 (Ricorso 43546/02).

¹⁷ Si veda, tra le tante, sent. della Corte Europea dei diritti dell’Uomo del 3 novembre 2011 - Grande Camera - Ricorso 57813/00 - S.H.e altri c. Austria.

¹⁸ Corte EDU, sent. 24.6.2010 (Ricorso 30141/04) *Schalk e Kopf c/ Austria*. Nello specifico, i ricorrenti –due cittadini austriaci dello stesso sesso la cui richiesta di matrimonio era stata rigettata dalle autorità nazionali competenti sul presupposto che l’art. 44 del c.c. vigente richiedesse, quale requisito per contrarre matrimonio, la natura eterosessuale della coppia di nubendi- denunciavano una violazione degli artt. 8, 12 e 14 della Convenzione.

discrezionali dei singole legislazioni nazionali che possono introdurre limitazioni e condizioni all'esercizio di tali diritti, purché adeguatamente motivate e comunque non aventi –di regola- come esito la sostanziale impossibilità di godimento dei diritti suddetti¹⁹. Del resto, secondo la stessa Corte EDU²⁰, il riferimento al genere recato dall'art. 12 della Convenzione EDU non può più interpretarsi con riguardo soltanto a connotazioni di tipo biologico, in ragione del fatto che la fisionomia del nucleo familiare è andata nel tempo progressivamente rimodellandosi. E' verosimile ritenere che in futuro, il diritto al matrimonio sancito nella Convenzione possa adattarsi alle circostanze concrete, fino ad interessare anche le unioni omosessuali²¹.

Tale prospettazione è mitigata dalla precisazione, da parte dello stesso giudice europeo, che il matrimonio è un istituto profondamente radicato nel tessuto etico e culturale di una comunità, così che la sua regolamentazione resta in ogni caso rimessa alla discrezionalità del singolo legislatore nazionale²². Tuttavia, essa adombra una potenzialità di adattamento dell'istituto alle condizioni reali del tempo rafforzata dall'inclusione della relazione sentimentale e sessuale tra individui dello stesso sesso nella sfera di garanzia di cui al citato art. 8 Convenzione EDU come forma di "vita familiare", quale delinea anche la giurisprudenza e la legislazione dei paesi membri. Peraltro, parrebbe del tutto contraddittorio ricomprendere in tale concetto le coppie eterosessuali conviventi *more uxorio* (*Elsholz c. Germania, Keegan c. Irlanda*) e non anche quelle formate da persone dello stesso sesso.

L'autonomia del concetto di vita familiare rispetto a quello di famiglia in senso tradizionale, come unione di persone eterosessuali fondata sul matrimonio è portata a termine dai giudici di Strasburgo attraverso il riconoscimento della capacità delle unioni omosessuali di creare una relazione stabile e duratura, assumendo una natura affine, per questo aspetto, alle unioni familiari eterosessuali. Come queste ultime, anche le prime beneficiano in modo pieno del godimento del diritto al rispetto della vita familiare evidenziando una condizione di fatto sostanzialmente affine, con riguardo alla necessità di tutela e

¹⁹ Corte EDU, sent. 24.6.2010 Schalk e Kopf c/ Austria, cit..

²⁰ La Corte di Strasburgo, in particolare, ritiene di poter derivare alcuni (nuovi) principi generali dalla giurisprudenza più recente in materia di estensione del diritto a contrarre matrimonio per i transessuali (*Parry c/ Regno Unito*).

²¹ Ad ogni modo, rileva la Corte come tale interpretazione permissiva non legittimi una norma impositiva di un obbligo positivo verso gli Stati membri, traducibile nella necessità di adottare una normativa nazionale in questo senso. I giudici di Strasburgo, infatti, sottolineano come il matrimonio costituisca un istituto giuridico profondamente e intimamente legato al retroterra sociale e culturale di una comunità, che vale a differenziarla dalle altre.

²² Così, la Corte ritenne nella circostanza che la scelta del legislatore austriaco non fosse censurabile ai sensi dell'art. 12 della Convenzione.

di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico nazionale, alla famiglia in senso costituzionale. Sugli Stati membri grava l'obbligo di tutelare queste nuove tipologie di formazioni familiari senza discriminare in considerazione dell'orientamento sessuale²³. Ciò non implica la giuridica necessità di prevedere un regime omologo per le fattispecie in questione sussistendo, tra le stesse, elementi di differenziazione in ordine a profili non marginali della vita di coppia. Il trattamento differenziato deve essere proporzionato, in ogni caso, al fine perseguito, sorretto da un chiaro interesse nazionale e, come detto, deve atteggiarsi ad unico strumento per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, in assenza di strumenti alternativi (proporzionalità in senso stretto).

Sul versante della giurisprudenza comunitaria si segnalano gli sforzi intesi ad eliminare ogni discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Così, in una sentenza del dicembre 2013 la Corte UE ha previsto l'estensione anche alle unioni omosessuali del diritto al godimento del congedo per matrimonio che la gge nazionale prevede per le (sole) coppie eterosessuali. Nello specifico trattavasi del caso di un dipendente che aveva siglato un patto civile di solidarietà, secondo le norme dell'ordinamento di origine, con persona del medesimo sesso, non essendo all'epoca prevista la possibilità per tali unioni di ricorrere all'istituto matrimoniale²⁴. Nella circostanza, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che alla coppia avrebbero dovuto riconoscersi "i medesimi benefici" accordati dalla legge nazionale a chi avesse contratto matrimonio²⁵. Più di recente²⁶, la condizione di omosessuale perseguitato nel paese di origine è stata ritenuta in grado di legittimare la richiesta di asilo politico, seppure tale status richiede la messa in campo di criteri rigorosi per valutare la effettiva condizione del richiedente asilo politico²⁷. Nell'occasione, la

²³ Stante l'applicabilità dell'articolo 8 al caso concreto, la Corte valuta poi se vi sia stata una discriminazione del diritto al godimento e al rispetto della vita familiare, basato sull'orientamento sessuale dei ricorrenti, da parte delle autorità austriache.

²⁴ Come è noto, solo nel maggio del 2013 l'ordinamento francese ha introdotto la possibilità del ricorso al matrimonio anche per coppie dello stesso sesso.

²⁵ Il contratto collettivo del *Crédit Agricole Mutuel*, presso cui il ricorrente prestava servizio, accordava ai lavoratori che si fossero sposati il beneficio di alcuni giorni di congedo straordinario, insieme ad un premio stipendiale. Il dipendente ricorrente, invece, non aveva potuto beneficiare di tale licenza, né tanto meno del suddetto premio stipendiale, in quanto aveva concluso un PACS mentre –si sosteneva- a termini del contratto collettivo, tali benefici sarebbero spettati unicamente in conseguenza del matrimonio.

²⁶ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, Sent. 2 dicembre 2014, Cause riunite C-148/13:C-149/13; C-150/13.

