

Famiglia e Costituzione : le nuove sfide del pluralismo delle morali

di Michela Manetti *

1. Valori nazionali da difendere ?

Dopo la prima fase di acerrime controversie, cui ha fatto seguito un periodo di relativa tranquillità, la disciplina costituzionale della famiglia è tornata da qualche tempo alla ribalta. L'evoluzione/ involuzione delle forme di vita familiare si è fatta più rapida e convulsa, tanto per effetto della endemica "liquidità" cui soggiacciono oggi tutte le strutture sociali, quanto per la spinta contraddittoria dei modelli portati dalla comunicazione e dalla migrazione globale.

Tra gli stimoli che provengono dall'esterno si può collocare la Carta di Nizza (o meglio la Carta proclamata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha riveduto ed aggiornato la prima), che grazie all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha acquisito la speciale protezione dell'art. 11 Cost. I rinvii contenuti nel Trattato e nella Carta sembrano a loro volta suscettibili di modificare ulteriormente la posizione della C.E.D.U. (già "promossa" dalla Corte Costituzionale a norma interposta)¹ : l'astratta possibilità di mantenere distinti gli ambiti di efficacia delle due Carte non toglie infatti che *nella sostanza* il giudizio sulla costituzionalità del diritto CEDU, in quanto fatto proprio dall'Unione, debba tenere in conto la superiore posizione assicurata a quest'ultimo dall'art. 11 Cost., con il solo limite dei principi supremi.

In questo frangente acquista rilievo l'atteggiamento di una parte della dottrina, la quale segnala con preoccupazione la divergenza tra il modello di famiglia che sarebbe accolto nella Costituzione e il modello che invece emergerebbe dalle indicate fonti convenzionali e comunitarie².

Come risulta dalle riflessioni relative a vari aspetti tanto del diritto CEDU (con riguardo all'eguale rispetto della vita familiare da tributare ai figli nati fuori del matrimonio, da un lato, e alle persone omosessuali, dall'altro³) quanto del diritto comunitario (specialmente con riguardo ai diritti di sposarsi e di formare una famiglia garantiti dalla Carta di Nizza, al diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini comunitari ed extracomunitari, nonché all'uniformazione del diritto

* Questo saggio è destinato agli Scritti in onore di Alessandro Pace

1

Art. 6, n. 1 del vigente Trattato sull'Unione ; art. 52 n. 3 della Carta di Nizza.

2

Sui "costi" che i singoli ordinamenti costituzionali dovranno pagare per la maggiore integrazione europea v. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea Appunti preliminari*, in *Giur. cost.* 2001, 202 ss. ; sulle possibili antinomie in materia di famiglia ID., *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà civili e politiche in Italia*, in *Dir. pubbl.* 2001, 16 s., dove si sottolineano i limiti che ex art. 30 comma 3 la Costituzione impone alla tutela dei figli nati fuori del matrimonio.

3

V. l'art. 8 della CEDU, in combinato disposto con l'art. 14, riguardo al divieto di discriminazioni sulla base delle origini e dell'orientamento sessuale, nell'interpretazione elaborata dalla Corte di Strasburgo.

internazionale privato della famiglia⁴) la Costituzione italiana viene sempre più spesso richiamata non per sottolineare la sua maggiore portata garantistica dei diritti e delle libertà individuali⁵, ma al contrario per porre un argine all'espansione incontrollata di queste ultime⁶.

In definitiva, la disciplina costituzionale della famiglia e del matrimonio sembra suscettibile di sollecitare un *affrontement* in materia di diritti fondamentali tra la Costituzione italiana, da un lato, e le Carte dei diritti, cui essa pure schiude l'applicazione, dall'altro. Appare pertanto indispensabile verificare se tale disciplina assurga ad espressione di un'identità nazionale da difendere nel mondo delle relazioni familiari globalizzate : contribuendo con ciò a chiarire i termini del dibattito multilivello che si sta svolgendo intorno al tema in esame, e che sembra ancora lontano da approdi consolidati.

2. Valore dei *mores* e autonomia della famiglia.

E' a tutti noto come la disciplina racchiusa negli artt. 29 ss. Cost. sia stata oggetto di opposte interpretazioni. Da una parte, l'art. 29 Cost. è stato considerato contraddittorio e irrisolto⁷, sia in quanto definisce la famiglia come "società naturale", predisponendo al contempo a suo fondamento l'istituzione giuridica del matrimonio, sia in quanto riconosce i "diritti della famiglia" come tale, giustapponendoli ai diritti inviolabili garantiti al singolo componente della famiglia dalla formulazione riassuntiva dell'art. 2 Cost.

In senso avverso e opposto, si è ritenuto che l'art. 29 Cost. rappresenti un disposto chiaro e coerente, in virtù del rinvio a nozioni di diritto naturale e/o di costume sociale storicamente

4

V. rispettivamente : l'art. 9 della Carta di Nizza, in combinato disposto con l'esplicito divieto di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale disposto dall'art. 12 ; le direttive 2004/38 e 2003/86 CE ; il regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (c.d. Bruxelles II), attualmente oggetto delle modifiche contenute nella proposta di regolamento c.d. Bruxelles II-bis, in vista della più ampia realizzazione dello spazio giudiziario europeo.

5

A. PACE, *op. ult. cit.*, 10 ss.

6

Sottolineano il pericolo di lesione dei principi nazionali in materia di famiglia, ad es., S. M. CARBONE, I. QUEIROLO, *Unione europea e diritto di famiglia : la progressiva invasione degli spazi riservati alla sovranità statale*, 11 ss., in IID. (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Giappichelli 2008, 11 ss. Riconosce la maggiore ampiezza dell'"ordine pubblico europeo", ma manifesta l'esigenza di trovare un equilibrio tra il valore della famiglia e il *favor divortii* contemplato nella disciplina comunitaria, R. BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. int. dir. priv. proc.* 2005, 573 ss. Esprime invece scetticismo sulla capacità del legislatore comunitario di intaccare modelli culturali radicati N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia* 2006, 5 ss.

7

Così, citando le affermazioni di Piero Calamandrei alla Costituente, C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Barbera, Firenze, 1950, 294 s. ; da ultimo R. BIN, *La famiglia : alla radice di un ossimoro*, in *Studium juris* 2000, 1068.

consolidato. Questa dottrina, che intende attribuire valore giuridicamente vincolante alla visione della famiglia fatta propria dalla religione cattolica, in quanto condivisa dalla collettività nazionale, interpreta “società naturale” e “matrimonio” come un’endiadi inscindibile, cui il legislatore non sempre avrebbe prestato ossequio⁸.

Al riguardo va ribadito che l’approccio giusnaturalistico non può essere preso in considerazione, per il semplice e risolutivo motivo che non esiste un diritto naturale universalmente condiviso⁹. Il pluralismo che caratterizza le società contemporanee, e che è garantito dalla nostra Costituzione, si rifrange invero anche su questo terreno, rendendo discusso e discutibile, dal punto di vista normativo, qualsiasi assunto giusnaturalistico. La stessa nozione di dignità umana, formulata nel secondo dopoguerra per dare garanzia giuridica al *quid* ritenuto comune a tutti gli esseri della nostra specie, pur avendo acquisito un indiscusso ambito di applicazione, stenta a proiettarsi in nuovi e più ampi territori, soffrendo della plurivocità di significati che la mettono direttamente a confronto con il valore dell’autonomia individuale¹⁰.

In ogni caso, non è ammissibile presupporre che una Costituzione abbia sposato una determinata religione o ideologia, a meno che l’adesione non sia dichiarata¹¹. Nel nostro caso ciò sarebbe in contrasto con il pluralismo ideologico dal quale la Costituzione italiana è nata, e al quale ha (di conseguenza) deciso di prestare fede.

3

8

Nel contrapporre la disciplina costituzionale della famiglia a ciò che viene considerato l’individualismo esasperato delle Carte dei diritti, propone una lettura “revisionista”, secondo la quale la riforma del diritto di famiglia costituirebbe non l’attuazione della Costituzione, ma il suo tradimento E. LAMARQUE, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, III, Giuffrè, Milano, 2006, 2419 s.

9

Cfr. R. GRÖSCHNER, *Artikel 6*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, n. 96, 800 ss. Il riferimento della Legge fondamentale alla “natura” in *subiecta materia* deve pertanto intendersi, secondo l’Autore, come rinvio alla “struttura di vita concreta” (*lebensweltliche Struktur*) della comunità familiare. La consapevolezza del mancato consenso sul significato del diritto naturale è più immediata, in questa dottrina, anche a causa delle differenti visioni del matrimonio fatte proprie dalla religione cattolica e da quella evangelica, entrambe diffuse in Germania (*ivi*, 757).

Per la diversa situazione del nostro Paese v. G. ZAGREBELSKY, *Stato e Chiesa*, Ed. L’Espresso, Roma 2007, 161 ss. ; C. PINELLI, *Gli appelli alla natura e le prospettive del diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl.* 2008, 703 ss.

10

D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value, Part I*, in *Public Law* 1999, 682 ss. ; M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Jovene Napoli 2009, 1060 ss. Sulle antinomie legate all’applicazione del valore della dignità v. anche l’analisi di C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ (a cura di), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, Paris 2005.

11

Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassung, Kultur, Gottesklauseln*, in questi *Scritti*, p. ss.

Più complesso è il problema suscitato dal rinvio al costume consolidato, che sarebbe implicito nell'espressione "società naturale" e che si riflette oggettivamente in una nozione satura di storia qual è "matrimonio". Tale rinvio non può tuttavia significare che questa nozione venga per ciò stesso pietrificata, e debba quindi essere considerata immutabile. Come è stato sottolineato, se il testo fosse mantenuto nel suo significato originario (secondo la dottrina dell'*original intent* rinverdità in ambiente statunitense) il patto fondativo non potrebbe essere veramente rispettato, poiché perderebbe la sua capacità di condizionare una realtà inevitabilmente cangiante. La maggiore stabilità che deve caratterizzare l'interpretazione della Costituzione, come pure il peculiare rilievo che in essa assume la *voluntas* dell'autore, debbono invero riferirsi non alle disposizioni in quanto tali, ma al valore o al principio che esse appaiono idonee a manifestare, in modo che la realtà rimanga subordinata all'orientamento che il Costituente intese imprimerle¹².

In materia di famiglia ciò è tanto più vero per due ordini di motivi, resi espliciti dal testo costituzionale.

In primo luogo, risulta evidente che i Costituenti non intesero affatto riferirsi al matrimonio così come esso era tradizionalmente concepito e regolato : al contrario, ne mutarono radicalmente le fondamenta, basandolo sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ; e ne mutarono altresì il valore nei confronti della prole legittima, stabilendo il principio di eguaglianza dei figli naturali rispetto a quelli legittimi. Pur apponendo limiti all'applicazione di tali principi¹³, la disciplina costituzionale si oppose consapevolmente alla morale tradizionale e alla disciplina codicistica, che quella sanciva e conservava, promuovendo un cambiamento a dir poco epocale nella vita delle persone e nel costume sociale.

In questo senso, lo spirito della nostra Costituzione appare completamente diverso da quello di Weimar, dove si volle conservare, tramite la garanzia di istituto, l'assetto familiare incarnato nel codice civile borghese, ad evitare la prevalenza di ideologie contrarie alla famiglia ; codice civile che a sua volta era stato in precedenza rifiutato dalla scuola storica, come espressione di giusnaturalismo razionalista, alieno dalla storia e dal costume del popolo tedesco¹⁴.

Il richiamo alla consuetudine del popolo italiano fatto valere da autorevole dottrina¹⁵ come contenuto della nozione costituzionale di matrimonio non appare pertanto del tutto persuasivo : il carattere indubbiamente rivoluzionario¹⁶ della disciplina contestualmente fissata dagli artt. 29 e 30

12

V. ora al riguardo l'esauritiva ricostruzione di M. LUCIANI, *L'interpretazione costituzionale di fronte al rapporto fatto-valore*, in *Dir. soc.* 2009, 22 ss.

13

V. *infra*, par. 8.

¹⁴ Nella nota concezione di v. Savigny il *Rechtsinstitut* era la manifestazione del diritto prodotto dalla nazione tedesca secondo i dettami della fede cristiana, ed era in quanto tale vincolante per il legislatore ; questa idea veniva recepita dall'art. 119 della Costituzione di Weimar, che secondo le parole di Anschütz rappresentava "l'esplicita negazione delle dottrine comuniste" in materia di famiglia. Al riguardo v. da ultimo U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003.

15

A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.* 2007, 651 ss. Così anche Corte cost., sentenza n. 64 del 1961 : "la qualifica di naturale ha certamente implicito il richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto di famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo".

16

Cost. lascia intendere che la sua *ratio* non è la conservazione del passato (e neppure la sua negazione), ma la sua riconsiderazione alla luce di principi nuovi.

