

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 31/10/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36640-la-famiglia-omosex-le-prime-volte-dell-italia>

Autore: Martina Tosetti

La famiglia “omosex”: le prime volte dell’Italia

La famiglia “omosex”: le prime volte dell’Italia.

di Martina Tosetti

Sommario

I. La famiglia e la codificazione di un catalogo autonomi di diritti in ambito europeo; II. La famiglia nel diritto italiano: nesso inscindibile con l’istituto del matrimonio e tutela dell’art. 29 Cost.; III. I passi in avanti compiuti sul fronte giurisprudenziale.

I. La famiglia e la codificazione di un catalogo autonomo di diritti in ambito europeo.

Di diritti fondamentali e della loro rilevanza giuridica non si trova traccia nella versione originaria del Trattato CE¹, improntato alla tutela delle libertà economiche, funzionali alla realizzazione di un mercato unico comune quale idea ispiratrice della Comunità stessa. L’attuale politica dell’Unione volta alla tutela dei suddetti principi è il risultato di tre diversi orientamenti che hanno avuto ad oggetto, rispettivamente, la definizione di una gerarchia delle fonti, la regolamentazione e l’individuazione dei principi fondamentali stessi^{2 3}.

In un ordinamento sovranazionale in cui l’individuo rilevava non tanto come persona quanto piuttosto come lavoratore e come protagonista di un complesso sistema volto alla realizzazione del mercato unico, i diritti fondamentali della persona potevano, dunque, essere compresi in funzione degli interessi e degli obiettivi perseguiti dalla Comunità. “*Garantire la tutela dei diritti fondamentali nei limiti e alla luce delle esigenze mercantilistiche dell’ordinamento comunitario poteva comportare un «affievolimento» dei diritti in nome dell’interesse della Comunità*”.

In questa prospettiva strettamente economica la stessa Corte di giustizia è stata più volte accusata di non prendere «sul serio» la tutela dei diritti fondamentali⁴: giova qui ricordare il noto caso *Grogan* (C. Giust. CE, 4 -10-1991, C-59/90, Grogan, in Racc., 1991, I-4685), ove la questione del caso

¹ I. QUEIROLO, *Diritti fondamentali (Unione europea)* estratto da *Digesto delle discipline pubblicistiche - aggiornamento*, pp.79 e ss. UTET GIURIDICA. La Comunità nasce quale realtà composta da Stati indipendenti, con reciproca indipendenza giurisdizionale, ed è questa la ragione principale per cui, inizialmente, non viene percepita la possibilità di un controllo accentrativo in materia di diritti fondamentali comuni, tutelati a livello di Corti dei singoli Paesi membri. Il processo di integrazione europeo, nato con gli anni ’50, con una finalità essenzialmente economica di tutela delle libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, muta nel tempo con riferimento ai diritti fondamentali spettanti ai cittadini dei Paesi firmatari.

² M. MARESCA, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa* di W. Brauneder in *Valori e principi nella Costituzione Europea (il diritto alla mobilità)*, pp. 15 e ss. IL MULINO 2004

³ *L’influenza della Carta di Nizza nelle sentenze della Corte di giustizia in materia di egualanza e dignità della persona* su www.europeanrights.eu/public/commenti/commento_Pistorio.doc

⁴ Del resto, anche a livello formale, tale ricostruzione appariva perfettamente coerente con la tradizionale collocazione dei principi generali del diritto comunitario – compresi i principi relativi alla tutela dei diritti – quali fonti intermedie, in quanto sovraordinati rispetto alle fonti derivate ma non equipollenti ai Trattati.

concreto relativo all'aborto veniva affrontata dalla Corte *soltanto in relazione alle problematiche connesse alla libertà di prestazione dei servizi delle cliniche che praticano l'interruzione della gravidanza, senza alcun riferimento alle esigenze di bilanciamento tra diritti del nascituro e diritti della madre*⁵.

Le reazioni delle Corti costituzionali nazionali a siffatto orientamento erano accomunate dal riconoscimento del primato del diritto comunitario, con riserva alle stesse Corti nazionali, però, del potere di vagliarne la compatibilità con i principi costituzionali di diritto interno⁶.