²⁷ Il ricorso alla Corte UE era stato avanzato da cittadini, rispettivamente, della Sierra Leone, dell'Uganda e del Senegal che richiedevano lo status di "rifugiati" sul presupposto di una loro persecuzione, nei rispettivi stati d'origine, in ragione dell'orientamento sessuale. La Corte adita ha riconosciuto che in tali paesi gli atti omosessuali configuravano

Corte UE ha sostenuto che alle autorità spetta di verificare se le circostanze accertate possano integrare o meno una minaccia tale da far fondatamente temere all'interessato, "alla luce della sua situazione individuale", di essere effettivamente oggetto di atti persecutori. In particolare, l'apprezzamento dell'entità del rischio deve essere fondata unicamente sull'esame concreto dei fatti e delle circostanze conformemente alle disposizioni comunitarie di riferimento. Così che la sola esistenza di una legislazione che qualifichi come reato gli atti omosessuali non può far ritenere di per sé sussistente la condizione di persecuzione, ai sensi della Convenzione di Ginevra, ma è necessario il raggiungimento di un particolare livello di gravità della violazione stessa.

5. *Il paradigma comparatistico: il modello del Lebenspartnerschaftsgesetz e la sua configurazione nella giurisprudenza costituzionale tedesca.*

La tutela costituzionale riconosciuta alla famiglia ex art. 29 Cost. presenta affinità con quella riconosciuta dall'art. 6 *Grundgesetz* alle coppie sposate (v. *supra*). In entrambi gli ordinamenti all'istituto familiare è riconosciuto un ruolo indefettibile di conservazione della società e dello Stato che gli sviluppi dell'esperienza sembrano avere progressivamente limitato o annullato²⁸. Il legislatore federale tedesco, peraltro, a differenza di quello italiano è giunto nel 2001 - anche attraverso il pungolo della giurisprudenza costituzionale- ad adottare una regolamentazione generale delle unioni omosessuali (*Lebenspartnerschaftsgesetz*), successivamente sottoposta a modificazioni ed integrazioni, anch' esse ispirate da un indirizzo senz' altro aperturista del *Bundesverfassungsgericht*. Tale tribunale, pur formalmente negando l'esigenza costituzionale di una assoluta parificazione tra la famiglia fondata sul matrimonio (art. 6 Abs. 1 GG) e le unioni omosessuali, ha finito per limitare progressivamente il raggio dei trattamenti discriminatori fondati sulla particolare tutela concessa all'istituto della famiglia matrimoniale²⁹ dal Costituente.

In tema di adozione, ad es., la legge in parola sancisce l'impossibilità dell'adozione comune da parte dei conviventi omosessuali, seppure l'adozione da parte di ciascuno di essi richiede necessariamente il consenso dell'altro partner (§ 9 Abs. 6 LPartG). Nondimeno, essa consente l'adozione, da parte del partner, del figlio biologico del suo compagno (*Stiefkindadoption*: §9 Abs. 7 LPartG). Peraltro con una decisione del 2009³⁰, lo stesso Tribunale costituzionale federale aveva specificato come il diritto genitoriale si procura anche sulla base

ipotesi di reato puniti con pene molto severe (da una pesante sanzione pecuniaria fino alla pena dell'ergastolo).

²⁸ In tal senso, v. ancora G. Ferrando, *Il diritto di famiglia oggi*, cit., p. 40.

²⁹ BVerfGE, 73, 242 ss.

³⁰ BVerfGE, Beschluss v. 10.8.2009, 1 BvL 15/09.

di una comunità di responsabilità sociale-familiare, così che in materia non è dato riscontrare senz'altro un primato della genitorialità biologica su quello giuridica o socio-familiare. Quindi (decisione del 13 febbraio 2013)³¹ arrivò anche ad ammettere l'adozione successiva del figlio del partner. Il *Bundesverfassungsgericht*, in particolare, rilevò una vulnerazione del principio di uguaglianza nella previsione che impediva al partner l'adozione del bambino che l'altro partner aveva in precedenza adottato -una siffatta adozione successiva veniva ammessa, invece, per le coppie sposate- mentre si consentiva l'adozione da parte del partner omosessuale del figlio biologico dell'altro/a convivente. L'art. 6, comma 2, 1' alinea GG non esclude -secondo il giudice- la possibilità delle coppie omosessuali di diventare genitori in quanto il diritto fondamentale alla genitorialità mira precipuamente all'interesse del bambino. In esso non si fa espressa menzione delle parole "madre" o "padre" ma si riferisce unicamente ai "genitori" senza specificazione sessuale, così che siffatto status non deve riconoscersi ai genitori intesi nel senso di coppia eterosessuale, ma a ciascun genitore *ex sé*. Vero che i genitori omosessuali non sono rientrati nella prospettiva del Costituente, ma tale prospettiva, nell'evoluzione del contesto sociale, è da ritenersi superata.

In definitiva, il diritto fondamentale alla famiglia copre anche la comunità composta dalla coppia omosessuale e dal figlio, quando quest'ultima sia stata costituita in modo duraturo e viva come una formazione sociale completa. La stessa, pertanto, può bene intendersi per il *Bundesverfassungsgericht* come una famiglia dal punto di vista del diritto costituzionale. Né a tanto può opporsi il riferimento esclusivo, recato dall'art. 6, comma 1, GG alla famiglia fondata sul matrimonio. Ciò che acquisisce rilievo, a tal fine, non è tanto il fatto che i genitori siano sposati o meno poiché la tutela familiare comprende anche le famiglie non sposate tra cui può senz'altro includersi la coppia omosessuale che vive stabilmente con un figlio in una relazione effettivamente di natura filiale.

L'orientamento del giudice costituzionale mirato all'abbattimento di ogni ingiustificata discriminazione nel trattamento giuridico delle coppie omosessuali rispetto, invece, alle unioni familiari non si limita al profilo dell'adozione. Con una sentenza del 2010 (21.7.) il giudice costituzionale dichiarò incompatibile con l'art. 3 GG il trattamento differenziato previsto dalla legge in materia di imposte sulla successione ereditaria e sulla donazione (*Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz*), mentre con un'altra quasi coeva decisione (2.7.2010)³² fu negata ogni violazione del fondamentale diritto alla genitorialità di cui all'art. 6, comma 2 GGe nel rifiuto della pretesa avanzata dalla compagna di una donna, con il cui consenso quest'ultima aveva

³¹ BVerfGE, Urteil v. 19.2.2013, 1 BvL 1/11 und BvR 3247/09.

³² BVerfGE, Beschluss v. 02.7.2010, 1 BvR 666/10.

proceduto all'inseminazione artificiale di tipo eterologo, ad essere registrata nel documento di nascita del bambino come "altro genitore" o "compagna di vita della madre" o "madre giuridica" del bambino. Nella specie, si affermò che titolari di tale diritto potevano essere unicamente i genitori biologici o giuridici del neonato, non il partner di vita che, invece, non era genitore biologico e, al momento della decisione, ancora non aveva provveduto all'adozione del bambino. Non fu rilevata, dal giudice, alcuna vulnerazione del diritto fondamentale di cui all'art. 6, Abs. 1, Fall 2, GG, che ha riguardo alla famiglia "come comunità di genitori e figli" e che non era toccato dal suddetto rifiuto di registrazione. Il fatto che la connotazione omosessuale dell'unione non deve escludere l'ambito di tutela personale del diritto fondamentale in questione, implica che tale rifiuto "non tocca il rapporto familiare del partner omosessuale con il bambino".