Sommando il riconoscimento operato nei confronti del diritto della donna a far valere la propria personalità pur all'interno della compagine coniugale, da un lato, con il riconoscimento del diritto dei figli, anche se nati fuori del matrimonio, a sviluppare la propria personalità con l'ausilio degli adulti, dall'altro, la Costituzione assicura invero compiuta dignità a tutti i soggetti coinvolti nei legami familiari. Essa si riferisce in tal modo ad una formazione sociale protetta non più in ragione della funzione di cellula primordiale dello Stato, cui viene imposta *ab extra* l'assetto ritenuto più conveniente dal potere politico, ma in base al generale assunto personalistico della Carta, che impone allo Stato non solo di rispettarne l'autonomia ma anche di funzionalizzare le proprie attività alla sua migliore realizzazione.

In tal senso, la "società naturale" si identifica nella comunità nascente da bisogni spontanei o istintivi delle persone, che danno luogo alla creazione di forme di vita nuove e diverse in armonia con le esigenze scaturite dall'interiorità dei soggetti, oltre che imposte dalla realtà esterna. I diritti che sono stati imputati alla famiglia al fine di garantire dalle intrusioni dello Stato un assetto stabilito da Dio o dalla forza incoercibile del costume (secondo l'immagine dell'isola jemoliana), appaiono dunque (esattamente all'inverso) come riconoscimento della capacità di produrre nuove regole sociali, che la stessa Costituzione stimola ma la contempo limita attraverso i principi informativi del nuovo ordine familiare.

Rispetto all'assetto previgente, si impone quindi il divieto al legislatore non solo di imporre alla famiglia finalità pubbliche (come avveniva nello Stato autoritario), ma anche di assumere a propria missione la pura e semplice conservazione del costume e delle leggi che lo incorporano, quale fattore di ordine e di disciplina sociale (come avveniva nello Stato liberale).

Sorge per lo Stato un obbligo di adeguamento all'evoluzione delle regole sociali, e insieme alla migliore attuazione dei principi costituzionali in materia. Come ora vedremo, il rapporto tra le due facce di questa medaglia forma oggetto di opinioni diverse.

3. L'evoluzione della morale dominante e il "rispecchiamento" imposto al legislatore.

La prima e fondamentale riprova della dialettica tra mutamento sociale e disciplina giuridica della famiglia si è avuta con l'introduzione del divorzio, che pure appariva a suo tempo istituto inconciliabile con il costume consolidato e con la tradizione normativa.

In base a questa esperienza, nell'interpretazione dell'art. 29 Cost. è filtrato l'orientamento al concreto momento storico, anziché ai valori sempiterni dell'istituzione familiare¹⁷.

Definizione condivisa da M. BESSONE, Art. 29, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1976, 47 ss., e da G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, Giappichelli, 2006, 1 ss., 29, che tuttavia sembra almeno in parte dimenticarla quando riferisce il "tipo di famiglia" previsto dalla Costituzione a quello che trova nella realtà italiana il suo fondamento (*ivi*, 13).

17

Cfr. l'esemplare trattazione di C. CARDIA, *L'art. 29 della Costituzione*, in *Studi sul divorzio*, Padova, Cedam 1972, 193 ss.

Il significato di questa apertura è stato peraltro ricondotto, in molti casi, ad un obbligo di *rispecchiamento* : in quanto tale, esso imporrebbe alla legge di far propri i nuovi significati assunti dalla nozione di famiglia, vietando altresì di imporne alcuno che non sia già stato accettato dalla coscienza sociale¹⁸.

Vale la pena di osservare che una visione del genere rende inammissibile l'ingresso nell'istituto matrimoniale di morali minoritarie, se non quando accettate dalla coscienza sociale, e quindi divenute mere articolazioni di quella. Si può supporre inoltre che essa renda malfermo il sindacato di costituzionalità, dal momento che la Corte sarebbe costretta ad interpretare i parametri del suo giudizio conformemente al grado di maturazione raggiunto dalla coscienza sociale, rimanendo anch'essa soggetta ad un obbligo di rispecchiamento della morale dominante. Anche il significato del principio di eguaglianza tra coniugi, o tra figli legittimi e naturali, dovrebbe rimanere condizionato dalla accezione che la coscienza sociale ne faccia propria.

Secondo la vulgata dominante, fu appunto questo l'effetto che il richiamo alla coscienza sociale – presentata dalla Corte come l'imprescindibile punto di riferimento della disciplina – ebbe nella nota vicenda dell'adulterio femminile¹⁹. Quel richiamo lasciava infatti intendere che se il comune sentire non fosse cambiato, il principio di eguaglianza dei coniugi non avrebbe potuto essere fatto valere, nonostante la grave lesione che esso subiva a causa del più grave trattamento sanzionatorio riservato all'infedeltà della moglie rispetto a quella del marito.

In questa ottica si può ben intendere il motivo per cui l'art. 29 Cost. sembra ad alcuni privo di portata precettiva²⁰. Se del matrimonio contemplato dalla Costituzione si nega - come è doveroso - il rinvio ai dogmi religiosi e ai principi del diritto naturale, appare inevitabile accettare il rinvio alla morale dominante, così come essa è fatta propria nei diversi momenti storici dal legislatore²¹. Esito in fondo non dissimile da quello proprio dei sistemi ottocenteschi (se non forse per il fatto che la morale dovrebbe essere concepita in termini evolutivi) e temibile per coloro che hanno a cuore il pluralismo dei valori e degli stili di vita consacrato nel patto costituzionale.

E' peraltro dubitabile che la Corte, nelle due celebri sentenze in materia di adulterio femminile, si sia limitata a "rispecchiare" la coscienza sociale, che nel breve volgere di qualche anno avrebbe capovolto la propria valutazione del fenomeno. Piuttosto, il giudice delle leggi ha opportunamente corretto la propria nozione di unità familiare, riferendola non più alla gerarchia propria della famiglia patriarcale (che era messa a rischio dall'adulterio femminile) ma alla reciproca fiducia di entrambi i coniugi, fondamento di una famiglia basata sulla eguaglianza morale dei coniugi (che l'adulterio della moglie o del marito lede in eguale misura).

18

Cfr. T. MANCINI, *Eguaglianza tra i coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.* 1963, I, 223 ss. Insiste sulla necessità che le trasformazioni della famiglia siano accettate dalla coscienza sociale, prima di divenire legge F. GALGANO, *Diritto privato*, XIII ed., Padova CEDAM, 2006, 801 ss.

19

Cfr. le sentenze n. 64 del 1961 e n.126 del 1968.

20

V. *infra* il par. successivo

21

Cfr. R. BIN, *loc. ult. cit.*

In realtà, l'assetto del costume suona come un postulato indimostrato e indimostrabile nella bocca del giudice costituzionale, dislocandolo in un'area di discrezionalità legislativa dove può vigere tutt'al più un blandissimo limite di ragionevolezza. Come è stato dimostrato, esso risulta normalmente evocato per sostenere o enfatizzare le vere *rationes decidendi*, che si basano com'è logico sui principi costituzionali, sia pure rendendo omaggio alla gradualità con la quale essi debbono talvolta attuarsi, per poter ottenere consenso ed effettività²².

Secondo quanto si dirà più diffusamente tra poco, il giudice costituzionale prende bensì in considerazione la morale sociale, ma non la subisce mai passivamente, sicché il legislatore non potrebbe appigliarsi al rispetto del costume (sia pure concepito in termini evolutivi) per avvalorare discipline che violino i principi costituzionali.

4. Il matrimonio come nozione meramente formale, ovvero la conformazione della morale sociale da parte del legislatore e del giudice costituzionale.

Una volta appurata l'insostenibilità della tesi che vede nella legge il rispecchiamento della morale corrente, si è fatta strada l'idea che la Costituzione, parlando di matrimonio, non accolga nessun contenuto specifico dell'istituto, alludendo per così dire ad una nozione meramente formale dell'unione di coppia. L'indicazione dell'art. 29 Cost. si ridurrebbe in tal modo al riconoscimento della libertà individuale di stipulare un reciproco impegno solenne e all'obbligo per lo Stato di prestarvi avallo, predisponendo un insieme di diritti e di doveri che garantisca agli interessati il migliore soddisfacimento dei bisogni spontanei di affetto e di solidarietà reciproca²³.

La nozione di matrimonio accolta in Costituzione consentirebbe pertanto alla legge di apportare qualsiasi modificazione alla disciplina vigente, in ossequio alla migliore attuazione dei principi costituzionali, oltre che alle mutate esigenze del sentire sociale. La storia insegna d'altronde come riforme radicali del regime familiare siano riuscite in breve tempo a trasformare costumi e mentalità apparentemente solidissimi.

In proposito viene ora tratta ad esempio la vicina Spagna, dove la Costituzione menziona il matrimonio attribuendone la disciplina alla discrezionalità legislativa, e dove la legge ha consentito l'accesso al matrimonio, quale è disciplinato dal codice civile, alle coppie dello stesso sesso²⁴.

22

Cfr. le analisi, convergenti nei risultati, svolte da M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, da G.A. FERRO, *Il richiamo alla coscienza sociale in alcune pronunce della Corte costituzionale*, nonché da A. RAUTI, *Il diritto alla reputazione del singolo di fronte al tribunale dell'opinione pubblica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, Giappichelli, 2005, rispettivamente 139 ss., 502 ss., 632 ss.

23 Vede nell'art. 29 Cost. un'auto-limitazione della disciplina del matrimonio A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei casi: la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"* in www.forumcostituzionale.it.

24

V. la legge n. 13 del 2005, sulla quale pende tuttora il ricorso di incostituzionalità proposto dai deputati del *Partido Popular*.

L'esempio dimostrerebbe che, una volta manifestatesi in seno alla società esigenze in tal senso, la modificazione della nozione corrente del matrimonio possa avvenire senza incontrare ostacoli nella Costituzione, laddove si tratti di dare attuazione ai suoi principi fondamentali.

Nel caso di inerzia del legislatore, spetterebbe al giudice costituzionale riempire di significato la nozione di matrimonio, eliminandone le incrostazioni etico-culturali che ostino alla migliore attuazione della Carta. E' quanto alcuni giudici *a quibus* hanno di recente chiesto al giudice delle leggi, prospettando l'eliminazione del presupposto eterosessuale del matrimonio in virtù della applicazione del principio di eguaglianza, reso attivo al riguardo dall'emersione di nuove prassi sociali²⁵.

A prescindere da alcuni risvolti culturalmente e giuridicamente paradossali²⁶, questa richiesta si inserisce nella teorica che affida al giudice costituzionale il compito di assicurare attraverso il continuo adeguamento del testo costituzionale un risultato di giustizia, senza altro vincolo se non l'adesione ai valori espressi nella cultura del nostro tempo. Tale compito non troverebbe più ostacoli nella discrezionalità del legislatore, ritenuto ormai inidoneo a soddisfare compiutamente le istanze di un ordinamento dove l'*auctoritas* (e sia pure legittimata dal compito di attuazione della Carta, oltre che dal principio di rappresentanza) ha ceduto lo scettro alla *ratio*, come espressione della comunità sovranazionale e internazionale degli interpreti della Costituzione²⁷.

La morale cui la Costituzione rinvia sarebbe dunque rappresentata dall'insieme dei principi etici posti a fondamento delle dichiarazioni internazionali e sovranazionali dei diritti, espressione di un ordine pubblico ideale proprio della civiltà occidentale, ordine incentrato sulla realizzazione dei diritti e affidato al dialogo multilivello delle Corti. A questa stregua il diritto di sposarsi troverebbe

8

25

Cfr. le ordinanze che hanno dato luogo alla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, nelle quali si lamentava : da un lato, la discriminazione in base al sesso o alle condizioni personali (*id est* orientamento sessuale) e la lesione del diritto fondamentale a contrarre matrimonio, in relazione alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, alla CEDU e alla Carta di Nizza ; dall'altro, la violazione della tutela della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio in relazione agli artt. 2, 3 e 29 Cost. V. al riguardo R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010.

26

Il paradosso consiste nel postulare che il matrimonio previsto dalla Costituzione non abbia nessun contenuto particolare, e insieme sostenere che questo contenuto, come oggetto del diritto costituzionalmente garantito a contrarre matrimonio, sia necessariamente quello previsto dal vigente codice civile, salva la limitazione soggettiva che si chiede al giudice costituzionale di rimuovere.

27

Per un confronto tra le dottrine che conservano la separazione tra diritto e morale e quelle che invece sostituiscono la legittimazione morale al principio di validità che ha sin qui sostenuto gli atti dei pubblici poteri v. M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo : una rinascita del diritto naturale ?* in questi *Scritti*, p. ss.

fondamento nei principi di libertà, e sarebbe da proteggere anche laddove contrasti con la morale corrente.

Degno di considerazione è però il fatto che chi pur esalta le ragioni della libertà (sino a ritenere prevalenti sulla Costituzione le disposizioni delle Carte sovranazionali, laddove esse siano idonee a tutelare in misura maggiore le situazioni soggettive riconducibili alle finalità dell'art. 2 Cost.²⁸), le considera tuttavia recessive - con riguardo alla libertà matrimoniale - rispetto alle ragioni della dignità (anc'essa del resto evocata nelle Carte in questione), ragioni identificate nel trittico esogamia, monogamia ed eterosessualità²⁹.