Nel quadro di evoluzione così delineato, a seguito, anche, della trasformazione della Comunità Europea in Unione Europea, della svolta avutasi con il riconoscimento delle tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali a livello europeo, prima nel Trattato di Maastricht (art. 6) e poi con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, e con riferimento alle tematiche che si intendono affrontare nella ricerca qui condotta, viene da chiedersi quale sia il grado di tutela che l'UE riconosce con riferimento ai diritti relativi alla famiglia, alla vita di relazione e ai rapporti familiari. In tal senso occorre soffermarsi sulla fonte in cui maggiormente si concretizza il processo europeo⁷ di codificazione di un catalogo autonomo di diritti : la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, approvata a Nizza nel 2000 e divenuta vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre del 2009⁸.

⁵ Facendo un ulteriore passo indietro, inoltre, meglio si comprende come la Corte di Giustizia, nei suoi primi anni di vita, nel definire le linee guida per la salvaguardia di tali diritti fondamentali, sostenesse l'irrilevanza di quei diritti che rimanevano fuori dal quadro della politica sociale oggetto dell'agire della Comunità, anche se eventualmente garantiti da norme costituzionali nei diversi Paesi membri, con la ratio di assicurare il primato incondizionato del diritto comunitario. In tale prospettiva la Corte, nel famoso caso *Stork* (C. Giust. CE, 4-2-1959, 1/58), con riferimento all'Alta Autorità della CECA, affermava la sua incompetenza nell'applicazione dei singoli diritti nazionali e la possibilità che le fonti comunitarie possano essere valutate come legittime anche laddove vadano a ledere diritti costituzionalmente riconosciuti p.4 lett. A) “*L'alta autorità, come risulta dall'art. 8 del Trattato, è tenuta ad applicare solo il diritto della comunità, mentre è incompetente ad applicare i singoli diritti nazionali. Anche la Corte, norma dell'art. 31 del Trattato, deve semplicemente garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato e dei regolamenti di esecuzione, ma non è di regola tenuta a pronunciarsi in merito alle norme dei diritti nazionali. Ne consegue che anche la censura relativa al fatto che l'Alta Autorità con la sua decisione avrebbe violato principi fondamentali della Costituzione tedesca (in particolare gli artt. 2 e 12) non può essere presa in considerazione dalla Corte.*”

⁶ Punti significativi di apertura della Corte di Giustizia si possono individuare nei casi *Stauder* (C. Giust. CE, 12-11-1969, 29/69) e *Internationale Handelsgesellschaft* (C. Giust. CE, 17-12-1970, 11/70) i quali rispettivamente riconoscevano il ruolo della Corte quale organo competente a garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario e quale parte integrante dei principi giuridici assunti come fonte di diritto primario, la cui salvaguardia è informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri e va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità.

⁷ I. QUEIROLO E L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione Europea e relazioni familiari*, pp. 258 e ss., seconda edizione, TORINO Giappichelli Editore

⁸ In particolare l'attenzione va posta sulla previsione di cui all'art. 6 par. 1 nella parte in cui precisa che “*l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.*

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.”

In proposito il capo II della Carta è dedicato ai diritti di libertà e sicurezza, rispetto della vita privata e familiare, diritto di sposarsi e costruire una famiglia: protezione del nucleo familiare (art. 33) e diritto di fondare la propria famiglia sono i cardini di questa disciplina⁹. La finalità dichiarata di suddetta Carta non consiste nel voler introdurre nuovi diritti e libertà rispetto a quelli già tutelati a seguito di mutuazione dai diritti costituzionali e pattizi bensì nel voler attribuire maggiore importanza e più alto grado di tutela a tali diritti, in quanto parte di un progetto di realizzazione di una cittadinanza europea. Nel preambolo della Carta e poi all'art. 52 delle stessa¹⁰, infatti, si evidenzia la volontà di riaffermare i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni e in modo particolare dalla CEDU: è quindi necessario condurre l'esame in modo congiunto con riferimento alla Carta di Nizza e alla CEDU per poter cogliere a pieno i limiti normativi entro cui condurre la ricerca¹¹.