Con riguardo, poi, alla disciplina del cd. *Ehegattensplitting* (§§ 26, 26b e 32a Abs. 5 EstG), il Tribunale costituzionale federale ha censurato la disparità di trattamento tra coppie sposate e unioni omosessuali³³, dopo l'approvazione della legge sul divieto di discriminazione delle coppie omosessuali³⁴. Il parametro di riferimento è stato ancora una volta è stato configurato nell'art. 3, comma 1, GG, e la discriminazione ricondotta al fatto che a tali unioni, diversamente che alle coppie coniugate, non era consentito di scegliere il sistema di tassazione comune e, dunque, l'utilizzo delle tariffe di *Splitting*. Quest'ultima decisione ha lasciato registrare anche apprezzamenti contrari, non soltanto all'interno dello stesso Collegio giudicante³⁵, da parte di chi criticando la portata obiettiva del principio di uguaglianza³⁶, ha ribadito la congruità della peculiare tutela riservata dalla stessa Costituzione alla famiglia fondata sul matrimonio³⁷.

³³ BVerfGE, Urteil v. 07.5.2013, 2 BvR 909/06 - 2 BvR 1981/06 - 2 BvR 288/07.

³⁴ Legge sulla fine della discriminazione delle comunità omosessuali (*Lebenspartnerschaftsgesetz* - LPartG) del 16. Febbraio 2001 (BGBl I S. 266), con entrata in vigore dal 1. Agosto 2001.

³⁵ V. in proposito, le opinioni dissenzienti espresse dai giudici Landau e Kessal-Wulf.

³⁶ „Das Urteil über Gleichheit oder Diskriminierung ist immer eine Abstraktion von gegebener Ungleichheit nach *weltanschaulich vorgeprägten* (corsivo dell'A.: n.d.r.) Kriterien": B. Ruethers, *Die heimliche Revolution - Vom Rechtsstaat zum Richterrecht*, Tuebingen, 2014, p. 116.

³⁷ B. Ruethers, *Die heimliche Revolution - Vom Rechtsstaat zum Richterrecht*, cit., p. 115 ss.. In generale, per una visione comparatistica relativa alla regolamentazioni delle unioni omosessuali (in particolare con riferimento all'ordinamento francese), v. anche A. Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sent. n. 138 del 2010: quali prospettive?* (Quaderni del dipartimento di Scienze Giuridiche "Alberico da Rosciate" – Facoltà di Giurisprudenza – Università di Bergamo), in www.academiaedu.it.

6. La Cassazione e le formazioni familiari omosessuali.

L'indirizzo seguito dai giudici europei e dalla Corte tedesca trova un ulteriore avallo nella giurisprudenza della Cassazione incline al riconoscimento di una tutela delle nuove forme di vita affettiva comune. Quest'ultima ha incluso nella categoria del "consorzio familiare" anche formazioni sociali, come le famiglie di fatto, basate sull'*affectio* quotidiana, come tale –a differenza del rapporto coniugale- sempre revocabile, assicurando al riguardo garanzie connesse ad uno *status* qualificato di convivenza³⁸. Per ciò che in particolare riguarda le unioni omosessuali, l'inclinazione ad una ragionevole uniformazione dei trattamenti giuridici rileva a partire dalla sent. n. 601 del 2013³⁹, con cui fu esclusa la ragionevolezza di una differenziazione tra le prime e le coppie coniugate ed in materia di adozioni in quanto fondata su premesse discriminatorie apodittiche⁴⁰, non supportate da certezze scientifiche o dati di esperienza⁴¹. Tale decisione segue di poco la sent. n. 4184/2012⁴² con cui sono state poste le basi di un indirizzo che, senza disconoscere rilievo all'antica tradizione giuridica del matrimonio come relazione stabile tra persone di sesso diverso, consolida le garanzie di tutela delle unioni omosessuali.

La Cassazione ha condiviso l'assunto della Corte costituzionale secondo cui "il diritto fondamentale a contrarre matrimonio" non è dalla Costituzione italiana "riconosciuto a persone dello stesso sesso" ed, anzi, la diversità di sesso tra nubendi rappresenta un "postulato "implicito"" a fondamento di tale istituto. Nondimeno, il giudice della nomofilachia ha valorizzato, di quella

³⁸ Cass. civ. (sez. II), 15 settembre 2014, n. 19423. Nella circostanza, è stato sostenuto che nonostante i caratteri differenziali sussistenti tra la famiglia di fatto e quella fondata sul matrimonio "il rapporto del soggetto con la casa destinata ad abitazione comune, ma di proprietà dell'altro convivente, non si fonda su un titolo giuridicamente irrilevante quale l'ospitalità bensì assume i connotati tipici di una detenzione qualificata che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare".

³⁹ Vedila in www.federalismi.it.

⁴⁰ La prima sezione civile ha rigettato l'istanza presentata dal padre del bambino, un uomo di religione musulmana, contro la sentenza con cui la Corte d'appello di Brescia aveva stabilito che il figlio minore vivesse con la madre, ex tossicodipendente, che era andata a convivere con una delle educatrici conosciuta in una comunità di recupero. La decisione dei giudici di Brescia era stata adottata in seguito ad un episodio di violenza del padre (alla presenza del bambino) contro la convivente dell'ormai ex-compagna. L'uomo era ricorso in Cassazione lamentando la carenza motivazionale della decisione di merito sull'"idoneità sotto il profilo educativo" della famiglia in cui il minore era stato inserito, "composta da due donne legate da una relazione omosessuale".

⁴¹ "il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale" –aveva sostenuto la Cassazione- viene a dare per scontato "ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino".

⁴² In www.federalismi.it.

linea giurisprudenziale, soprattutto l'assunto relativo al diritto della «coppia omosessuale», “derivante *immediatamente* (corsivo mio: n.d.r.) dall'art. 2 Cost.”, di chiedere «a tutela di specifiche situazioni» ed in relazione ad ipotesi particolari, un «trattamento omogeneo» a quello assicurato dalla legge alla «coppia coniugata»⁴³. Così, ha ribadito l'esigenza di sottoporre ad uno stretto scrutinio di ragionevolezza le differenze di trattamento tra queste ultime e le tutele riconosciute, invece, alla famiglia fondata sul matrimonio.

Nell'ordinanza di rimessione della questione di incostituzionalità, decisa poi con la citata sent. n. 170/2014, il giudice della nomofilachia ha argomentato in maniera più netta ed articolata circa i vizi della normativa impugnata (art. 4, l. n. 164/82 poi abrogata dall'art. 36 del surrichiamato d.lgs. n. 150 del 2011)⁴⁴ alla luce del sistema costituzionale dei diritti, quale integrato anche dalle previsioni recate dalla Convenzione EDU. Di tale sistema fa parte anche il “diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo”, il “diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale”; il “diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto alle altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio” e, in fine, il diritto del coniuge di scegliere se continuare o meno la relazione coniugale esistente. Al riguardo, il giudice remittente ha fatto espresso riferimento, tra l'altro, alla struttura generica della prescrizione di cui all'art. 29 Cost., oltre che alla portata non decisiva che il carattere dell'eterosessualità va assumendo nella qualificazione giuridica delle relazioni di coppia e, così, nella titolarità dei diritti corrispondenti (es., adozione)⁴⁵. Esso rileva come anche le unioni

⁴³ Corte di Cass., sent. n. 4184/2012, punto 3.2. delle motivazioni (pp.43/44).