Vengono così in luce tutte le debolezze del postulato irenico, che dà per pacificata la coscienza e consolidato il senso della giustizia (quanto meno in Occidente), nella ottimistica convinzione che questo debba soltanto essere disvelato in rapporto al caso concreto³⁰. Il richiamo alla dignità ontologicamente intesa non sembra invero in grado di produrre esiti condivisi, come dimostra, al di là di ogni ragionevole dubbio, il dibattito che ferve in materia di bioetica³¹.

Bisogna pertanto ricordare che la Costituzione è atto politico-normativo diretto non a porre una generale istanza di giustizia, ma a compiere una scelta dei valori e dei principi che debbono presiedere alla risoluzione dei conflitti cui le nostre società danno incessantemente luogo. Essa non rappresenta un guscio vuoto, pronto ad accogliere la soluzione adeguata ai problemi che ciascuna epoca matura, e non legittima l'interprete, in particolare il giudice costituzionale, a farsi portatore della propria visione del mondo, per quanto convincente questa possa essere³².

9

5. La *Wertentscheidung* del Costituente e il pluralismo delle morali.

Il fatto che il matrimonio appaia intriso della cultura e della morale dominante, anziché condurre a svuotarlo di contenuto, sfida l'interprete a verificarne il ruolo all'interno del complessivo disegno costituzionale.

28

A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *DPCE* 2001, 544 ss.

29

ID., *Idee sulla famiglia*, cit., 759 (ove la tesi che la dignità umana e la realizzazione della personalità siano nel matrimonio ancorati a presupposti che non possono essere contestati in nome di un "pluralismo o liberalismo metodico esasperato e incontrollabile").

30

Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.* 2006, 1644 ss.

31

V. gli Autori citati *supra* alla nota 11. Con riguardo alla dignità in materia di bioetica v. M. HERDEGEN, *Art. 1 Abs. 1*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, München 2003.

32

Per una serrata critica alle dottrine che identificano la giustizia con l'accettabilità sociale, privando il giudice costituzionale della legittimazione che gli deriva dalla soggezione alla legalità costituzionale v. A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, t. I, *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, ESI, Napoli, 2007, 402 ss.

In realtà la coppia e la famiglia possono ricevere un significato compiuto soltanto a condizione di applicare anche nella materia familiare il pluralismo delle morali garantito dalla Costituzione, individuando al contempo i limiti cui esso soggiace in forza dei principi posti dalla Costituzione medesima.

Tale pluralismo è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale fin dagli albori della sua giurisprudenza, quando ha negato che la morale non è da intendersi come morale comune o media, precisando in seguito che essa riguarda le regole di comportamento conformi ai principi inviolabili di tutela della dignità umana e del reciproco rispetto tra le persone³³.

Al riguardo rileva ora la pronuncia che la Corte ha reso, all'inizio del nuovo secolo, sul conflitto tra libertà di manifestazione del pensiero e rispetto dovuto ai defunti (che è rispetto anche verso i familiari sopravvissuti), evocato sotto il termine di "morale" dalla legge sulla stampa³⁴.

Ad opinione della Corte il "comune sentimento della morale" non va oggi identificato non i codici di comportamento dominanti, bensì con il "minimo comune alle morali del nostro tempo". In tal modo il giudice delle leggi non ha tuttavia ritenuto (come potrebbe apparire a prima vista) che la morale, dal punto di vista della Costituzione, si identifichi nel nucleo delle regole che possono considerarsi condivise da tutti (frutto di un consenso per intersezione tra le principali visioni del mondo accolte nella società, direbbe Rawls) : la qualità di "morali" è infatti preliminarmente riconosciuta soltanto a quelle concezioni che - pur dandone una nozione diversa - si incentrano sulla dignità dell'uomo, protetta dall'art. 2 Cost.

Secondo la Corte, il dialogo tra le differenti visioni del mondo è limitato pertanto a quelle che si riconoscono nel valore della dignità umana, quale è posto dalla nostra Costituzione (così come il consenso per intersezione teorizzato da Rawls presuppone l'accettazione del principio del pari rispetto dovuto ad ogni essere umano). Detto in altri termini, è la Costituzione a fissare, una volta per tutte, l'oggetto del dialogo tra le diverse morali, rendendo possibile il pluralismo ma negando ingresso ad alcune manifestazioni di quest'ultimo, e a pari titolo ponendo limiti alle evoluzioni, o involuzioni, della coscienza sociale dominante.

Si noti la differenza rispetto alla (or ora denegata) visione ontologica della dignità, che si mostra ignara della compresenza di differenti visioni del medesimo valore, quali la società ospita nel momento storico dato (se non attraverso la soggettiva e incontrollabile percezione del giudice). Si consideri poi che nella materia delle relazioni familiari, complessivamente intesa, ricorrono sia situazioni di libertà analoghe a quella considerata nella sentenza in esame³⁵, sia situazioni di doverosità che sono idonee in ipotesi ad escludere o a comprimere fortemente il pluralismo delle

33 Cfr. rispettivamente le sentenze n. 9 del 1965 e n. 368 del 1992.

34

Sentenza n. 232 del 2000, riguardante l'applicazione dell'art. 15 della legge n. 47 del 1948 che vieta la pubblicazione di immagini impressionanti o raccapriccianti che possano turbare il comune sentimento della morale. La critica rivolta a questa decisione in M. MANETTI, Art. 21, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna- Roma, Zanichelli, 222 ss., non è dovuta a dissenso sull'eliminazione del riferimento alla morale dominante, ma al rischio che il parametro individuato dalla Corte si riveli troppo indeterminato per rispettare il principio di legalità in materia penale (come la Corte stessa riconosce, invitando i giudici ad applicare con cautela la norma in esame). Il divieto di pubblicare nei giornali fotografie che riproducano corpi umani straziati sembra invero più agevolmente giustificabile in base al rischio concreto che i minori (anche se non sanno leggere) possano prenderne visione e rimanerne turbati.

35 La consapevolezza del fatto che si tratti di libertà, e non di situazioni attribuite agli individui come membri della famiglia, deriva dal superamento - sul quale la dottrina italiana è concorde - delle dottrine istituzionali della famiglia.

morali individuali. L'assetto e la distribuzione di entrambe sono stati decisamente modificati dalla Costituzione, nel momento in cui ha sostituito il presupposto costituito dalla morale pubblica con nuovi principi di realizzazione della personalità, da un lato, e di responsabilità, dall'altro.

Su queste basi, il compito che sta davanti all'interprete consiste nell'individuare precisamente il rapporto tra tali principi, senza impoverire il testo della Carta (come talvolta avviene quando questo viene ridotto al suo "contenuto di valore"), ma anche senza dare nulla per scontato (o recepito dalla tradizione).

Secondo quanto verremo dicendo, morali o codici di comportamento diversi possono trovare accoglienza – in quanto corrispondano al "minimo comune alle morali del nostro tempo" – nell'ambito della coppia adulta (rispetto alla quale la Costituzione si limita a prospettare come preferibile l'opzione matrimoniale) ; nell'ambito della famiglia, intesa come gruppo costituito da genitori e figli, essi soggiacciono invece ad una struttura di rapporti predeterminata, e rispondente ad un preciso modello culturale-antropologico.

In quest'ultima materia, che non riguarda – come la prima – il semplice *sviluppo* della personalità, ma la *formazione* della personalità dei minori, l'ordinamento fissa dunque un più ristretto ambito al dialogo tra le diverse morali. La vera e propria *Wertentscheidung* del nostro Costituente³⁶ deriva invero dalla necessità di salvaguardare le libertà degli individui, siano adulti o minori, pur relativizzandole in vista delle esigenze di stabilità degli uni e di ausilio alla crescita degli altri³⁷. Il concorrere di queste finalità impedisce di prefigurare un solo modello di famiglia (organicisticamente pensata come un tutto unitario), ma impone di disarticolare i tipi di tutela previsti per le convivenze, per il matrimonio, per la filiazione, pur stabilendo una preferenza per l'unione coniugale.

Al riguardo non ha alcun senso rimpiangere l'(apparente) agnosticismo morale delle Carte liberali, che si basavano sull'autonomia della società civile e sulle egemonie consolidate al suo interno, e neppure aspirare ad una totale neutralità dello Stato in materia di famiglia³⁸. All'assetto delle regole cui si attribuiva in passato il ruolo di indiscutibile premessa dell'ordinato vivere civile si è sovrapposta la Costituzione lunga, che ha ampliato il proprio campo di azione a rapporti per l'innanzi rilasciati ai *mores* e al legislatore come loro custode. Ne è scaturito l'onere di riversare le regole sociali ricevute nel più ampio crogiuolo di un'etica aperta bensì agli apporti delle diverse visioni del mondo, ma anche inevitabilmente contenuta all'interno degli orientamenti stabiliti dal patto fondativo.

In questi termini, il problema non è se una certa dose di paternalismo sia indispensabile all'ingegneria costituzionale democratica³⁹, ma se e in che termini i principi costituzionali possano adeguarsi alle nuove sfide del pluralismo delle morali, contestualmente garantito.

³⁶ La giurisprudenza costituzionale tedesca attribuisce alla "speciale tutela" del matrimonio e della famiglia prevista dall'art. 6 GG il valore di una *Wertentscheidung*. Sui conflitti interpretativi (del tutto analoghi a quelli caratteristici del nostro ordinamento) che essa pone, specialmente con riguardo al principio di neutralità dello Stato rispetto alle scelte etiche dei singoli, v. S. HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, 491 ss.

³⁷ Sulle libertà dei minori nella famiglia v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova CEDAM 2003, 311 ss.; *ivi*, 129 ss., i limiti reciproci che le libertà dei coniugi possono subire in vista della unità spirituale della famiglia.

³⁸ L'opinione di S. HUSTER, op. cit., 510 ss., che ritiene incompatibile con la libertà riconosciuta ai privati nei rapporti familiari la proposizione di un modello o *Idealtyp* rappresentato dal matrimonio, trascura invero l'intreccio di quella libertà con i profili di responsabilità che le norme costituzionali valorizzano.

6. Libertà delle relazioni amorose/sexuali tra adulti e matrimonio

La giurisprudenza or ora citata smentisce il pessimismo di coloro che ritengono inevitabile lo schiacciamento delle norme costituzionali sulla morale dominante

In realtà, la Corte costituzionale non ha mai inteso il riferimento della Carta alla morale, o al buon costume, come un'abdicazione; in particolare, non ha mai rinunciato a stabilire se le regole prescritte dal legislatore in conformità alla morale dominante fossero adeguate allo standard costituzionale dei rapporti tra i sessi⁴⁰.

Emblematica al riguardo è la dichiarata illegittimità del divieto di pubblicazione di corrispondenze e avvisi amorosi, divieto teso ad impedire il proliferare di rapporti amorosi e sessuali fuori del matrimonio, in quanto contrari all' "ordine familiare"⁴¹. In tale sentenza affiorava per la prima volta il principio di libertà sessuale, intesa anche come libertà di avere rapporti sessuali al di fuori del matrimonio, screditando la funzione tradizionale di quest'ultimo, come istituto volto a infrenare gli impulsi sessuali e ad impedire il proliferare delle libere unioni⁴².

Emergeva la tendenza della Costituzione ad archiviare il modello di famiglia ancora prevalente al tempo in cui essa fu scritta, quando il confinamento della sessualità e della procreazione all'interno del coniugio mirava non solo ad assicurare la certezza degli *status* ma anche a conservare l'unità della comunità produttiva e/o del patrimonio. Da un lato, il riconoscimento dell'eguaglianza *morale* dei coniugi, sancita dall'art. 29 Cost. in aggiunta all'eguaglianza giuridica, conduce invero a rappresentare il rapporto matrimoniale come l'espressione di sinceri rapporti affettivi tra i coniugi⁴³, sancendo – se così si può dire – la concezione romantica del matrimonio. Seppure nata in seno all'ideologia borghese, questa concezione era invero rimasta incapsulata dalla visione patrimonialistica del codice civile, che facendo del marito-padre l'unico titolare dei rapporti con i terzi lo rendeva anche il "capo" di tutte le relazioni familiari, in termini palesemente inconciliabili con la reciprocità dell'*affectio*⁴⁴.

R. GRÖSCHNER, *op. cit.*, n. 29, 767, mette in guardia dal pericolo che le nostre società non siano in grado di fornire un modello familiare cui gli individui possano fare di regola riferimento.

⁴⁰ Cfr. la sent. n. 127 del 1968: "lo Stato non può avallare o, addirittura, consolidare col presidio della legge (la quale, peraltro, contribuisce, essa stessa, in misura rilevante alla formazione della coscienza sociale) un costume che risulti incompatibile con i valori morali verso i quali la Carta costituzionale volle indirizzare la nostra società".

41

Sentenza n. 120 del 1968, che mantiene in vigore il divieto soltanto per gli annunci espressi in forma oscena.

42

Per la funzione del matrimonio come istituzione sociale posta in antitesi alle relazioni amorose/sexuali libere cfr. M. WEBER, *Economia e società*, Ed. di Comunità, Milano, 1961, 360.

⁴³ Che il matrimonio, per la Costituzione, sia tipicamente basato sull'*affectio* e sul sentimento di solidarietà che naturalmente ne discende è stato ritenuto dalla Corte fin dalla sentenza n. 46 del 1966.