Delineato, in tal modo, il panorama di tutela a livello, ciò che inizialmente più rileva con riferimento alla ricerca in oggetto, è il dato che otteniamo dalla lettura comparata degli artt. 12 CEDU e 9 Carta¹². Già dal puro dato letterale emerge chiara la differenza tra le due norme: la previsione della CEDU, infatti, presuppone che il riconoscimento del diritto al matrimonio possa

⁹ La Carta rappresenta e codifica soluzioni ormai generalmente condivise: infatti, nonostante sia stata proclamata quale atto meramente declaratorio e simbolico, essa ha prodotto nel tempo effetti molto significativi ed è diventata importante contributo al processo di valorizzazione dei diritti fondamentali sia sul piano della dottrina, che ne ha immediatamente rilevato il «plusvalore», *in quanto testo scritto, solenne ed ufficiale, un vero e proprio Bill of rights dell'Unione europea, che soddisfa quel bisogno di certezza del diritto e dei diritti, concorrendo a creare nei cittadini dell'Unione la consapevolezza della loro comune identità, al fine di renderli i veri protagonisti della costruzione europea*, sia a livello giurisprudenziale, dapprima quando il Tribunale costituzionale spagnolo, con la sentenza 30 novembre 2000, n. 292, richiamava l'art. 8, al fine di rafforzare la dichiarazione di illegittimità di alcune disposizioni di una legge nazionale e poi successivamente quando è stata richiamata e utilizzata quale strumento immediato e privilegiato di aiuto interpretativo e di identificazione dei diritti e dei principi generali del diritto comunitario, *per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei, da Corti costituzionali, da giudici ordinari, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e più volte dal Tribunale di I stanza*.

¹⁰ 52.2 “I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda protezione più estesa. 4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni”

¹¹ La Convenzione Europea per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel '50, elaborata dal Consiglio d'Europa e recante un catalogo di diritti fondamentali ai quali deve conformarsi l'operato dei Paesi contraenti, ai sensi dell'art. 6 paragrafi 2 e 3 TUE – 2. “L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati; 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.” –, ha forza giuridica vincolante e costituisce una clausola di tutela “minima”, ovvero indice del livello di protezione minimo, garantendo un grado di giustiziabilità dei diritti umani senza precedenti, che deve ora essere equivalente a quello dei diritti sanciti nella Carta, inteso in senso non più restrittivo rispetto alla prassi interpretativa ed applicativa sviluppatasi nel corso del tempo.

¹² Articolo 9 Carta: “Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”; Articolo 12 CEDU: “ Diritto al matrimonio. A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”.

aversi solo con riguardo a coppie eterosessuali, solo a “uomini e donne” in età adatta e secondo quanto previsto dalle normative nazionali di riferimento, fornendo a livello applicativo un implicito richiamo al modello tradizionale di famiglia basata sul matrimonio che, seppur non le impedisca, non costituisce base di tutela per le unioni di coppie omosessuali. In questo senso si orienta la stessa Corte di Giustizia, ad esempio, nel caso *Rees* (C. Giust. CE Rees v. The United Kingdom, 17/10/1986) e nel caso *Goodwin* (C. Giust. CE Goodwin v. c. Regno Unito n. 28957/95, 11/07/2002) con riferimento ai mutamenti di identità sessuale, confermando in entrambe le sentenze che l’art. 12 CEDU conferisce il diritto al matrimonio a persone di sesso diverso, a prescindere dal fatto che siffatta differenza sussista sin dal momento della nascita. E ancora, in tempi più recenti, nella celeberrima sentenza del 2010 *Schalk e Kopf* v. Austria (C. Giust. CE n. 30141/04, 24/06/2010) la Corte afferma che “*non costituisce violazione dell’articolo 12 da parte di uno Stato membro la mancata estensione dell’accesso al matrimonio alle coppie costituite da individui dello stesso sesso. Ciò perché si tratta di un istituto giuridico profondamente connesso alle radici storiche e culturali di una determinata società e rispetto al quale non è ravvisabile un’univoca tendenza negli ordinamenti interni degli Stati membri. Pertanto, rientra nell’ambito della discrezionalità propria di uno Stato la scelta in merito all’introduzione di una normativa in tal senso, secondo le ragioni di opportunità politica e sociale che ritenga preponderanti*”¹³.