⁴⁴ Corte Cass. ord. 214/2013 del 06/6/2013, pubbl. su G. U. del 16.10.2013, n. 42. La controversia, come ben si spiega nell'ordinanza, ha origine dall'annotazione avvenuta sui registri dello stato civile e degli atti di matrimonio, insieme alla rettificazione di sesso con riferimento ad uno dei due coniugi, anche della «cessazione degli effetti civili» del matrimonio contratto in precedenza, pure in assenza di una pronuncia giudiziale sul punto. Da qui, la richiesta al Tribunale, avanzata dalle parti, di rettificazione dell'annotazione per quest'ultima parte, in quanto per questa parte mancante di un previo accertamento giudiziale. La Cassazione, a propria volta, ha ritenuto non potersi accertare il corretto esercizio della funzione amministrativa svolta dall'ufficiale di stato civile senza aver prima chiarito l'efficacia della sentenza di rettificazione di sesso su di un precedente matrimonio regolarmente celebrato.

⁴⁵ Con riguardo al caso di specie, in particolare, rilevava un'assoluta sproporzione degli esiti prodotti sul piano della tutela giuridica corrispondente, in seguito all'esercizio di un diritto inviolabile da parte di uno dei partners del rapporto coniugale, che è quello all'autodeterminazione in materia sessuale. Il divorzio imposto *ex lege* dallo Stato, in conseguenza di tale esercizio, veniva a privare infatti la coppia (non più giuridicamente coniugata) di ogni forma di tutela e garanzia giuridica connessa alla medesima relazione

“fondate su una stabile e continuativa *affectio*” ancorché non riconducibili al modello dell’istituto matrimoniale, ricevano comunque “una copertura costituzionale diretta, oltre che dall’art. 2 Cost., dall’art. 8 della CEDU (...)” che non si limita unicamente alla “libertá di vivere la propria condizione di coppia ovvero di non nascondere le scelte riguardanti la sfera emotiva individuale” ma comprende il “riconoscimento della situazione oggettiva della stabile convivenza e dei diritti conseguenti alla creazione ed al consolidamento di questa formazione sociale costituzionalmente e convenzionalmente garantita. Nell’endiadi «diritto alla vita privata e familiare», di cui al citato art. 8 CEDU, l’attenzione, dopo il consolidamento dei diritti individuali, è rivolta alle conseguenze relazionali delle scelte personali e private, ovvero alla dimensione «familiare» di tali scelte, nell’accezione che a tale attributo ha inteso conferire la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo e che è sostanzialmente coincidente con il contenuto delle «formazioni sociali» cui si riferisce l’art. 2 della Costituzione”. Ciò che sembra emergere come rilevante ai fini dell’attribuzione alle unioni omosessuali di un riconoscimento e di un trattamento giuridico tendenzialmente omogeneo rispetto a quello di cui gode la famiglia ex art. 29 Cost. è, essenzialmente, l’esigenza di una tutela del principio di autodeterminazione e di responsabilità quali cardini della vita affettiva di relazione, tradotti nella condizione di stabilità e continuità di quest’ultima.

Tale ricostruzione, in sostanziale coerenza con l’indirizzo di giurisprudenza costituzionale, viene poi confermata in una recente decisione, in cui la Cassazione nega l’ipotesi di una violazione dei parametri costituzionali integrati della dignità umana e dell’uguaglianza in ragione della mancata estensione all’unione omosessuale dell’istituto matrimoniale, ribadendo nondimeno, la garanzia di una copertura offerta a quest’ultima dall’art. 2 Cost., in quanto comunità “idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”⁴⁶.

affettiva fino ad allora, invece, ricadente nella sfera della tutela apprestata dal vincolo matrimoniale. La rilevanza di tali punti rendevano, pertanto, non incongrua la sottoposizione della previsione del divorzio automatico sancito nella disciplina impugnata al vaglio del giudice costituzionale. In particolare, la irragionevole sproporzione tra l’esercizio del diritto all’autodeterminazione in materia sessuale e le sue conseguenze nella sfera relazionale intersoggettiva, le quali venivano autoritativamente determinate dallo Stato senza alcuna considerazione della volontà delle parti interessate. Peraltro si sottolinea come “la sfera dei diritti complessivamente connessi alla rettificazione di sesso ed al fenomeno del transessualismo” risulti “del tutto peculiare e non omologabile od equiparabile alla condizione delle coppie dello stesso sesso che richiedono a vario titolo il riconoscimento delle proprie relazioni stabili”.

⁴⁶ Cass. civ.(Sez. I), 09-02-2015, n. 2400. In particolare, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, a tale unione spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente

Le argomentazioni esposte, rispettivamente, dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione convergono nel riconoscere in generale l'inconferenza del dato biologico –la natura etero- o omosessuale della coppia- come causa di (ragionevole) giustificazione della disparità di trattamento tra i diversi tipi di unioni. Pur nella diversità dell'approccio esegetico entrambi tali giudici tendono ad assecondare l'esortazione proveniente anche dall'ideale "dialogo" con le Corti europee e le Corti costituzionali di altri Paesi europei ad un'omologazione dei trattamenti giuridici riservati, rispettivamente, alle coppie coniugate ed alle unioni omosessuali. Ciò, nella consapevolezza di un sostanziale rimodellamento del concetto di famiglia, di cui arretra la connotazione istituzionale a favore di un assetto fondato precipuamente sui parametri della libertà e della responsabilità⁴⁷.

Per il giudice delle leggi, in particolare, il grimaldello attraverso cui scardinare la legislazione discriminatoria è rappresentato, essenzialmente, dagli artt. 2 e 3 Cost. (oltre che nella previsione delle fonti internazionali, di cui si è detto: v. *supra*) mentre l'art. 29 Cost. resta fuori della griglia dei parametri di giudizio, in ragione della sua esclusiva attinenza alla famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio. Ciò porta, conseguentemente, ad escludere dalla sfera materiale della relativa disposizione costituzionale ogni relazione di vita familiare che non manifesti i caratteri da quest'ultima presunti come indispensabili. In quest'ordine di idee, nessun paradigma potrebbe costituire per l'ordinamento italiano la soluzione austriaca, che rimette al legislatore ordinario la decisione circa l'estensione o meno dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali. Per la Cassazione, invece, il distacco assiologico tra il concetto di famiglia ex art. 29 Cost. e quello, più comprensivo, di vita familiare, che investe anche "altri legami "familiari" di fatto", ricadenti sotto la copertura dell'art. 8 della Convenzione EDU, potrebbe portare ad un'estensione dell'istituto del matrimonio alle unioni omosessuali. Il descritto orientamento trova conferma anche in successivi pronunciamenti dello stesso giudice che, al riguardo, valorizzano il diritto ad una libera espressione dell'identità sessuale quale forma essenziale di sviluppo della personalità individuale che rientra perciò, nelle sue componenti fondamentali,

una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Ma, come sancito già dalla Corte costituzionale, deve escludersi che un tale riconoscimento, nella forma di una regolamentazione di carattere generale dei diritti e doveri dei componenti della coppia) si realizzi unicamente attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio.

⁴⁷ In senso conforme, v. soprattutto G. Ferrando, *Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in Pol. dir., 2008, p. 1 ss., part. p. 39 ss.

della “condotta, dell’inclinazione ... e della comunicazione”, entro la sfera di garanzia dell’art. 2 Cost.⁴⁸.