⁴⁴ Cfr. G. GIACOBBE, *op. cit.*, 4 ss.

Dall'altro, i Costituenti hanno posto in discussione l'istituto che assicurava la cogenza dell'ordine familiare fondato sul matrimonio, ovvero lo *status* di inferiorità nel quale erano relegati i figli naturali⁴⁵.

Si noti che la tutela di questi ultimi avrebbe potuto essere perseguita imponendo ai genitori precisi doveri nell'interesse della prole (*in primis* l'obbligo di mantenimento), ma privandoli dell'esercizio delle potestà genitoriali, a mo' di sanzione per un comportamento ritenuto censurabile e foriero di una sostanziale incapacità morale all'allevamento dei figli (come avviene tuttora a norma del codice civile per i figli irrisconoscibili).

Tutt'al contrario, l'art. 30 Cost. riconosce ai genitori naturali *pienezza di diritti* : diritti, questi ultimi, che sarebbe impossibile concepire se la relazione extraconiugale fosse considerata immeritevole di tutela (o addirittura passibile di sanzione, come ancora appariva nel diritto vigente all'epoca in cui fu scritta la Costituzione).

In questo senso la disciplina della filiazione naturale può considerarsi non soltanto un rimedio alle deprecabili situazioni di fatto che pregiudicavano, giusta il diritto previgente, il futuro dei figli illegittimi, ma un sigillo alla libertà delle relazioni extraconiugali⁴⁶, non considerate più come un fatto riprovevole o tollerato, ma come una forma di libertà che viene tuttavia irrggimentata in ordine al trattamento della (eventuale) prole.

La Costituzione (in virtù dell'art. 29 in congiunto disposto con l'art. 2 Cost.) ha dunque mutato di segno al matrimonio, anticipando e valorizzando l'evoluzione sociale e culturale che ne ha fatto una forma di realizzazione degli interessi personali dei coniugi alla stabilità affettiva e alla solidarietà spirituale e materiale. Sfuma così la precedente contrapposizione dell'istituto con la libertà sessuale e procreativa : il matrimonio rientra nella più generale categoria delle "formazioni sociali" e la sua speciale posizione non impedisce che le comunità di vita fondate sulla convivenza acquisiscano la protezione dell'art. 2 Cost., ove realizzino il mutuo affetto e sostegno⁴⁷.

13

7. Le diverse forme di manifestazione della società naturale.

I diritti che spettano a tutti i genitori, sposati o non sposati, possono ben definirsi "naturali", secondo la formula testuale della Legge fondamentale tedesca, che riecheggia significativamente la dizione di "società naturale" contenuta nell'art. 29 Cost.

Al riguardo è forse utile ricordare che in sede di Assemblea Costituente, in risposta alla richiesta di escludere esplicitamente dalla protezione costituzionale le famiglie che si costituiscono al di fuori del matrimonio, in quanto forme disdicevoli di concubinato, non mancò da parte cattolica l'affermazione che la famiglia, comunque si sia costituita, "è dotata di una propria

45

Secondo le parole di Napoleone, poi tradotte nei codici civili di mezza Europa : "*L'Etat n'a aucun intérêt à ce que la filiation de l'enfant naturel soit établie*".

46 Cfr. L. MENGONI, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia*, Padova 1972, 176, secondo il quale i figli naturali erano colpiti dalla legge in funzione repressiva delle unioni libere.

47 Per la definizione di "famiglia fondata sulla convivenza" in luogo di famiglia di fatto v. G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da L. Mengoni, vol. V, t. 1, Giuffrè, Milano, 2002, 218 ss.

consistenza⁴⁸. Il riconoscimento del valore della famiglia senza altre specificazioni - rispecchiato dal progetto originario che recitava : “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale” - è stato in seguito surclassato dal tentativo di costituzionalizzare l’indissolubilità del matrimonio, cui come è noto fu opposto un compromesso basato sulla costituzionalizzazione del matrimonio *tout court*⁴⁹. Questo compromesso non appare affatto deteriore, se si considera che – affrancando il matrimonio civile da un requisito di origine prettamente religiosa, come l’indissolubilità – ha fatta salvo il potere del legislatore repubblicano di riformulare la disciplina civilistica in piena autonomia, e non soltanto con riguardo all’introduzione del divorzio.

D’altra parte tale compromesso non ha potuto impedire che il riconoscimento della società naturale fondata sulla procreazione sia rimasto nell’impianto della Costituzione, grazie all’art. 30. Ciò consentiva a Carlo Esposito, nel lontano 1951, di contestare l’esclusività della famiglia coniugale⁵⁰, tesi confermata più tardi dalla giurisprudenza costituzionale laddove riconduce il diritto all’*unità familiare* tanto all’art. 29 quanto all’art. 30 Cost⁵¹.

La considerazione riconosciuta alla famiglia non fondata sul matrimonio è ribadita dalle numerose disposizioni costituzionali che accordano speciali riguardi alla famiglia genericamente intesa⁵². Sul piano della legislazione ordinaria, essa è stata sviluppata dalla estensione della disciplina delle potestà genitoriali riguardante i genitori coniugati ai genitori naturali, se conviventi (317-bis c.c.), e da ultimo dalla disciplina dell’affido condiviso in caso di separazione di genitori naturali già conviventi.

Essa è infine esaltata tanto dalla legge 8 marzo 2000 n. 52, che nel dettare misure di sostegno alla maternità e alla paternità prescinde dal rapporto di coniugio, quanto e soprattutto

14

48

Intervento dell’On. Moro, in *Atti dell’Assemblea Costituente*, II Sottocommissione, 5 novembre 1946, 339 s.

49

L’approvazione dell’emendamento Grilli, che faceva cadere la dizione “fondata sul matrimonio indissolubile” con la dizione “fondata sul matrimonio” avvenne a scrutinio segreto, con un divario di soli tre voti (*ibidem*, Assemblea, 23 aprile 1947, 3284 ss.).

50

C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Giuffrè, Milano, 1951, 553 ss., (ripubblicato in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954, 135 ss.), secondo il quale l’affermazione che la famiglia è fondata sul matrimonio “non vuol imporre la teoria che solo dal matrimonio possa sorgere la famiglia”, ma stabilire “una preferenza della famiglia fondata sul matrimonio” (*ivi*, 558).

51 Sentenza n. 376 del 2000. Per il diritto dei genitori, legittimi e naturali, a “tenere i figli con sé” v. anche la sentenza n. 203 del 1997.

52

Appare in effetti arduo limitare alla sola famiglia legittima l’applicazione dell’art. 36 Cost., comma 1, che garantisce al lavoratore una retribuzione “in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa” ; dell’art. 37, comma 1, che prescrive l’adeguatezza delle condizioni di lavoro all’“essenziale funzione familiare” della donna lavoratrice ; nonché dell’art. 34, comma 4, Cost., in relazione agli “asseggni” che la Repubblica deve attribuire “alle famiglie” al fine di rendere effettivo il diritto allo studio dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi.

dalla legge 19 febbraio 2004 n. 40 che – pur disciplinando assai restrittivamente l’accesso alla procreazione medicalmente assistita – non ha mancato di ammettere a tale pratica medica anche le coppie conviventi⁵³, ritenendo meritevole di protezione il *mero intento di procreare fuori del matrimonio*. Sicché l’obbligo della Repubblica di agevolare la formazione la famiglia *ex art. 31 Cost.* si estende oggi anche alle famiglie che sono nate o stanno per nascere al di fuori del matrimonio, a prescindere dal fatto se poi un matrimonio possa seguire⁵⁴.

In questo senso si può dire che la comunità di vita tra genitori e figli nasce anche fuori del matrimonio, e non può definirsi “famiglia di fatto”, perché ciò che la fonda è il principio giuridico di responsabilità per la procreazione.

Diverso è il discorso per quanto riguarda il rapporto tra i genitori naturali, se conviventi. Com’è noto, molta dottrina ha ritenuto che in base all’identica funzione di allevamento dei figli, la famiglia naturale nel suo complesso sia protetta dall’art. 30 Cost.⁵⁵. Non si può tuttavia dimenticare che tale norma tutela indirettamente la libertà della coppia di non sposarsi (e quindi di rinunciare ai diritti e di rifiutare i doveri scaturenti dal matrimonio)⁵⁶, fermi restando i diritti e i doveri genitoriali.

Deve insomma condividersi il principio posto dalla Corte costituzionale, che ha sempre rifiutato di applicare la disciplina del matrimonio alla coppia convivente, manifestando ossequio alla libera scelta operata dai partner, e salvo l’auspicio dell’intervento del legislatore, in attuazione dell’art. 2 Cost.⁵⁷.

15

53

Va tuttavia notato che ammettere alla fecondazione artificiale le coppie non sposate, senza richiedere una durata minima della convivenza (e quindi l’accertamento di una relativa stabilità), appare contraddittorio con lo spirito della legge, che intende assicurare ai nascituri da PMA la più ampia protezione possibile. M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.* 2007, I, 11, riferisce che la scelta del legislatore fu dovuta alla volontà di non riconoscere indirettamente le unioni *more uxorio*, dal momento che le coppie avrebbero dovuto quanto meno registrarsi per provare la durata minima della convivenza.

⁵⁴ Ritiene inammissibile l’estensione dell’art. 31 Cost. alle famiglie non basate sul matrimonio A. PACE, *Problematica*, cit., 124. Favorevole invece P. F. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Dir. fam. pers.* 2005, 598.

55

Sulle premesse di questa tesi v. M. BESSONE, *Art. 29*, cit., 33 ss.

⁵⁶ Sull’equivoco che il riconoscimento della famiglia di fatto significhi riconoscimento eguale a quello della famiglia legittima, con sacrificio dei valori di libertà che animano la prima v. G. FERRANDO, *op. cit.*, 207 ss., 230.

Se poi si ipotizza che uno dei partner (di solito la donna) non possa esercitare la propria libertà, ma piuttosto subisca l’unilaterale determinazione dell’altro di non sposarsi, sono ben ammissibili meccanismi di tutela operanti *ex lege* sulla base della vivenza a carico (secondo la soluzione sempre più spesso accolta dal legislatore : v. F. PROSPERI, *La famiglia nell’ordinamento giuridico*, in *Dir. fam. pers.* 2008, 710 ss.). Non sembra però prospettabile una disciplina che suggelli lo stato di soggezione di uno dei partner, in palese contrasto con lo sviluppo della personalità che è posta a fondamento delle libere unioni, e del codice morale che presiede a quest’ultimo.

57

Sulla libertà di non sposarsi v. in particolare le sentenze n. 45 del 1980, n. 237 del 1986, n. 127 del 1997. Sulla necessità che il legislatore riconosca le convivenze di fatto, in quanto se caratterizzate da un accertato grado di stabilità

Tale auspicio è rimasto sinora colpevolmente inascoltato, benché rispecchi l'impianto pluralistico cui la Costituzione aderisce, e cui si è informata in misura crescente la prassi sociale del nostro Paese.

8. Il diritto ad avere un padre e una madre.

Gli artt. 2, 29 e 30 hanno segnato il tramonto della morale pubblica come punto di riferimento dell'ordinamento, in una con il deperimento dell'interesse che questo nutriva alla disciplina vincolante delle relazioni amorose tra adulti. Il baricentro del sistema si è ormai spostato sulla disciplina della comunità di vita tra genitori e figli, in vista dell'ottimale sviluppo della personalità dei minori, cui la Costituzione guarda con particolare sollecitudine.

In questo ambito la libertà di scelta degli adulti subisce decisive limitazioni, in forza della scelta fondamentale con la quale la Costituzione italiana innova radicalmente alla tradizione, ponendo il principio di responsabilità di entrambi i genitori per la procreazione⁵⁸. Si incrina, di riflesso, l'assetto che tale responsabilità sanciva con riguardo ai figli della coppia sposata, negandola invece per quelli procreati fuori del matrimonio, in ossequio al principio di illiceità delle coppie non basate sul matrimonio.

La reticenza a legittimare sia pure indirettamente le unioni libere, oltre che i rapporti adulterini, è ancora presente in alcune Costituzioni contemporanee, che con apposite previsioni proteggono le madri naturali, ma non fanno menzione dei padri. Al contrario la nostra Costituzione ritiene che il presupposto più favorevole alla formazione della personalità del minore è il riconoscimento da parte di entrambi i genitori, auspicando con ciò la eventualità di una convivenza tra loro e con il figlio, in presenza di uno stabile rapporto affettivo. Nonostante le ovvie difficoltà di assicurare tale presupposto con riguardo alle libere unioni, la Costituzione, con un *surplus* di idealismo, richiede insomma anche ai padri l'adempimento dei loro doveri, e fonda con ciò il diritto del figlio ad avere un padre, oltre che una madre⁵⁹.

La responsabilità per la procreazione riflette in definitiva il "diritto fondamentale del minore ad essere educato in un nucleo familiare composto da entrambi i genitori e non dalla sola madre"⁶⁰.

esse ricadono nella tutela dell'art. 2 Cost v. le sentenze n. 6 del 1977 ; n. 310 del 1989 ; n. 281 del 1994 ; n. 8 del 1996 ; n. 203 del 1997.