In *Schalk* la I Sessione ha, quindi, unanimemente, ritenuto non violato l’art. 12 con riferimento al diritto di sposarsi ma, contestualmente, ha esteso la nozione di vita familiare, alla luce degli orientamenti prevalenti nella società europea, a ricoprendervi le coppie dello stesso sesso che *si trovano in una situazione simile a quelle eterosessuali rispetto al bisogno di riconoscimento e protezione legale.*¹⁴

In questo senso la Corte di Giustizia ha riconosciuto che una convivenza e una vita di relazione affettiva stabile e duratura, anche se di natura omosessuale, rientrino a pieno nell’ambito di tutela offerta dal concetto di vita familiare di cui all’art. 8 CEDU. Inoltre le conclusioni del Giudice sono ancorate a una valutazione generale della situazione di evoluzione sociale e culturale dell’Europa e ciò, pertanto, non esclude una pronuncia di segno opposto laddove venissero registrati dei cambiamenti significativa di questa realtà.

¹³ Ancora, “*a parere della Corte, ad oggi, all’interno del concetto di “vita familiare”, il cui rispetto è garantito dall’articolo 8, devono potersi ricondurre anche le relazioni sentimentali e sessuali tra persone dello stesso sesso. Pertanto, costituirebbe una violazione dell’articolo 8 in combinato disposto con l’articolo 14 la mancanza di tutela e riconoscimento adeguato, all’interno di uno Stato membro, delle coppie omosessuali. Nel caso in cui, dunque, uno Stato si dotasse di uno strumento giuridico che permetesse la tutela dell’unione familiare tra soggetti dello stesso sesso, anche se ciò avvenisse in ritardo rispetto ad altri Stati membri, non incorrerebbe nella suddetta violazione. Tale conclusione è, anche in questo caso, giustificata dall’assenza di un comune orientamento condiviso dai legislatori nazionali*”.

¹⁴C. DANISI *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: vita familiare e difesa dell’unione tradizionale*, in Quaderni Costituzionali 2010, fasc. 4, pp. 870- 873

Con riferimento, invece, all'art. 9 della Carta di Nizza è necessario evidenziare il carattere indifferenziato di suddetta previsione normativa che non contiene alcuna precisazione con riguardo alla diversità di sesso come presupposto per invocare la tutela relativa, prevedendo un generico richiamo al diritto di sposarsi e costruire una famiglia secondo quanto previsto dalle leggi nazionali. Secondo la dottrina maggioritaria, allora, siffatta differente formulazione rispetto al testo dell'art. 12 CEDU deve essere letta come un'apertura innovatrice con riguardo alle coppie omosessuali¹⁵. L'art. 9 della Carta, allora, viene letto come espresso riconoscimento del diritto di matrimonio e di formare una famiglia con funzione di “*favorire il riconoscimento delle pluralità delle forme di convivenza, anche quelle fondate su unioni omosessuali, (che) emerge (...) alla luce di un(a sua) interpretazione sistematica (...), in combinato disposto con il divieto assoluto di discriminazioni, fondate inter alia sull'orientamento sessuale ex art. 13 TCE*¹⁶”.

Il secondo punto di contatto tra Carta e CEDU riguarda il concetto di vita familiare: se l'articolo 8 CEDU afferma che “*ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza e non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui*” la Carta, in piena coerenza, all'articolo 7, sancisce il rispetto della vita privata e della vita familiare per cui “*ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni*”, senza prevedere alcuna ulteriore precisazione in ordine ai limiti posti all'agire della pubblica autorità, limiti comunque desumibili dal testo delle Convenzione. Nella prospettiva degli articoli appena riportati, quindi, e rispetto a quanto detto in precedenza con riguardo agli artt. 9 Carta e 12 CEDU, pare opportuno evidenziare come la *famiglia di riferimento* sia quella che va oltre il modello tradizionale di matrimonio legale e non fittizio o risultante da altri tipi di legami naturali o di carattere giuridico – come nel caso dei rapporti derivanti dall'adozione –, ossia quella che si configura in presenza di forme di convivenza stabile, seria e duratura, a prescindere da eventuali forme di formalizzazione o registrazione.