7. Il diritto alla genitorialità come completamento della vita familiare.

Il tema dei diritti di famiglia comprende senz’ altro quello, più specifico, relativo al riconoscimento di un diritto fondamentale alla genitorialità quale espressione della generale libertà di autodeterminazione, di cui al combinato disposto degli artt. 2 e 13 Cost., ricadente nella sfera materiale della tutela accordata, in generale, alla vita familiare. In quanto condizione di pieno sviluppo della persona, il diritto alla genitorialità viene in rilievo, per un verso, come potenziale base di legittimazione di una pretesa giuridica individuale a diventare genitori; per altro verso, esso viene a commisurarsi all’interesse superiore del nascituro a realizzare nel miglior modo possibile la sua condizione di vita familiare.

Anche con riguardo a tale diritto, il dibattito dottrinale lascia registrare un confronto vivace tra le differenti posizioni che ne delineano condizioni e modi di esercizio. Il diritto a diventare genitori se può ritenersi senz’ altro integrato nella sfera materiale di tutela apprestata dall’art. 29 Cost., in sintonia del resto con l’idea di famiglia delineata nel *Codex iuris canonici* del 1917⁴⁹, assume tuttavia connotazioni autonome, che ne estendono l’efficacia anche all’interno delle formazioni sociali di natura familiare, quando ciò non realizzi un contrasto con altri diritti e/o valori concorrenti. Le disposizioni costituzionali che, oltre la previsione generale dell’art. 2 Cost., vengono a prefigurarle (artt. 30 e 31 Cost.) sembrano delineare, nel richiamo espresso ai diritti e doveri dei genitori, un parallelismo tra la condizione dello *status* genitoriale e la tutela della famiglia⁵⁰. Resta, però, non chiaramente delineata la sfera materiale di tutela che siffatto diritto ricomprende, in particolare chi ne risulti titolare e quali pretese giuridiche soggettive possano in esso trovare un legittimo fondamento. In particolare, resta controverso se tale diritto includa la

⁴⁸ Cassazione civile sez. III, sent. 7 luglio 2014 - 22 gennaio 2015 n. 1126. Nello specifico, i giudici hanno ritenuto „gravemente offensivo” la condotta della P.A. che, a seguito della dichiarazione di omosessualità, hanno esonerato il dichiarante dalla prestazione del servizio militare notificandole il provvedimento di revisione della patente di guida unitamente alla predisposizione di un nuovo esame di idoneità psico-fisica, conseguente alla comunicazione che l’ospedale militare aveva fatto sulla base delle suddette dichiarazioni.

⁴⁹ “matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis”: canone 1013, par. 1.

⁵⁰ Così, la disciplina riguardante la tutela giuridica dei figli (art. 30, c. 2., C.) e gli incentivi economici alla formazione della famiglia ruotano, intorno al paradigma fondamentale della famiglia ex art. 29 C., a cui l’ordinamento ha inteso assicurare una particolare protezione e garanzia nel contesto del pluralismo sociale .

pretesa (del singolo o della coppia) a ricorrere a tecniche di fecondazione medicalmente assistita al fine di realizzare l'aspettativa di genitorialità sottostante il dettato costituzionale. In proposito, la Corte costituzionale dopo aver sanzionato l'inammissibilità di proposte referendarie aventi ad oggetto la disciplina legislativa della fecondazione medicalmente assistita (sent. n. 45/05), è parsa intraprendere una linea di ottimizzazione del diritto alla genitorialità con la decisione (sent. 162 del 2014)⁵¹, che ha censurato come illegittimo il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo, sancito nella stessa legge n. 40/2004. Di tale giudicato, peraltro, costituisce un utile riferimento l'assunto della I sezione della Corte EDU (caso *SH e altri c/ Austria*)⁵², secondo cui il "diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo" rientra a pieno titolo nella sfera di applicazione dell'art. 8 CEDU, come espressione di una libertà di scelta inerente alla sfera della "vita privata e familiare". Al riguardo, le preoccupazioni fondate "su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale" di un figlio nato con siffatta tecnica procreativa non erano considerate da quei giudici ragioni in sé stesse sufficienti per legittimare un divieto assoluto "di una specifica tecnica di procreazione artificiale come la donazione di ovuli"⁵³,

⁵¹ Tra i vari commenti alla decisione, cfr. da ultimo M. Trapani, *Dicotomie tra scienza e diritto e tra discrezionalità e ragionevolezza alla luce delle maglie strette della dignità umana (a margine della sentenza 162 del 2014 della Corte costituzionale)*, in *Consulta on-line*, 1/2015.

⁵² Corte EDU, Prima Sezione, sent. del 01.4.2010, *SH e altri c/ Austria* (Ricorso n. 57813/00). Come è noto, oggetto dell'impugnazione da parte dei ricorrenti era stata la legge austriaca in materia di fecondazione medicalmente assistita (*Fortpflanzungsmedizingesetz* del 1992) la quale ammetteva unicamente la PMA di tipo omologo, con l'utilizzo di ovuli e sperma dei coniugi o di persone che vivono una relazione simile al matrimonio (*Lebensgefährten*) (par.3.1). Solo in circostanze eccezionali, la legge consentiva l'utilizzo dello sperma di un donatore per una fecondazione *in vivo*, introducendolo negli organi riproduttivi di una donna (par.3.2). La legge, dunque, vietava la fecondazione *in vitro* di tipo eterologo. Interpellata in merito alla costituzionalità di tale legge, la Corte austriaca aveva respinto il ricorso sul presupposto che la legge in questione realizzava un ragionevole bilanciamento di interessi costituzionali contrapposti, quali, la dignità umana, il diritto alla procreazione ed il benessere dei bambini. Così, era stato previsto, come tratto principale della disciplina legislative, che solo i metodi di fecondazione omologa – come l'uso di ovuli e sperma degli stessi coniugi o conviventi – risultavano permessi. L'uso della fecondazione *in vitro*, opposta alla procreazione naturale, sollevava –secondo la stessa Corte costituzionale- gravi questioni rispetto al benessere dei bambini così concepiti, alla loro salute ed ai loro diritti, oltre a toccare valori etici e morali della società. Inoltre essa avrebbe implicato il rischio di commercializzazione e di riproduzione selettiva (*Zuchtauswahl*). In definitiva, il legislatore non aveva superato il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri nello stabilire la possibilità dei metodi di fecondazione omologa quale regole di inseminazione, mentre la donazione di sperma figurava ammessa quale eccezione.

⁵³ "Tali ragioni potrebbero essere particolarmente rilevanti nel momento in cui si decide se permettere o no la procreazione artificiale in generale, e la Corte sottolinea che non c'è un