58

V. per tutti C. BIANCA, *La filiazione in generale*, in *La riforma del diritto di famiglia*, cit., 115 ss. Cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 99 del 1997 ; n. 166 del 1998 ; n. 494 del 2002.

⁵⁹ Sul diritto-dovere dei genitori di istruire, educare e mantener i figli naturali per il fatto stesso della generazione, ove l'esistenza di questa non sia contestata o contestabile, anche là dove il riconoscimento o l'accertamento non sia ammissibile v. G. GIACOBBE, *op. cit.*, 90 ss. ; ID., *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, in *Giust. civ.*, I, 2005, 730 ss.

60

Sentenza n. 376 del 2000, che dichiara illegittima la mancata estensione al marito della sospensione dell'espulsione accordata dalla legge alla donna straniera durante la gravidanza e nei sei mesi successivi al parto (tale estensione è stata in seguito negata al convivente che pur si dichiara padre del bambino, facendo valere, in modo non del tutto persuasivo, l'incertezza della sua situazione giuridica. Sul punto sia consentito rinviare a M. MANETTI, *Il ricongiungimento familiare nel diritto italiano*, in corso di pubblicazione in Atti del Convegno "Diritti fondamentali degli immigrati: unità della famiglia e tutela dei minori", ESI, Napoli, 2010, ss.

L'evoluzione della legislazione e della giurisprudenza costituzionale testimonia al meglio la forza espansiva del diritto in esame, tale da travolgere inesorabilmente gli ostacoli in precedenza ricondotti all'art. 30, comma 4, salva la tutela di diritti di pari grado⁶¹.

Il divieto di riconoscimento dei figli incestuosi, posto inizialmente a tutela della morale pubblica, rimane oggi a sanzionare il comportamento del genitore in mala fede, ma non inibisce il diritto del figlio ad accertare legalmente le proprie origini e la propria identità, sul presupposto che questo diritto prevalga sul pregiudizio sociale che pure può accompagnare in tal caso l'accertamento⁶².

Il procedimento per la dichiarazione giudiziale è stato (dopo varie vicende) amputato della fase preliminare di ammissibilità, superando il riferimento alla tutela del presunto genitore da azioni pretestuose e vessatorie⁶³.

La imprescrittibilità dell'impugnazione del riconoscimento anche da parte del falso genitore è stata ricondotta al diritto del figlio alla propria identità genuina⁶⁴.

Infine, la dichiarazione resa dalla madre al momento del parto di non voler essere nominata si giustifica in quanto è intesa a tutelare la vita stessa del nascituro, oltre che la salute della madre⁶⁵.

Indubbiamente, l'accertamento legale della filiazione non è in grado di soddisfare di per sé l'aspirazione del minore ad essere accudito e educato, e può anzi in concreto recare danno all'interesse del figlio. Ma è difficile negare che in via di principio l'ordinamento attribuisca a tale accertamento un significato favorevole per il figlio : e ciò anche quando il riconoscimento provenga da un genitore inadatto a svolgere il proprio ruolo o sia imposto ad un genitore riottoso⁶⁶.

Si può ben ritenere che questo principio sia frutto di un pregiudizio deleterio, nella misura in cui individuare il genitore sulla base del sangue comporta talvolta l'affidamento del bambino a persone che non possono o non vogliono occuparsene adeguatamente. Ma è un pregiudizio che ci esenta dall'avocazione al potere pubblico delle scelte in materia, cosa che i Costituenti vollero

17

Sulla necessità della doppia figura genitoriale v. A. PACE, *Problematica*, cit, 124 ; GIACOBBE, *op. cit.*, 62 ss.

61

Sul superamento del diffuso timore che l'art. 30, comma 4, Cost. imponesse necessariamente la previsione di limiti, comunque giustificabili, alla ricerca della paternità v. G. FERRANDO, *Prove storiche e prove scientifiche nell'accertamento della paternità naturale*, in *Fam. dir.* 2008, 793.

62

Sentenza n. 494 del 2002.

63

Sentenza n. 50 del 2006.

⁶⁴ Sentenza n. 112 del 1997.

65

Sent. n. 425 del 2005, relativa alla formula introdotta dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

66

Cfr. l'analisi di M. SESTA, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione giudiziale di paternità*, in P. PERLINGIERI, M. SESTA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, vol. I, Napoli, ESI 2007, 466 s., che conclude rilevando come l'ordinamento preveda la perdita della potestà, ove la condotta del genitore si riveli pregiudizievole per il figlio.

espressamente evitare riconoscendo i “diritti naturali” dei genitori, e prevedendo che questi ne possano essere privati soltanto in caso di comprovata incapacità.

9. Il paradigma della bigenitorialità e la preferenza per il matrimonio

La centralità del rapporto tra genitori e figli nel nuovo ordine familiare, e il peculiare contenuto che ad esso la Costituzione attribuisce, rappresentano la prima e fondamentale ragione della preferenza attribuita dall’art. 29 Cost. al matrimonio.

Alla stregua di quanto si è detto finora, la Costituzione non impone la scelta matrimoniale, ma si limita a suggerire un modello di rapporto⁶⁷ che è ritenuto idoneo tanto ad assicurare la migliore realizzazione del progetto di vita in comune dei coniugi quanto e soprattutto a garantire il diritto del figlio ad avere un padre ed una madre.

Al riguardo non vale obiettare che la filiazione trova unitaria disciplina nell’art. 30, sì da apparire disgiunta dalla tutela della coppia matrimoniale contenuta nell’art. 29 : la sostanza di quella disciplina dimostra invero come la filiazione basata sul matrimonio rappresenti per la Costituzione il modello della filiazione in generale. La pari dignità dei figli naturali consiste infatti nel “diritto ad avere un padre e una madre” come lo hanno i figli legittimi, ovvero nell’assoggettamento della filiazione naturale alla stessa regola di bigenitorialità normalmente presupposta da quella legittima.

In realtà, non sembra possibile dimenticare che il matrimonio, pur essendo profondamente mutato nella sua *ratio*, svolga come per l’innanzi il ruolo di tenere unita la disciplina della coppia e la disciplina della filiazione (con le differenze che la legittimità di quest’ultima determina, denunciate dallo stesso art. 30, comma 3). La Costituzione lo protegge anche in virtù di questo suo tipico effetto, e anzi lo considera il modello della relazione tra genitori e figli⁶⁸.

Per quanto infatti la presunzione di paternità abbia perso molto del suo smalto, e debba forse essere ripensata⁶⁹ e per quanto, altresì, i privilegi connessi allo *status* di figlio legittimo debbano intendersi in senso riduttivo⁷⁰ rimane il fatto che la famiglia matrimoniale garantisce (certo non in modo assoluto, ma nel massimo grado possibile) la presenza di due genitori che sono entrambi disponibili a convivere con la prole e ad allevarla sommando i propri sforzi.

⁶⁷ Riguardo all’*Idealtyp* matrimoniale v. *supra* la nota 38.

68

P. ZATTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, t. I, Giuffrè, Milano 2002, 12 ss., sottolinea come la disciplina della coppia coniugale sia posta anche in funzione del gruppo, ritenendo che “il modello della famiglia coniugale viene avvalorato (...) come la configurazione di un contesto di rapporti genitori-figli più conveniente al bene della prole : la famiglia biparentale”.

69

Il *favor legitimitatis* ha perso progressivamente efficacia in virtù della giurisprudenza costituzionale culminata con la sentenza n. 266 del 2006, che ha ammesso la libera esperibilità della prova biologica nel disconoscimento di paternità.

70

V. *infra* ultimo paragrafo.

Il principio di responsabilità di entrambi i genitori per la procreazione non può impedire infatti che la famiglia naturale risulti in pratica monogenitoriale, laddove non sia possibile l'accertamento della paternità/maternità, anche in presenza degli odierni sistemi di indagine genetica. Da questo punto di vista, il matrimonio appare preferibile non soltanto in vista delle esigenze di stabilità della coppia, ma anche per la migliore attitudine che la coppia sposata dimostra in vista dell'allevamento dei figli. Donde la legittima scelta del legislatore di ancorare al matrimonio l'adozione, e salva tuttavia la ammissibilità di scelte diverse, ove rispondano al migliore interesse del minore⁷¹.

Ciò non vuol dire che il matrimonio sia finalizzato alla procreazione.

In primo luogo, è venuto meno l'interesse pubblico connesso a tale finalità, *sub specie* di interesse alla crescita demografica del Paese. Il silenzio serbato al riguardo dai nostri Costituenti è evidentemente frutto del rifiuto della politica demografica del fascismo, ed assume un significato indiscutibile se messo a confronto con la previsione della Costituzione di Weimar, che in una temperie culturale democratica ribadiva: "il matrimonio è il fondamento della vita familiare e della conservazione e accrescimento (*Erhaltung und Vermehrung*) della Nazione"⁷².

In secondo luogo, non si può trascurare la già ricordata centralità dell'*affectio*, che fa della spontanea e consensuale decisione dei coniugi il presupposto della stessa procreazione.

Con la previsione del cambiamento di sesso anagrafico per le persone transessuali, e con la conseguente ammissione di queste ultime al matrimonio, in virtù della legge 14 aprile 1982 n. 164, la finalità procreativa è stata formalmente cancellata dallo statuto del matrimonio, se non come parte del progetto comune formulato dai coniugi. Una volta che sia informata della incapacità procreativa del o della partner, rimane infatti nella esclusiva disponibilità della persona interessata decidere se addivenire comunque al matrimonio, rinunciando con ciò ad avere una discendenza biologica.

La mutazione del significato della (sessualità e della) procreazione era d'altronde già stata accolta dalla riforma del diritto di famiglia, dove l'*impotentia generandi* rileva ai fini dell'annullamento del vincolo come frutto dell'errore di un coniuge sulle qualità (ritenute) essenziali dell'altro⁷³. Su questa base la Corte costituzionale ha potuto rigettare la questione di legittimità sollevata nei confronti delle disposizioni che ammettono al matrimonio le persone transessuali dalla Corte di Cassazione, che lamentava al riguardo la violazione dell'"ordine naturale della famiglia"⁷⁴. Al riguardo corre l'obbligo di precisare che tanto ha ritenuto il giudice delle leggi, in quanto la legge in esame, ben lungi dall'autorizzare la permanenza del vincolo matrimoniale eventualmente

19

71

V. *infra* ultimo paragrafo.

72

Art. 119 della Costituzione di Weimar.

73 Art. 122, comma 2, n. 1 cod. civ.

74

Sentenza n. 161 del 1985, che confuta il dubbio di legittimità avanzato dalla Cassazione, secondo la quale la mutazione chirurgica del sesso violerebbe l'"ordine naturale della famiglia" protetto dall'art. 29 Cost.

contratto in precedenza dalla persona transessuale, connette alla sentenza che dispone la rettificazione del sesso l'effetto di sciogliere tale vincolo⁷⁵.

La natura personalistica della libertà di sposarsi e di creare una famiglia ha dunque messo in risalto l'interesse della persona che ha ufficialmente cambiato sesso a godere di una (nuova) vita di coppia e di famiglia equiparabile a quella "naturale" o "normale": ciò che rimane della finalità procreativa del matrimonio è l'interesse ad avere una prole da crescere come legittima, in virtù del ricorso all'adozione.

Questo esito non autorizza tuttavia a ritenere che la coppia dello stesso sesso possa accedere all'adozione. L'evoluzione sollecitata dalla questione della transessualità mette bensì tra parentesi la capacità procreativa in senso fisico, ma conserva e sottolinea il significato culturale che essa ha acquisito attraverso la nascita di codici di comportamento basati sulla giustapposizione del padre e della madre, come persone di sesso diverso che - quand'anche siano biologicamente incapaci di procreare - vengono comunque considerate le due insostituibili protagoniste dell'allevamento dei figli.

Tale significato culturale - che impronta la valutazione dell'interesse del minore, cui l'adozione è primariamente informata - è rispettato nel matrimonio della persona transessuale, dove (se pure è messa in discussione la diversità biologica (almeno originaria) del sesso dei due coniugi) non viene minimamente in questione la conservazione dell'alterità dei ruoli sessuali, che è anzi pienamente voluta ed accettata dalla persona medesima⁷⁶. Una volta che la sessualità e la procreazione siano rimesse al dominio personalissimo della coppia, ciò che conta è che l'individuo appartenga, dal punto di vista psicologico e relazionale, al sesso verso cui è transitato, opposto a quello del coniuge, e tale da assicurare la presenza di entrambe i due ruoli, paterno e materno.

L'appartenenza "culturale" del genitore al sesso opposto a quello del partner è stata ritenuta decisiva anche dalla Corte di Strasburgo, quando ha ritenuto che la donna transitata verso il sesso maschile può fungere da padre affidatario in quanto si comporta come tale verso il bambino e in quanto assume anche di fronte alla collettività, secondo forme da questa riconoscibili, il ruolo di padre⁷⁷.