¹⁵ Si è quindi resa necessaria la pronuncia in merito della Corte e tre casi giudicati recentemente segnano il notevole mutamento che si è avuto rispetto all'applicazione dei diritti sanciti nella CEDU alle coppie di sesso uguale: queste sentenze, (*P.B e J.S.* ric. 18984/02 del 22/07/2010, c. *Karner* ric. 40016/98 del 24/07/2003 e c. *Kozak* c. Polonia ric. 13102/02 del 02/03/2010) lette congiuntamente, segnano il *continuum* di un processo che termina con il riconoscere alla vita di coppia omosessuale lo status familiare, con costante richiamo dell'art. 8 CEDU come interferenza nell'aspetto più intimo di una persona, limitando la rilevanza circa l'orientamento sessuale a una mera questione di privacy, orientamento poi confermato, appunto, nella pronuncia del giugno 2010.

¹⁶ S.M CARBONE E I. QUEIROLO, *Diritto di famiglia e Unione Europea*, pp. 58-65, Giappichelli Editore 2008

La Carta, in definitiva, non si limiterebbe a riconoscere il diritto di sposarsi nella sua tradizionale impostazione, ma riconoscerebbe in modo disgiunto dal vincolo matrimoniale il diritto a fondare una famiglia, attuando di fatto una significativa apertura nei confronti delle famiglie di fatto e delle coppie omosessuali, in virtù del mancato riferimento alla diversità di sesso¹⁷. La protezione alla famiglia così invocata dalla Carta all'art. 33 si riferisce, dunque, a un modello pluralista capace di ricomprendere unioni diverse da quella tradizionale, ancora riflessa nell'art. 29 della Costituzione Italiana.

II. La famiglia nel diritto italiano: nesso inscindibile con l'istituto del matrimonio e tutela dell'art. 29 Cost.

Il sistema del diritto di famiglia del codice civile italiano del 1942, rimasto poi in vigore fino al 1975, era indubbiamente caratterizzato da una concezione autoritaria e gerarchica dei rapporti tra coniugi, le cui posizioni soggettive trovavano tutele diseguali imputabili a regole giuridiche molto lontane dai principi di egualanza giuridica e morale dei coniugi, enunciati, invece, nella Costituzione¹⁸. A ben vedere, infatti, le concezioni che si riflettono nei due testi di legge sono molto distanti tra loro, nonostante la vicinanza cronologica di codice e Costituzione.^{19 20}

La lettura contestuale degli artt. 29, 30 e 31, degli artt. 2 e 3 e degli altri imperativi che delineano il quadro dei riferimenti normativi, impone di intendere la società naturale come una *garanzia*

¹⁷G. FERRANDO *La famiglia e il diritto. Linee di tendenza, problemi, prospettive* in Manuale di diritto di famiglia, Manuali Laterza pp. 3 e s., GLF Editori Laterza, 2005

¹⁸ BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO E SPALLAROSSA, *La famiglia nella Costituzione* in *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, IV ed., pp. 15 e ss., Zanichelli, Bologna 199

¹⁹ M. SESTA *Il diritto di famiglia nella Costituzione* in Manuale di famiglia, III ed., pp.7 e ss., Padova – CEDAM, 2009

²⁰ Nella tradizione dei codici dell'Ottocento, al cui modello si ispira il codice civile del'42, il modello di famiglia che ne risulta è chiuso e centrato sulla figura autoritaria del capofamiglia, cui spettano poteri nei confronti di moglie e figli, sottoposti alla sua potestà. Viceversa la portata innovatrice rispetto a siffatto modello dei principi accolti dal nostro testo costituzionale è evidente già dal dato letterale delle norme di cui agli artt. 29, 30 e 31, ove si attribuisce alla famiglia un ruolo di notevole importanza e una posizione di autonomia rispetto allo Stato, introducendo principi di parità morale e giuridica dei coniugi e diritti per i figli. “Articolo 29. *La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.*” “Articolo 30. *E` dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.*” “Articolo 31. *La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la giovinezza, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.*”