anche al fine di evitare trattamenti normativi ingiustificatamente discriminatori, che violassero il disposto dell'art. 14 della Convenzione EDU⁵⁴. Per risultare proporzionato, il divieto assoluto di alcune tecniche procreative avrebbe dovuto costituire l'unica soluzione possibile, per il legislatore, al fine di "prevenire efficacemente gravi ripercussioni". Così, si concludeva per l'irragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore, non configurandosi tale divieto come l'unico mezzo a sua disposizione per soddisfare gli interessi concorrenti; difettava, inoltre, la sussistenza di un rapporto di proporzionalità "tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende perseguire". I giudici della I sezione, peraltro, non mancarono di riconoscere allo stato un ampio margine di discrezionalità nella regolamentazione della materia, in considerazione della mancanza di un approccio uniforme da parte degli ordinamenti statali aderenti alla Convenzione. Ad ogni modo, una volta deciso di consentire la procreazione artificiale la sua disciplina normativa il legislatore nazionale deve corrispondere ad un principio di coerenza, in grado di considerare in modo adeguato "ed in conformità con gli obblighi discendenti dalla Convenzione" il complesso degli interessi soggettivi coinvolti. In merito a potenziali pregiudizi connessi all'impiego delle nuove tecniche di PMA, il Collegio aveva ancora una volta rinviato alle competenze del legislatore, cui sarebbe spettato come "primo compito" di procedere all'accertamento di tali rischi "dopo aver attentamente soppesato i diversi interessi pubblici e privati coinvolti e i pericoli che dovrebbero essere fronteggiati". In particolare, fu rintuzzata l'obiezione relativa al rischio di "relazioni familiari inconsuete" conseguenti, ad es., all'esistenza di una divergenza tra la madre biologica e quella genetica del bambino, da cui avrebbero potuto anche scaturire delle liti, affermandosi che il richiamo a tali relazioni non fosse idoneo *ex sé* a legittimare la previsione del divieto assoluto sancito dalla legge. La Corte apprezzò, in ogni caso, l'intento del legislatore austriaco di far sì che la procreazione medicalmente assistita avesse luogo in maniera simile a quella naturale (salvo "il principio generale del diritto privato – *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant*"). La conclusione del Governo contraria ad una liceità della donazione di ovuli e di sperma per la fecondazione *in vitro* muoveva, poi, dall'assunto del grave pregiudizio che il difetto di informazione circa l'identità biologica del bambino -dato che la sua reale discendenza non è rivelata nelle anagrafi- avrebbe recato allo sviluppo della personalità di quest'ultimo. A tanto, la Corte oppose la non assolutezza

obbligo per uno Stato di emanare una normativa del genere né un obbligo di permettere la procreazione artificiale".

⁵⁴ "La Corte ricorda che, agli effetti dell'articolo 14, una differenza di trattamento è discriminatoria se non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se non persegue uno "scopo legittimo" o se non c'è una "ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare".

di tale diritto, per quanto riconducibile alla sfera di tutela garantita dal rispetto per la vita privata. Il legislatore avrebbe, così, dovuto comporre nei termini di un ragionevole bilanciamento l'interesse all'anonimato dei donatori "ed i legittimi interessi nell'ottenere informazioni di un bambino concepito attraverso la procreazione artificiale con ovuli o sperma donato".

La differenza di trattamento tra una coppia che, per avere un bambino può solo ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione *in vitro* e quella, invece, che può legalmente ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione *in vivo*, non era apparsa, in conclusione, a tale Corte dotata di giustificazione oggettiva e ragionevole, mostrandosi in contrasto con i diritti connessi al combinato disposto degli art. 8 e 14 della Convenzione EDU.

La decisione della I sezione, come è noto, è stata riformata dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU⁵⁵ che ha fatto leva, essenzialmente, sulla carenza di un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa circa l'importanza degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli, cosa che rende il margine di apprezzamento discrezionale a disposizione di ogni stato più ampio, fino a comprendere la decisione di legiferare in materia nonché i contenuti della disciplina eventualmente apprestata, la cui adeguatezza può essere oggetto di sindacato da parte del giudice europeo. Nella specie, la Grande Camera ha riconosciuto che l'esercizio di detto margine di discrezionalità a disposizione del legislatore non integrava una violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU, il quale non implica, per lo Stato, un assoluto divieto di ingerenza quando sussistano (anche) obblighi positivi, tali da giustificare l'adozione di misure idonee ad assicurare il rispetto della vita privata e familiare nella sfera dei rapporti degli individui tra di loro. La Grande Camera ha evidenziato, peraltro, come le preoccupazioni basate su considerazioni di ordine morale non possono costituire la ragione esclusiva di giustificazione del divieto assoluto di una tecnica specifica di procreazione artificiale, quale la donazione di ovuli. La rapida evoluzione del progresso medico-scientifico in materia determina, peraltro, una generale difficoltà a stabilire una base stabile alla cui stregua valutare necessità e adeguatezza delle misure legislative adottate, le cui conseguenze potrebbero divenire ovvie soltanto dopo un lasso di tempo considerevole. Nella circostanza, i giudici hanno concluso che il legislatore austriaco aveva proceduto con la dovuta cautela nello stabilire un equilibrio tra gli opposti interessi e non aveva violato l'art. 8 della Convenzione né con la previsione del divieto di donazione di ovuli ai fini della PMA, né, ancora, con la sanzione il divieto di donazione di sperma per la fecondazione *in vitro*, ex art. 3 della disciplina in esame.

⁵⁵ Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo del 3 novembre 2011 - Grande Camera - Ricorso 57813/00 - S.H.e altri c. Austria.

Ponendosi nel solco argomentativo tracciato dalla decisione della I sezione della Corte europea, nondimeno, la Corte costituzionale italiana ha censurato l'illegittimità del divieto assoluto di PMA di tipo eterologo (art. 3, l. n. 40/2004) in quanto lesivo del diritto alla genitorialità⁵⁶. Sottoposta ad uno scrutinio di proporzionalità in senso stretto, la previsione è parsa recare una irragionevole "negazione assoluta" del diritto di una coppia "a realizzare la genitorialità", a formare una "famiglia con figli", con correlativa "incidenza sul diritto alla salute" a danno di quelle coppie "affette da patologie più gravi", in contrasto con la stessa *ratio* della legge n. 40/2014. Tale previsione, tenuto conto della praticabilità della tecnica incriminata in altri Paesi europei, realizza una ingiustificata disparità di trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia "in base alla capacità economica delle stesse", consentendosi soltanto alle più ricche di praticare il cd. "turismo procreativo" al fine di provare ad assecondare l'aspirazione alla genitorialità.

La Corte ha rigettato tutte le obiezioni formulate dalla difesa erariale, a partire da quella relativa ai rischi che l'impiego di tale tecnica avrebbe comportato per la salute degli interessati. Tale tecnica, si è replicato, non genera rischi particolari alla salute e, anzi, previene quei rischi alla salute psichica connessi all'eventuale frustrazione di ogni aspettativa alla genitorialità, costituzionalmente tutelata, di coppie che non possono realizzarla in modo diverso dal ricorso alla tecnica fecondazione eterologa. Quest'ultima, inoltre, risulta in linea con l'orientamento dell'ordinamento statale favorevole alla realizzazione di un progetto di famiglia con figli, come dimostra anche la normativa in materia di adozione⁵⁷. In quanto concerne i soggetti legittimati la Corte osserva che la normativa vigente in materia di PMA di tipo omologo può senz'altro rendersi applicabile anche a quella di tipo eterologo, così che può escludersi in principio "un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici". Sono state rigettate le obiezioni fondate sulla posizione giuridica e sui diritti del nato in seguito a tale tecnica, dal "rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale", alla violazione del diritto alla conoscenza della propria identità genetica⁵⁸, in quanto non attinenti propriamente alla questione di legittimità costituzionale

⁵⁶ Nel contesto delle valutazioni operate, la Corte costituzionale ha sottolineato anche la natura recente del divieto in questione, sottolineando come l'impiego della PMA di tipo eterologo fosse risalente ad un tempo precedente all'entrata in vigore della legge n. 40/04.

⁵⁷ ...la quale pertanto viene ad evidenziare il valore marginale che, a tale riguardo, ha assunto il requisito della "provenienza genetica" dei figli.