75

V. l'art. della legge n. 164 del 1982, e il testuale riferimento che ad esso fa la Corte nel punto 12 della motivazione. In tal senso la perdurante validità del matrimonio contratto dalla persona transessuale prima del cambiamento della registrazione anagrafica del sesso è frutto, nel migliore dei casi, di un equivoco. La novella introdotta dalla legge n. 74 del 1987 nella legge n. 898 del 1970 sul divorzio (art. 3, n. 2 lett. g) ha infatti l'unica funzione di specificare che gli ex-coniugi debbono rivolgersi al giudice competente per la indispensabile regolamentazione delle questioni personali e patrimoniali che derivano dal divorzio. In questo senso tale novella è diretta opportunamente ad integrare la previsione della legge sul transessualismo - che facendo discendere dalla sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso l'effetto di sciogliere il vincolo matrimoniale eventualmente in essere - ha mancato di rinviare al giudizio nel quale, secondo il diritto vigente, deve svolgersi la trattazione delle suddette questioni, ovviamente nel contraddittorio di entrambi i coniugi. Il fatto che il giudice competente a disporre la rettificazione possa omettere di esplicitare il conseguente scioglimento del vincolo, o che questo non venga registrato dagli uffici dell'anagrafe, rappresenta un'eventualità deprecabile per la certezza dei rapporti giuridici, non certo un argomento per sostenere che il matrimonio sia ancora valido. Cfr. S. PATTI, *Transessualismo*, in *Dig. disc.priv.*, XIX, Utet, Torino 1999, 426 s.

76

Cfr. B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?* in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, cit., 1 ss.

77

20

10. Paradigma bigenitoriale ed eterosessuale della genitorialità vs. disponibilità dello status genitoriale.

Rispecchiando un postulato culturale bigenitoriale ed eterosessuale, la Carta ritiene in definitiva che alla crescita del figlio siano indispensabili non solo e non tanto due adulti pronti a soddisfarne i bisogni, quanto due adulti che rivestano i due distinti ruoli in discorso. Al tempo in cui fu scritta la Costituzione si dava invero per scontato che la procreazione derivasse necessariamente dal rapporto sessuale (per quanto episodico) tra un uomo e una donna, cui spettavano i ruoli naturali di padre e di madre, cui vennero di conseguenza imputate le relative responsabilità giuridiche.

Questo presupposto naturalistico ha perso ogni pretesa di oggettività da quando la tecnica della fecondazione assistita consente di scindere la procreazione dal rapporto sessuale, aprendo altresì la strada – attraverso la donazione del seme o dell'ovulo – alla possibilità di imputare la responsabilità giuridica della procreazione ad uno solo dei genitori biologici, e di assegnare il ruolo dell'altro genitore a chi dichiara di volerlo assumere, previa rinuncia del donante al proprio *status*. Al diritto di procreare si aggiunge dunque, in ipotesi, il diritto di determinare autonomamente le questioni inerenti alla maternità e alla paternità⁷⁸. Si tratta di una novità dipendente dai progressi della medicina, come lo è in gran parte il cambiamento di sesso, ma che – molto più di quest'ultimo - prospetta un'elasticità impreveduta dei paradigmi giuridico-culturali.

Alla luce della nostra Costituzione, i problemi che insorgono al riguardo sono di diversa rilevanza. Una volta ammessa la procreazione assistita all'interno della coppia affetta da infertilità, sembra irragionevole negarle l'accesso alla fecondazione eterologa, che non pone in discussione la etero- e bi-genitorialità della filiazione. La Corte di Strasburgo ha recentemente validato questa convinzione, avanzando un parallelismo con l'adozione richiesta dalla coppia⁷⁹.

Altro deve dirsi per la pretesa del singolo a procreare, rimanendo unico genitore, e per l'accesso alla PMA da parte di coppie dello stesso sesso, che trovano ostacolo, rispettivamente, nella bigenitorialità e nella eterosessualità della filiazione, imposte dalla Costituzione.

Il punto è di sapere se, e a quali condizioni, il figlio possa avere *ex ante* o *in via di principio* un solo genitore, o avere due genitori dello stesso sesso, o anche (a questo punto non è escluso) più di due genitori, formanti una comunità che si costituisce per l'allevamento della prole, ma che non è necessariamente legata da un rapporto amoroso/affettivo.

Nella realtà turbolenta delle odierne relazioni familiari sono ben rintracciabili eventi di questo genere : un genitore può rimanere il solo ad occuparsi del figlio naturale non riconosciuto o non riconoscibile dall'altro genitore ; può intrecciare un rapporto affettivo con persona dello stesso sesso, che assurge di fatto al ruolo di secondo genitore ; mentre il genitore separato può vedere il

Causa X, Y e Z c. Regno Unito, 22 aprile 1997, dove la Corte riconosce il legame familiare di fatto instaurato dal transessuale X con il bambino (nato in virtù di fecondazione eterologa della compagna di X), ritenendo peraltro che tale legame non debba essere necessariamente tutelato tramite l'iscrizione di X come padre nell'atto di nascita, data anche la possibilità di ottenere a termini della legge inglese la *guardianship* sul minore.

78

Cfr. F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, 525.

79

S.H. and others v. Austria, 1° aprile 2010.

figlio accudito tanto dal proprio partner quanto dall'altro genitore legittimo. Più in generale, la realtà registra l'abbandono di alcuni minori da parte dei propri genitori e l'assunzione del ruolo di questi ultimi da parte di altri soggetti : ma l'abbandono e reciprocamente l'acquisto delle potestà genitoriali non sono mai valutati come eventi disponibili in conformità delle libere scelte dell'interessato, e tanto meno in forma preventiva rispetto all'evento della nascita.

E ciò non tanto in ossequio alla certezza degli *status*, ma al principio che sancisce i diritti (oltre che i doveri) genitoriali, imponendo allo Stato l'obbligo di rispettarli. Esso mira evidentemente ad impedire che, come è avvenuto in nefaste congiunture storiche, sia il potere pubblico a stabilire a chi spetti l'allevamento di un bambino, a prescindere dalle sue origini biologiche. Benché infatti sia astrattamente ipotizzabile che l'ordinamento sostituisca alla genitorialità biologica una genitorialità "sociale", basata sulla disponibilità degli adulti ad assumerla, si vede bene come quest'ultima dovrebbe essere preliminarmente vagliata da un'istanza pubblica, cui verrebbe attribuito un immenso potere sulla sorte delle persone⁸⁰.

Altro, insomma, è prevedere che ove il bambino risulti abbandonato, per qualsiasi motivo, il ruolo di genitore possa o debba essere assunto da altri : questione sulla quale influisce inevitabilmente la valutazione del *best interest* del bambino già nato.

Lo dimostra la pronuncia resa dalla Corte costituzionale in merito all'ammissibilità dell'azione di disconoscimento nei confronti del figlio nato dalla fecondazione c.d. eterologa della moglie con il consenso del marito. Escludendo che tale consenso fosse revocabile dopo la nascita del bambino, la sentenza in esame non ha validato la liceità dei negozi sottesi alla PMA, ma ha ritenuto che l'acquisto preliminare e volontario del ruolo paterno debba essere in ogni caso tenuto fermo, nell'interesse del bambino ormai nato⁸¹ (come ha ritenuto d'altronde la successiva legge n. 40 del 2004, disciplinando il caso in cui il divieto di fecondazione eterologa sia stato infranto con successo).

In questa sentenza si vede bene come l'assenza del rapporto sessuale incida sulla genitorialità : la PMA non viene ritenuta assimilabile all'adulterio, sia pure avvenuto con il consenso del marito ai fini di acquisire una prole legittima, e quindi in essa la discendenza puramente biologica non assume rilievo decisivo (inficiando, come la Corte riconosce, "il principio di indisponibilità degli status nel rapporto di filiazione"). E tuttavia la questione non è affrontata in base alla sostituibilità del rapporto sessuale con l'impegno assunto dal marito di riconoscere il nascituro (ossia con la genitorialità "sociale"), ma a partire dal fatto che un bambino è comunque venuto al mondo, e che è *nel suo diritto avere un padre, oltre che una madre*⁸².

E' rispetto a questo diritto che recede il criterio della verità biologica, pur dominante nella materia : consentendo al marito di disconoscere il bambino, quest'ultimo sarebbe infatti privato

80

Per tale motivo deve ritenersi esclusa la possibilità di ancorare all'art. 30, comma 4, un principio di spettanza della genitorialità alla persona che, a prescindere dal legame biologico con il minore, sia capace di soddisfarne le esigenze educative (così invece E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità*, Cedam, Padova 1998).

81

Ordinanza n. 347 del 1998.

82

Così P. STANZIONE, *Rapporti tra genitori e figli*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, t. II, *Rapporti civili. Rapporti etico-sociali*, ESI, Napoli 2007, 273 ss.

della possibilità di avere un padre, a meno di non intentare una (assai ardua) azione di accertamento nei confronti dell'anonimo donatore del seme.

11. Possibilità di superamento : la famiglia monogenitoriale e la coppia bigenitoriale dello stesso sesso.

Diversa potrebbe essere la soluzione, ove invece si ritenesse di ammettere la rinuncia preventiva del donatore al proprio *status*, valutando che in tal caso sia nel migliore interesse del bambino avere un solo genitore, e in particolare avere quell'unico genitore che non solo lo ha generato, ma lo vuole anche riconoscere e allevare come figlio.

In tal modo si sancirebbe la legittimità, in via di principio, della situazione in cui si trova non il genitore che rimane singolo per il mancato riconoscimento da parte dell'altro, e neppure il genitore che è ammesso all'adozione come singolo pur di assicurare comunque al bambino una famiglia, bensì il genitore che è singolo sin dall'inizio per sua libera scelta.

Nel primo caso la monogenitorialità salvaguarda la presenza dell'unico adulto pronto ad assumere le proprie responsabilità rispetto al figlio ; nel secondo rappresenta una risposta ai bisogni del bambino in stato di abbandono (sicché, per quanto imperfetta, non è soluzione da respingere, in mancanza di alternative valide) ; nel terzo costituirebbe invece un diritto, reso possibile dalla rinunziabilità dello *status* genitoriale da parte del donatore.

A nostro modesto avviso, la suddetta rinunziabilità non può ritenersi assolutamente preclusa dalla Costituzione, purché sia salvaguardato il principio di massima tutela dell'interesse del minore. Secondo la tesi qui sostenuta, la nascita di nuovi codici di comportamento non può essere ignorata, ma neppure può condurre all'*interpretatio abrogans* del testo costituzionale. Si tratta piuttosto di considerare il paradigma bigenitoriale come la manifestazione storicamente determinata di un principio che può essere attuato in modo nuovo e diverso, ma che deve essere tenuto fermo nella prevalenza assegnata all'interesse del figlio e ai suoi bisogni rispetto alle esigenze degli adulti che se ne assumono la cura⁸³.

In altri termini, una volta venuto il presupposto naturalistico (ed eliso, ovviamente, il valore religioso della procreazione naturale) anche la necessità giuridica del secondo genitore potrebbe essere eliminata, a condizione di appurare che i codici di comportamento necessari alla armoniosa crescita del bambino possano essere trasmessi dalla sola madre, o dal solo padre.

Non può tuttavia essere ignorato il fatto che la fecondazione eterologa della persona singola, se risulta agevole per la donna, implica il superamento di ulteriori difficoltà per l'aspirante padre, il quale dovrebbe ricorrere non solo alla donazione anonima dell'ovulo, ma anche alla maternità surrogata, che certo anonima non può essere. Per quanto tale ultimo istituto sia previsto nell'ordinamento inglese e statunitense, i Paesi europei che pure non sposano il postulato bigenitoriale ritengono che sia quanto meno incauto recidere il legame tra la madre biologica e il bambino, tenendo fermo un altro postulato, o se vogliamo pregiudizio, che impedisce a colei che ha partorito il figlio di comparire come semplice donatrice, anziché come madre⁸⁴.

83 Esclude invece recisamente questa possibilità F. D. BUSNELLI, *op. cit.*, 528, secondo il quale l'etica pluralistica non può riferirsi ai figli.

84 Molti ordinamenti mantengono infatti fermo il principio che attribuisce la qualità di madre alla donna che ha partorito il bambino, favorendo le coppie di sesso femminile (nelle quali una delle partner può essere fecondata artificialmente con il seme di un donatore anonimo) e sfavorendo le coppie di sesso maschile (che non possono ricorrere se non alla c.d. maternità surrogata, dove la madre biologica dona l'ovulo e porta a termine la gravidanza).

In tal senso l'accesso dei singoli alla fecondazione eterologa rischia di creare una discriminazione tra donne e uomini che potrebbe essere evitata soltanto dopo un'accurata riflessione sul tema.

Tale disuguaglianza si riflette, ovviamente, sulla diversa questione relativa alla fecondazione eterologa praticata all'interno di una coppia dello stesso sesso, con attribuzione *ex ante* del ruolo di "secondo genitore" ad uno dei partner.

A questa difficoltà si aggiunge inoltre la contrarietà al presupposto eterosessuale fatto proprio dalla Costituzione con riguardo alla coppia genitoriale. L'idea è che la divisione dei due ruoli, maschile e femminile, seppur ricondotta al principio di eguaglianza tra i sessi dalla stessa Costituzione, può bensì essere interpretata liberamente dai genitori, nonché criticata dai medesimi onde promuovere il suo superamento, ma fa parte di una cultura che deve essere comunque consegnata al figlio.