⁵⁸ Inoltre, secondo l'Avvocatura dello Stato, l'accoglimento delle censure prospettate avrebbe determinato di conseguenza l'apertura di "incolmabili «vuoti normativi» in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile, venendo in rilievo «una questione politica e di tecnica legislativa di competenza del *conditor iuris*», che porrebbe esclusivamente «scelte di opportunità», come tali riservate all'apprezzamento discrezionale del legislatore.

della PMA di tipo eterologo ma alla fase successiva alla nascita. Alcune di tali obiezioni, poi, trovavano già all'interno dell'ordinamento giuridico statale un'adequata soluzione normativa, come accade, ad es., oltre che per i soggetti legittimati al ricorso, relativamente ai casi in cui è utilizzabile tale tecnica, o, ancora, in relazione allo *status* giuridico dei figli nati da fecondazione eterologa. Avuto riguardo alla questione relativa al pregiudizio derivante a questi ultimi alla conoscenza della propria identità biologica, la Corte costituzionale ha ribadito il sostanziale superamento del dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici "quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, c. 5, l. n. 184/83)".

L'orientamento espresso nelle argomentazioni a base della sent. n. 162/14 non manca, però, di sollevare alcuni dubbi in quanto concerne la sfera di determinazione dei soggetti legittimati non meno che in relazione allo scrutinio di proporzionalità in senso stretto praticato dalla Corte costituzionale. Con riguardo al primo profilo, tutt'altro che pacifica si mostra la esclusione dal beneficio del ricorso alle tecniche di PMA eterologa delle unioni omosessuali che la citata l. n. 40/04 (art. 5) statuisce espressamente in merito alla PMA di tipo omologo. Il fatto che tale ricorso si configura come funzionale alla realizzazione del diritto fondamentale alla genitorialità, inteso come espressione della libertà di autodeterminarsi e condizione per un pieno sviluppo della personalità, rende poco giustificabile, alla stregua del principio costituzionale di eguaglianza, tale esclusione. Ciò, tanto più se si tiene conto che la giurisprudenza (di merito e di legittimità) ha, come si è visto, abbattuto ogni pregiudiziale impedimento alla possibilità di adozione da parte di partners omosessuali, in ciò evocando in qualche modo le suggestioni offerte al riguardo dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, prima, dalla legislazione federale di quello stato, poi. Va aggiunto come la stessa Corte costituzionale abbia sancito, in un passaggio argomentativo saliente della più volte citata sent. n. 162/14, il superamento del figurino familiare fondato sulla genitorialità biologica, a favore di un altro, incardinato –come si è detto- sul principio di autonomia e responsabilità.

D'altro verso, il ricorso allo scrutinio di proporzionalità in senso stretto se restringe sensibilmente la legittimità della previsione di un divieto assoluto (nella specie, di impiego di una tecnica specifica di procreazione assistita) sembra comprimere, corrispondentemente, la valutazione politica relativa alla determinazione della sfera materiale di tutela del diritto alla genitorialità. La dichiarata esclusione dalla stessa di alcuni aspetti, come il profilo relativo all'identità biologica o alla parentela "atipica" del nascituro, appare frutto di un apprezzamento discrezionale del giudice che si giustappone a quello dell'organo di decisione politica. Il bilanciamento tra interessi concorrenti operato da quest'ultimo viene censurato dalla Corte costituzionale come

sproporzionato secondo una rappresentazione apparsa, invero, troppo sbilanciata a favore della scelta di genitorialità. In questo cammino di assecondamento dell'imperativo di ottimizzazione intrapreso dal giudice delle leggi appare, allora, non del tutto condivisibile la suddetta esclusione delle coppie omosessuali dalla facoltà di ricorso alla tecnica procreativa in questione che è anche l'unica, per queste ultime, in grado di favorirne l'aspirazione alla genitorialità.

Ma il percorso intrapreso dal giudice delle leggi spinge a chiedersi, in ultima analisi, se la portata regolatrice dell'art. 29 Cost. non risulti realmente svuotata di significato. La relazione in termini di specialità di tale previsione rispetto alla più generale tutela del pluralismo sociale (ex art. 2 Cost.) non sembra corrispondere più, sul piano pratico, a quella consistenza di tipo istituzionale conferita dal Costituente storico alla famiglia e, anzi, viene ormai quasi ignorata a vantaggio di un'istanza di uniformità delle discipline ancorata, sul piano del diritto interno, al parametro costituzionale dell'uguaglianza, sul piano del diritto convenzionale, alla protezione e tutela della vita familiare, spettante anche alle unioni omosessuali. Non può sottacersi, tuttavia, il fatto che al parametro dell'uguaglianza sia connessa, in ultima analisi, una discrezionalità nell'apprezzamento, da parte del giudice, della natura discriminatoria o meno del trattamento differenziato previsto dalla legge⁵⁹ attraverso, in particolare, una scelta dei criteri di apprezzamento che il giudice compie all'atto della decisione. In tale processo di rimodellamento dei diritti di famiglia, un ulteriore punto problematico è dato dalla relazione intercorrente tra il concetto costituzionale di famiglia e quello di vita familiare a cui fa riferimento la Convenzione EDU. La distinzione appare, invero, priva di senso effettivo se si tiene conto della sistema degli elementi identificativi della relazione familiare (legame affettivo, stabilità dell'unione, responsabilità, etc.), a prescindere da ogni considerazione circa la ormai declinata valenza istituzionale riconosciuta alla famiglia ex art. 29 Cost.. L'ordinamento del diritto di famiglia assume questi elementi, insieme a quello della responsabilità coniugale e genitoriale, come tratti specifici dell'unione familiare. Sul piano del diritto costituzionale, il concetto di vita familiare, escluso dalla garanzia del citato art. 29 Cost., rimane assorbito nel contesto della generale tutela del pluralismo sociale prevista dall'art. 2 Cost.

Nella sovrapposizione mai troppo perspicua di diritti riconosciuti, tuttavia attraverso differenti ancoramenti normativi, alla famiglia -in senso costituzionale- ed alle unioni (anche omosessuali) di vita familiare, l'affermazione progressiva dei principi di autodeterminazione, responsabilità

⁵⁹ Con riguardo all'ordinamento tedesco, cfr. In particolare C. Gröpl, Y. Georg, *Die Begriffe "Eltern" und "Familie" in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus methodischer und verfassungstheoretischer Sicht*, in *AöR*, 139 (2014), p. 125 ss., part. p. 131 ss..

ed uguaglianza sembra in grado di legittimare soluzioni innovative anche per ciò che concerne titolarità e condizioni di esercizio del diritto alla genitorialità. In tal senso, tanto la disciplina della Convenzione EDU che i sopra citati riferimenti costituzionali (artt. 2, 30, 31 Cost.) rappresentano una congrua base, sul piano giuridico-positivo, per assecondare un'estensione di tale diritto ad ogni forma di vita familiare. Un'eventuale determinazione in tal senso del legislatore ordinario non parrebbe, dunque, incorrere senz'altro in una censura di incostituzionalità. Ad ogni modo, la tutela della libertà di autodeterminazione in materia funge da adeguato presidio costituzionale contro politiche legislative discriminatorie nei confronti delle unioni omosessuali in quanto realtà familiari "di secondo grado".

In definitiva, la tutela di tale libertà anche all'interno di tali unioni omosessuali tradurrebbe ad effetto un'aspettativa non soltanto convenzionale (art. 8 CEDU) ma riconducibile, in ultima analisi, alla stessa disciplina costituzionale, trattandosi, come detto, di un esercizio strumentale alla realizzazione dell'istanza personalista.