La rimozione di tale cultura non sembra possibile a partire dalla semplice constatazione che i ruoli sessuali siano nell'esperienza sociale sempre più sfumati, e che anzi possano auspicabilmente essere rimossi o sostituiti. Non si tratta invero di adeguare l'immagine della *persona* (che nel disegno costituzionale gode di dignità nel senso fatto proprio dal "minimo comune alle morali del nostro tempo"⁸⁵, a prescindere dalla sua identità o dal suo orientamento sessuale), e neppure si tratta di adeguare la concezione morale della *coppia* (che secondo quanto siamo venuti dicendo appare nel disegno costituzionale libera di scegliere i propri codici di comportamento) : si tratta invece di adeguare la concezione morale della *famiglia*, intesa come gruppo finalizzato alla migliore crescita dei minori.

Questo obbiettivo è attualmente perseguito da molte coppie dello stesso sesso che ambiscono ad avere figli (almeno in parte) biologici, attraverso la procreazione assistita di uno dei partner. Alcune coppie di sesso femminile hanno tentato di ottenere tale risultato *ex post*, abbinando - là dove sono ammesse - la fecondazione eterologa della donna sola con l'adozione da parte di persona singola (nella fattispecie, la partner della madre)⁸⁶. Presso la Corte di Strasburgo giacciono attualmente due di questi casi, incagliatisi sulle disposizioni legislative che fanno seguire a tale ultima adozione la rescissione del legame con il genitore naturale.

In ogni caso, il problema della genitorialità di coppie dello stesso sesso e figli non sembra possa essere affrontato attraverso l'"uso alternativo" di discipline destinate alla persona singola : si tratta piuttosto di stabilire direttamente se tali coppie offrano idonee garanzie per la migliore protezione ed educazione dei minori. E soltanto un'indagine svolta a tutto campo sulla realtà sociale può stabilire se si siano concretizzati, nella prassi, paradigmi etico-culturali tanto stabili e tanto sicuri da poter affiancare il risalente modello eterosessuale della genitorialità.

Allo stato degli atti non sembra tuttavia possibile individuare nuovi codici di comportamento che siano sufficientemente diffusi e comprovati da costituire modelli validi per l'allevamento e l'educazione della prole. Non si può che registrare, da un lato, l'insufficienza dei

85

Secondo la surricordata sentenza della Corte n. 293 del 2000.

86

Inutile dire che la fecondazione naturale senza rapporto sessuale, praticata da alcune donne omosessuali, non fa venire meno la giuridica paternità del donatore, che pur essendosi privatamente impegnato a non esercitare i relativi diritti può in seguito rivendicarli : v. il caso *McD v. L.* deciso il 10 dicembre 2009 dalla Corte suprema irlandese.

dati e delle analisi scientifiche a disposizione⁸⁷; dall'altro, la diffusa contrarietà (certo legata anche a quella insufficienza) manifestata da parte della pubblica opinione.

Anche chi è favorevole solleva invero l'esigenza di assicurare comunque al bambino il contatto con "figure genitoriali" di sesso diverso, ritenuto per *communis opinio* indispensabile alla equilibrata crescita del minore⁸⁸. Si noti che a questa stregua la presenza di una terza persona nella vita della coppia dovrebbe essere imposta dalla legge come condizione all'esercizio della potestà sui figli, a prezzo di una notevole ingerenza nella libertà (e nel diritto al rispetto della vita familiare⁸⁹) della coppia medesima. Ciò conferma, come si era anticipato, che l'autonomizzazione della responsabilità genitoriale dai presupposti cui è tradizionalmente ancorata, per quanto astrattamente praticabile, rischi di passare per l'instaurazione di un occhiuto controllo pubblicistico, come unico strumento in grado di assicurare il permanente rispetto dell'"interesse del minore".

12. (segue): il matrimonio come *posterius* rispetto alla filiazione

Da quanto siamo venuti dicendo risulta che diverse opzioni in materia di filiazione sarebbero possibili, senza ledere i principi costituzionali, nel quadro di una legislazione che *ex informata conscientia* fosse in grado di porre a tutela del figlio principi e cautele sufficientemente precisi, tali da non riversare sul giudice l'onere di un bilanciamento estemporaneo ed imprevedibile.

25

Una legislazione del genere rappresenta a sua volta l'ineliminabile presupposto per l'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali.

Se infatti il matrimonio è preferito soprattutto in vista della tutela dei figli, e del loro diritto ad avere un padre ed una madre, è evidente che l'istituto può essere sganciato dal presupposto eterosessuale solo a condizione di sganciarne primieramente la filiazione giuridicamente intesa. Aprire il matrimonio allo scopo di farne discendere immediatamente (o in un secondo tempo) la legittimazione alla genitorialità adottiva rappresenta dunque, a mio modesto avviso, un percorso inverso a quello che la Costituzione richiede⁹⁰.

Sul punto molte ambiguità sono dovute alla sedimentazione delle dottrine che in passato si sono battute per affermare a tutto tondo la rilevanza della c.d. famiglia di fatto, da giustapporre alla famiglia legittima ex art. 29 Cost. Sulla base del medesimo presupposto o pregiudizio naturalistico fatto proprio dai Costituenti, queste dottrine davano a buon diritto per scontato che la convivenza

87

Cfr. G. B. CAMERINI, *Crescere in famiglie omogenitoriali : ricerche psicologiche tra problemi di metodo e contraddizioni dei risultati*, in *Minorigiustizia* 2009, 242 ss.

88

D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.* 2005, 151.

89

Nel caso *Schalck and Kopf v. Austria*, deciso il 27 giugno 2010, la Corte CEDU ha ritenuto (par. 95) che la situazione delle coppie conviventi dello stesso sesso vada ormai ricondotta alla protezione della "vita familiare" (e non genericamente della vita privata, come aveva affermato in passato) ex art. 8 CEDU.

⁹⁰ La sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale conferma questo assunto, ove la (potenziale) finalità procreativa del matrimonio, come criterio di discriminazione tra il trattamento delle coppie eterosessuali rispetto a quelle dello stesso sesso, vada più correttamente intesa come il paradigma culturale etero- e bi-genitoriale sul quale si fonda il matrimonio.

more uxorio portasse con sé la (o meglio la possibilità della) procreazione naturale, e potesse perciò godere in via di principio della protezione dell'art. 30 Cost. (più forte e concreta di quella offerta dall'art. 2 Cost.)⁹¹.

L'emergere della "questione omosessuale" mette ora in piena luce la distinzione dei piani o livelli di interesse costituzionale : la disciplina della filiazione, da un lato, e la disciplina della coppia adulta, dall'altro. Le due discipline si collegano nel matrimonio, ma rimangono distinte quando il matrimonio non c'è. Tutti gli ordinamenti contemporanei si informano d'altronde alla tendenziale distinzione tra le sorti del rapporto di coppia e quelle del rapporto tra genitori e figli. Ognuno però lo fa a suo modo : se altrove la precedenza è data alla famiglia come "luogo di educazione" che prescinde dalla bigenitorialità, ciò è dovuto anche al fatto che in tali sistemi, per ovvie considerazioni di realismo, o per non concedere neppure un indiretto riconoscimento alla convivenza *more uxorio*, la famiglia naturale si fonda esclusivamente sulla figura materna.

Ad esempio il codice civile tedesco, fino alla *Kindschaftsrechtsreformgesetz* del 1998, attribuiva la potestà sul figlio naturale alla sola madre. In questa medesima ottica, nell'ordinamento spagnolo è stata ammessa la fecondazione eterologa della donna singola : ed è quanto verosimilmente ha reso più semplice il superamento del modello eterosessuale nel matrimonio⁹². Partendo dalla monogenitorialità diventa infatti concepibile che il ruolo e il sesso di colui o di colei che stringe un rapporto di *affectio* con il padre o con la madre non abbia soverchia importanza, e che possa essere valutato, secondo le regole generali, *a posteriori*, a seconda dell'influsso positivo o negativo che spiega sull'equilibrato sviluppo del minore. E diventa al limite concepibile che la ufficializzazione del rapporto affettivo in virtù del matrimonio conferisca una presunzione di idoneità allo svolgimento dei compiti genitoriali, tanto nei confronti del figlio biologico del o della partner, quanto nei confronti di un figlio adottato dalla coppia.

Si noterà l'eterogenesi dei fini subito dalla scelta di consentire la monogenitorialità, che scaturiva dalla conservazione dei principi etico-religiosi tradizionali, e che ha finito per condurre al loro scardinamento (peraltro non indolore, e tuttora *sub judice*)⁹³.

A partire dalla nostra Costituzione, che protegge bensì la maternità generalmente intesa, ma in aggiunta pretende, da parte dei padri naturali, l'adempimento dei loro doveri nei confronti della prole, l'itinerario non può che essere diverso. Sinché questo non venga intrapreso, i partner dello stesso sesso non possono giungere nel nostro ordinamento alla pienezza delle virtualità familiari, né come coppie conviventi ammesse alla PMA eterologa, né a maggior ragione come coppie coniugate.

La protezione delle formazioni sociali sancita dall'art. 2 Cost. offre al contrario ottimi argomenti favorevoli al riconoscimento delle esigenze (diverse dalla genitorialità congiunta) che tali coppie non possono soddisfare con il matrimonio. E nei fatti non è improprio pensare che la ufficializzazione di queste unioni, presso cui potrebbe trovarsi a crescere la prole di uno dei due

⁹¹ V. *supra* par. 7.

⁹²

Così L. M. DIEZ PICAZO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit. Il Mulino, Bologna 2007, 330.

⁹³

V. *supra* la nota n. 24.

partner, possa contribuire a fare esperienza del modello bigenitoriale impersonato da coppie dello stesso sesso. E' quanto testimonia, ad esempio, una recente pronuncia giurisdizionale relativa al "contesto familiare" assicurato da una coppia lesbica ai figli concepiti tramite PMA da una delle partner⁹⁴.

14. Conclusione : i valori comuni all'Italia e all' Europa.

Sulla base della precedente analisi, si può intuire che la presunta distanza se non opposizione assiologica tra l'ordinamento costituzionale italiano e le Carte europee non è riscontrabile. I punti di tensione che pure sussistono, lungi dal salvaguardare la identità nazionale, possono e debbono in gran parte essere superati, nella consapevolezza che comune è l'orientamento di fondo : la realizzazione della personalità degli adulti, da un lato, la migliore crescita dei minori, dall'altro.

Viene in primo luogo in considerazione il diritto di fondare una famiglia previsto nell'art. della Carta di Nizza, che com'è noto lo ha testualmente disgiunto dal diritto di sposarsi. Questa scissione appare innanzi tutto dovuta alla consolidata giurisprudenza di Strasburgo, che dal diritto al rispetto della vita familiare ex art. 8 CEDU ha desunto il diritto dei genitori e dei loro figli biologici a costituire una comunità di vita riconosciuta dall'ordinamento, a prescindere dalla legittimità della filiazione (e dall'orientamento sessuale del genitore biologico)⁹⁵.

27

Al riguardo, vi è piena armonia con il nostro ordinamento in virtù della tutela apprestata dall'art. 30 Cost. ai legami familiari naturali : con la ben nota eccezione relativa ai legami di parentela, che la Corte costituzionale ha più volte ribadito. Sembra peraltro che lo iato debba essere colmato – in conformità con lo spirito che informa le disposizioni costituzionali - riferendo i "diritti dei membri della famiglia legittima" di cui all'art. 30, comma 3, ai soli diritti all'unità e all'armonia della vita in comune di cui sono titolari i componenti della famiglia nucleare⁹⁶.

Quanto alle nuove potenzialità che il diritto di fondare una famiglia ha generato in riferimento alla fecondazione eterologa, si segnala la recente decisione della Corte di Strasburgo, che ha ritenuto in contrasto con la CEDU il divieto di fecondazione eterologa (tramite donazione dello sperma o dell'ovulo), laddove la legislazione nazionale già ammetta la procreazione

94

Il Tribunale di Milano, nel valutare su richiesta del PM l'affidabilità del contesto in cui i due bambini venivano allevati, ha ritenuto che essi siano stati cresciuti secondo uno "schema tipicamente familiare" (notizia riportata da "La Repubblica" il 30 gennaio 2010). La madre biologica è stata inoltre ritenuta idonea a svolgere il proprio ruolo genitoriale, nonostante l'intervenuta separazione dalla partner (che si era vista rigettare per difetto di legittimazione la richiesta di affido condiviso dei bambini e il diritto di visita) e l'allacciamento della relazione con un'altra donna. La cronaca riporta che il padre biologico, convivente con un altro uomo, avrebbe iniziato a frequentare i due bambini...

95

Cfr. F. SUDRE, *La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, in ID. (a cura di), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 2002, 11 ss. ; G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2005, 263 ss.

96 Cfr. G. FERRANDO, *Il rapporto di filiazione naturale*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, vol. III, UTET, Torino 1997, 94 ss.

medicalmente assistita. Con ciò la Corte ha precisato che la discrezionalità degli Stati in materia, già riconosciuta nel caso *Evans*, non giustifica scelte che si rivelino discriminatorie, escludendo senza ragionevole motivo le coppie incapaci di generare per infertilità assoluta di uno dei partner⁹⁷.