8. Conclusioni.

Una conclusione piuttosto pacifica sembra affiorare dall'analisi intrecciata del dato normativo interno ed europeo, oltre che degli indirizzi di giurisprudenza, nazionale ed europea, riguardante i cd. diritti di famiglia. Il quadro complessivo di tali diritti si presenta, infatti, magmatico e destinato a (ri)comporsi in ragione, soprattutto, delle questioni specifiche che possono venire all'esame dei giudici.

Un primo dato certo attiene tuttavia al modello tipizzato di famiglia (art. 29 Cost.) che la Costituzione sancisce, rispetto al quale ogni altra forma di unione affettiva, per quanto stabile e fondata sul principio di responsabilità, si presenta come un *quid alii*, una sorta di acconciamento che solo in una semantica non giuridica (o non costituzionale) può appellarsi come "famiglia". Rispetto a tale paradigma, allora, unioni di fatto ed unioni omosessuali si configurano senz'altro come formazioni sociali, beneficiarie dunque della copertura generale assicurata loro dall'art. 2 Cost. La Convenzione EDU, nella testuale affermazione di una tutela della "vita privata e familiare" (art. 8) ha riguardo, invece, ad un assetto relazionale omnicomprensivo, in cui si fa convergere ogni forma di unione basata sugli elementi classici dell'*affectio* e della stabilità. Alla famiglia, in particolare, la Convenzione (art. 12) sembra fare riferimento come un diritto individuale parallelo e/o complementare a quello di sposarsi, in ogni caso facendosi rinvio, in materia, alla regolamentazione predisposta in materia dai singoli ordinamenti nazionali.

Si profila, tra la famiglia in senso costituzionale e la vita familiare in senso convenzionale una relazione di specie a genere⁶⁰ che, tuttavia, non lascia *ex sé* dedurre ragionevolmente limiti obiettivi alla legittimità di trattamenti differenziatori tra la prima e le unioni omosessuali. Particolarmente problematica, per quanto sin qui si è venuto dicendo, è la preclusione alle unioni omosessuali del ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, ciò, sia alla luce della disciplina convenzionale *de qua* in quanto tale preclusione non parrebbe in sintonia con il canone del rispetto della vita familiare, soprattutto non parrebbe sostenibile alla stregua dei presupposti che la stessa disposizione convenzionale (art. 8, comma 2), stabilisce come giustificativi di un'ingerenza del potere pubblico nell'esercizio del diritto all'autonomia in questa materia. Ma la legittimità di un tale limite risulta poco argomentabile anche in considerazione della garanzia offerta dall'art. 2 Cost. al pieno sviluppo della personalità individuale ed all'autodeterminazione in campo familiare, oltre che, naturalmente, dal presidio posto dall'art. 32 Cost. alla tutela della salute.

Nel sindacato condotto sulla disciplina della PMA di tipo eterologo il richiamo al parametro della proporzionalità in senso stretto, messo in campo dalla Corte costituzionale sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo, in verità convince poco. La tracciatura di una linea di confine, in base a siffatto parametro, tra questioni che ineriscono la sfera materiale del diritto alla genitorialità e questioni, invece, che ne restano fuori, rilevando solo in una fase successiva alla pratica della tecnica fecondativa appare, in verità, frutto di un'espressione sostanzialmente discrezionale di giudizio, non impermeabile alla percezione soggettiva di un caso concreto. Peraltro, la sanzione di un sostanziale superamento del concetto di genitorialità in senso biologico, oltre a rappresentare per certi versi un argomento a favore di una ragionevole estensione della legittimità del ricorso anche delle unioni omosessuali alle pratiche di fecondazione eterologa, si rivela poco valorizzata in alcune decisioni di segno piuttosto contrario della giurisprudenza di merito⁶¹.

Nel complesso, l'analisi compiuta lascia emergere un quadro normativo e giurisprudenziale piuttosto incerto e frastagliato, in cui la tenuta del figurino costituzionale della famiglia eterosessuale è sostenuta dal giudice delle leggi⁶², quantunque incalzato da una giurisprudenza, nazionale ed europea, decisamente indirizzata su crinali diversi, di apertura verso le nuove

⁶⁰ Sulla posizione di privilegio che l'art. 29 Cost. riconosce alla famiglia fondata sul matrimonio nell'ordinamento, quantunque ciò non conduca ad una certa unanimità di vedute sui caratteri costituzionalmente rilevanti del matrimonio, v. ancora F. Caggia, A. Zoppini, *Sub Art. 29 Cost.*, cit., p. 608.

⁶¹ Cfr. Trib. Ord. Brescia II sez. Pen. Sent. 26.11.2013; Tribunale civ. E penale di Milano (Proc. N. 17628/12 R.G.N.R – Proc. N. 3615/13 R.G.G.I.P.) dell'8 aprile 2014.

⁶² Cfr. Anche F. Donati, *La famiglia nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, p. 1 ss..

esperienze sociali di unioni affettive. D' altro canto, la frammentazione delle tutele apprestate alle varie formazioni familiari e, soprattutto, l'esclusione di queste ultima dalla sfera materiale della garanzia apprestata dall'art. 29 Cost. alla famiglia fondata sul matrimonio, poggia su un'esegesi normativa piuttosto tralatzia, arroccata al rispetto della volontà del Costituente storico e trincerata dietro il vincolo, in verità ancora poco perspicuo, del divieto di una rilettura "creativa" del testo costituzionale. La sensazione è che il confronto e/o la giustapposizione dei diritti inerenti le diverse fattispecie di relazioni familiari sveli il crinale di una obsolescenza della disposizione costituzionale in parola, conseguenza, forse, del declino dell'istituzione matrimoniale come vincolo esclusivo di costruzione di una vita familiare oggetto di attenzione e garanzie da parte dell'ordinamento giuridico statale. In altre parole, l'imputazione dei diritti fondamentali sembra ormai prescindere dalla necessaria sussistenza del vincolo matrimoniale e connettersi ad un più generale riconoscimento giuridico-formale che l'art. 2 Cost. già è in grado di offrire alle unioni familiari omosessuali. Inoltre, attraverso gli ordini di esecuzione le norme convenzionali –come si è avuto modo di dire- sono già "parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano e devono essere interpretate in senso "convenzionalmente conforme".

In questo contesto, le aperture della giurisprudenza europea e, per altro verso, quelle della Cassazione possono leggersi come una suggestiva intrapresa verso una progressiva omologazione dei trattamenti giuridici spettanti ai componenti di tali unioni. L'orientamento del giudice costituzionale non configura una base di sostegno della legittimità di trattamenti discriminatori ingiustificati ma incoraggia il legislatore a procedere quanto prima ad una generale regolamentazione della comunione di vita omosessuale. In assenza dell'auspicato intervento parlamentare vale l'ombrello garantista apprestato dalle norme convenzionali, oltre che dagli artt. 2 e 3 Cost.

Occorre chiedersi, a quel punto, se a fronte di un innegabile rimodellamento dell'ordinamento in materia di diritti della famiglia e/o connessi alla vita familiare, non sia opportuno un intervento riformatore del legislatore costituzionale che, sulla scorta della disciplina convenzionale, proceda ad una uniformazione delle tutele relative alle diverse forme di unione familiare. Al momento, sembra mancare del tutto una volontà politica in tal senso.