Questa sentenza comporta indubbiamente l'obbligo del nostro ordinamento di abolire il divieto di fecondazione eterologa introdotto dalla legge n. 40 del 2004. Dato il caso trattato e le argomentazioni sviluppate, tale decisione non sembra però in grado di influenzare né la questione della fecondazione eterologa richiesta della persona sola (anziché dalla coppia), e neppure la questione dell'accesso alla PMA delle coppie dello stesso sesso (che sono impossibilitate a procreare per infertilità non assoluta, ma relativa al sesso del partner prescelto). Il principio di non discriminazione non potrebbe invero essere applicato rispetto ad una legislazione, come la nostra, che riservi l'accesso alla PMA soltanto alle coppie eterosessuali : se non a condizione di porre principi nuovi, quale la natura individuale del diritto a procreare, da un lato, e la liceità della costituzione di coppie bigenitoriali dello stesso sesso, dall'altro.⁹⁸

E' quest'ultimo il punto – il regime eterosessuale della filiazione – sul quale il nostro ordinamento opporrebbe ostacoli insuperabili. Secondo quanto si è detto in precedenza, è da auspicare peraltro che esso non rimanga sordo e indifferente alla eventuale maturazione di una differente valutazione del fenomeno, non solo per accondiscendere a quanto potrebbe avvenire in Europa, ma anche in omaggio al riconoscimento costituzionale del pluralismo delle morali.

Per il momento, non possono comunque trarsi obiezioni dallo statuto dell'adozione, che per la giurisprudenza europea (come per quella costituzionale italiana) non rappresenta per l'aspirante genitore un diritto⁹⁹. La scelta del nostro legislatore di riservare l'adozione alle coppie (eterosessuali) sposate corrisponde del resto alla Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 ; né urta con gli appelli che il Parlamento europeo rivolge periodicamente agli Stati membri in favore dei diritti degli omosessuali, dal momento che essi non hanno mai richiesto il riconoscimento del diritto all'adozione da parte delle coppie dello stesso sesso, ma unicamente da parte dei singoli omosessuali.

Diverso è il caso dell'adozione da parte di persona singola, rispetto alla quale la Corte di Strasburgo ha avuto modo di sanzionare il diniego opposto per motivi diversi dalla tutela dell'interesse del minore, e in particolare per motivi legati all'orientamento sessuale dell'aspirante genitore adottivo, laddove lo Stato abbia riconosciuto in via generale il diritto di adottare del singolo¹⁰⁰. Come è noto, non è questo il caso del nostro ordinamento, anche se non è affatto esclusa un'evoluzione al riguardo¹⁰¹.

97

V. ancora *S.H. and others v. Austria*, 1° aprile 2010.

98

Diversa potrebbe essere la risposta della Corte di Strasburgo nei confronti di uno Stato membro che abbia scelto di ammettere alla fecondazione eterologa la donna sola, ma impedisca l'insorgere di un legame adottivo tra il bambino così generato e la partner della madre : v. i casi pendenti *X e altri c. Austria* (ricorso n. 19010/07 del 24 aprile 2007) e *Gas e Dubois c. Francia* (ricorso n. 25951/07 del 15 giugno 2007).

⁹⁹ V. da ultimo il caso *E. B. c. France*, deciso il 22 gennaio 2008, dove si ribadisce (par. 41) che l'art. 8 della Convenzione non protegge il diritto di adottare né il desiderio di fondare una famiglia, bensì presuppone l'esistenza di una famiglia.

100

Con riguardo poi ai rapporti tra gli adulti, il diritto di fondare una famiglia previsto dalla Carta di Nizza rinforza il diritto al rispetto della vita familiare ex art. 8 CEDU, che secondo l'ottica della Corte di Strasburgo assicura tutela ai legami di coppia concretantisi nella diuturna condivisione materiale e spirituale, pur in assenza di matrimonio. Anche su questo punto è evidente la coincidenza con il nostro assetto costituzionale, che per comune consenso assicura alle coppie conviventi *more uxorio* la protezione dell'art. 2 Cost.

Se per la Corte costituzionale italiana tale protezione non comporta l'estensione del trattamento riservato alle coppie coniugate, non diversamente ritiene la Corte CEDU, che riconosce agli Stati il potere di differenziare tra unioni di fatto e unioni basate sul matrimonio, a condizione che le differenze siano "proporzionate al fine di salvaguardare la nozione di famiglia in senso tradizionale"¹⁰². La esclusività del matrimonio non ha ceduto neppure di fronte alla richiesta di considerare come coniugi l'uomo e la donna che hanno lungamente convissuto dopo essersi sposati con il solo rito religioso, quando esso sia privo nell'ordinamento nazionale degli effetti civili, com'è avvenuto nel recente caso di una donna turca aspirante alla pensione di reversibilità del convivente defunto. Al riguardo la Corte ha precisato di non poter "imporre alla Turchia di legiferare riconoscendo i diritti delle comunità di vita stabili"¹⁰³.

La esclusività del matrimonio e dei suoi effetti cede invece quando la legge nazionale abbia accordato ai conviventi *more uxorio* alcuni dei diritti dei coniugi¹⁰⁴: nel qual caso il giudice può essere chiamato a valutare se tale concessione appaia ingiustamente limitata sotto qualche profilo, ivi compresa la disparità di trattamento delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali.

Così è avvenuto a Strasburgo nel caso *Karner*, ove è stato ritenuto sproporzionata, rispetto al fine di tutelare la famiglia in senso tradizionale, l'incisione nel diritto al rispetto del proprio domicilio, derivante dalla negata successione dell'omosessuale nel contratto di locazione già intestato al compagno defunto, successione che la legge austriaca prevede in generale a favore del

V. ancora il caso *E. B. contro Francia*, cit., là dove la Corte (par. 48 s.) statuisce che la scelta del legislatore francese di ammettere il diritto all'adozione da parte di *célibataires* comporta il divieto ai sensi dell'art. 14 della Convenzione di darne un'applicazione discriminatoria.

¹⁰¹ La Corte costituzionale, nella sentenza n. 183 del 1994, ha chiarito che la Costituzione non impedisce un'innovazione legislativa tesa ad ampliare l'adozione da parte della persona singola, ove questa possa ritenersi in concreto più conveniente all'interesse del minore. In proposito non sembra che il nuovo progetto di Convenzione europea sull'adozione dei minori crei maggiori problemi rispetto al testo vigente, che prevede già l'adozione del singolo (cfr. rispettivamente l'art. 7, comma 1, lett. b) e il vigente art. 6).

¹⁰² Cfr. i casi *Marckx c. Belgio* (1979), *Mazurek c. Francia* (2000), *Mata Estevez c. Spagna* (2001). V. M. LEVINET, *La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* in *Rev. trim. dr. h.* 2004, 889 ss.

103

V. il caso *Serife Yigit c. Turchia*, deciso il 20 gennaio 2009, relativo ad una coppia che dopo aver celebrato il matrimonio religioso aveva sempre convissuto e aveva avuto sei figli.

104

A differenza della precedente, la identica richiesta avanzata da una donna gitana che si era sposata secondo il rito seguito dal proprio popolo (quando in Spagna era ammesso il solo matrimonio cattolico) è stata accolta – oltre che in ossequio all'obbligo internazionale di tutela verso le minoranze etniche – in ragione dell'affidamento che lo Stato spagnolo aveva creato riconoscendo alla donna la qualità di coniuge ai fini dei sussidi riservati alle famiglie numerose (caso *Muñoz Diaz c. Spagna*, discusso in data 8 giugno 2009).

“*Lebensgefährte*” che abbia convissuto almeno per tre anni con il titolare¹⁰⁵. E così è avvenuto anche a Lussemburgo nel caso *Maruko*, ove l’estensione di una pensione di reversibilità di diritto speciale a favore dei conviventi dello stesso sesso uniti da una *Lebenspartnerschaft* è stata riconosciuta alla condizione (sottoposta a verifica da parte del giudice nazionale) che la legge tedesca parifichi, sotto il profilo pensionistico, la situazione delle coppie che hanno stipulato il suddetto partenariato alla situazione dei coniugi¹⁰⁶.

Entrambe le Corti europee sono anche ferme nel ritenere legittima la restrizione del matrimonio alle coppie di sesso diverso (e sia pure quando il diverso sesso sia frutto di una modificazione di quello originario¹⁰⁷), come testimonia, da ultimo, la decisione della Corte di Giustizia sul caso *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, adottata dopo l’approvazione della Carta di Nizza¹⁰⁸.

Se è dunque indubitabile che il rinvio alle leggi nazionali che disciplinano il matrimonio ex art. 9 della Carta di Nizza (ed ex art. 12 della CEDU) non assolve gli Stati dall’onere di rispettare il nucleo essenziale del diritto a sposarsi, è anche vero che in tale nucleo essenziale non rientra attualmente il diritto di contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso. In altri termini, il principio di non discriminazione in base agli orientamenti sessuali può trovare legittimo intralcio con riferimento alla libertà matrimoniale.

Tale esito è ora ribadito dalla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, che ha dichiarato inammissibile la questione relativa alla violazione delle suddette Carte con riguardo alla mancata ammissione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Nella stessa sentenza la Corte ha tuttavia affermato che le coppie in esame godono della protezione costituzionale dell’art. 2 Cost., rimettendone la disciplina all’intervento del legislatore, non diversamente da quanto è stato più volte affermato con riguardo alle coppie conviventi.

In questo senso si può dire che il ripetuto invito del Parlamento europeo a prevedere per le coppie dello stesso sesso una forma ufficiale di unione risulta in perfetta armonia con la Costituzione italiana, così come l’invito a dotare le coppie conviventi *more uxorio* di alcuni diritti (di natura fiscale, patrimoniale e sociale) che spettano a quelle coniugate¹⁰⁹.

105

Caso *Karner c. Austria*, deciso il 24 ottobre 2003. La Corte non ha ritenuto necessario esaminare se vi sia stata lesione della vita privata o familiare, imputando la situazione reclamata al diritto al rispetto del proprio domicilio, previsto nello stesso art. 8 CEDU.

106

Il caso *Maruko*, deciso il 1° aprile 2008, non può quindi essere interpretato come l’affermazione di un principio di diritto comunitario che prescriva l’estensione alle coppie dello stesso sesso dei benefici concessi alle coppie sposate.

107

Sul diritto al matrimonio della persona transessuale (con notevole ritardo rispetto all’ordinamento italiano) v. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Goodwin c. Regno Unito* (11 luglio 2002) ; Corte di Giustizia, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency* (7 gennaio 2004).

¹⁰⁸ Nel caso in esame, deciso il 31 maggio 2001, la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto comunitario fondato sulla tradizione comune agli Stati membri impedisce di riconoscere l’equiparazione, disposta dalla legge svedese, tra matrimonio e unione registrata di persone dello stesso sesso.

109

V. da ultimo la risoluzione adottata il 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea, che è la quarta delle iniziative promosse al riguardo.

La reticenza del legislatore ad adottare le richieste discipline non può trovare dunque giustificazione nella presunta difesa della identità costituzionale italiana. Tanto meno oggi, quando tale lacuna crea una discriminazione a rovescio a danno dei cittadini italiani, privandoli della possibilità di esercitare il diritto al ricongiungimento previsto dalle direttive n. 2004/38 e n. 2003/86¹¹⁰.

Al riguardo è necessario precisare che la normativa comunitaria – in conformità ai principi espressi dalla giurisprudenza più sopra richiamata - non pretende la trascrizione dell'unione registrata o del matrimonio celebrato all'estero, quando essi non siano previsti dall'ordinamento italiano e tanto meno quando siano contrari al nostro ordine pubblico internazionale (ovvero ai principi costituzionali)¹¹¹. Essa prevede soltanto che la convivenza duratura e debitamente comprovata dia diritto a richiedere il ricongiungimento sul territorio nazionale con il partner che si trovi all'estero : diritto che rimane precluso alle coppie italiane non sposate, in quanto esse non dispongono di strumenti legali atti a documentare ufficialmente la propria unione (salvi forse coloro che in base alle normative locali possono dichiarare in pubblici registri il proprio *status* di conviventi).

In tal senso la pressione del diritto comunitario si rivela non tanto l'odioso frutto della globalizzazione, ma un provvidenziale stimolo all'ingresso, costituzionalmente imposto, del pluralismo delle morali nella disciplina delle coppie conviventi.

31

110

Sulla incostituzionalità della normativa di attuazione delle succitate direttive sia consentito rinviare ancora a M. MANETTI, *Il ricongiungimento familiare nel diritto italiano*, cit., ss.

111

In particolare, il limite di ordine pubblico internazionale opposto nel nostro ordinamento alla trascrizione-registrazione dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso non confligge con "l'ordine pubblico europeo". Così invece A. CELOTTO, *La libertà di contrarre matrimonio fra Costituzione italiana e (progetto di) costituzione europea : spunti di riflessione* in *Famiglia* 2004, 326 ss. Sulle difficoltà che si oppongono alla registrazione di tali unioni nel nostro ordinamento v. G. ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso : problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2003, 370 ss.