Il modello di famiglia così delineato e integrato dalle norme ordinate in altri articoli o titoli coincide con un concetto di famiglia che si contrappone e contrasta con il modello autoritario del codice civile, privilegiando un'impostazione ispirata ai principi di libertà e consenso quali forme di “governo” dei rapporti familiari e di rispetto della personalità dei singoli componenti, considerati nel loro ruolo di coniugi o di figli (senza discriminazioni legate ai diversi status di figli legittimi o naturali). In particolare, poi, i principi accolti nei suddetti articoli altro non sono che una specificazione all'interno del gruppo familiare delle direttive di cui agli artt. 2 e 3 Cost.²⁰, là dove la famiglia appare la prima formazione sociale ove si svolge e si sviluppa la personalità dei singoli e all'interno della quale devono annullarsi le profonde contraddizioni della società italiana, ineguale e discriminatoria.

costituzionale di rispetto dell'autonomia familiare, nel concreto interesse dei singoli ad ordinare in modo originale e libero i loro rapporti di famiglia. I principi costituzionali diventano, allora, parametro a cui adeguare le norme del codice civile e tale opera è condotta in modo prevalente dalla Corte Costituzionale con un'intensa attività a partire dagli anni Sessanta, con una serie di pronunce volte, da un lato, a erodere la costruzione del sistema familiare eretto dal codice civile, senza tuttavia potervi sostituire una disciplina più adeguata alle esigenze dei tempi, dall'altro a invitare il legislatore ad adeguare la normativa vigente, con una riforma che desse attuazione al dettato costituzionale, poi effettivamente concretizzatasi nella riforma del 1975.

Tornando al contenuto del riferimento normativo principale, l'art.29, occorre evidenziare come questo sia il principio da cui deriva l'intera normativa in materia: a detta di molti autori e della stessa Corte il c.1 di tale articolo *fonda in modo vincolante ed esclusivo la famiglia sul matrimonio, sia quello religioso trascritto, sia quello civile*²¹; si tratta di una norma vincolante nel senso che senza il matrimonio non esistono famiglia, diritti e doveri, prerogative o poteri, una società, dunque, che secondo alcuni autori quali il Grassetti, il Puleo e il Trabucchi non è solo naturale ma anche *formale e sacrale, sanzionata da un ordinamento normativo al quale lo Stato, sia indirettamente sia direttamente, ha attribuito forme istitutive e fondanti*.

Una siffatta lettura dell'art. 29 c.1 sembra allora escludere ogni altra configurazione sociale, anche basata su rapporti di convivenza e legami affettivi e duraturi tra uomo e donna e sembra escludere qualsivoglia forma di regolamentazione e riconoscimento di parità giuridica alle forme di convivenza *more uxorio*.

Secondo un orientamento costante del Giudice costituzionale, la *famiglia di fatto* non ha la stessa rilevanza costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio, trattandosi di una realtà molto diversa e solo in parte assimilabile allo schema delineato dall'art. 29²²: non sono stati utili a modificare tale orientamento i numerosi richiami di molte Corti di merito facenti leva sugli artt. 2 e 3 Cost., restando ferma la concezione di famiglia come “*organismo naturale, di rilevanza sociale e, per ciò, tutelabile costituzionalmente, se ed in quanto fondata sul matrimonio; l'unione libera, la famiglia semplicemente naturalistica tra persone non coniugate resta, perciò, ai margini della previsione dell'art.29*”²³.

Puntando, invece, sulla portata del significato di *formazione sociale* di cui all'art. 2 si è formato, nel tempo, un nuovo indirizzo di pensiero volto ad attenuare le differenze giuridico-normative esistenti tra i modelli di famiglia tradizionale e famiglia di fatto: a partire dal convegno di Pontremoli nel

²¹ S. ASPREA , *La famiglia di fatto in Italia e in Europa* , pp. 7 e ss, Giuffrè Editore, 2003

²² In tal senso v. C. Cost. It. n.45 del 14.04.1980, FI, 1980, I 1565: C. Cost. It. n. 559 del 20.12.1898, RDC, 1991, 88 ss.; C. Cost. It. n. 310 del 26.05.1989, GFI, 1991, I, 446

²³ C. Cost. n. 8 del 18.01.1996, FD 1996, 107, 13

1975 inizia a diffondersi il parere per cui tutela costituzionale dovesse riconoscersi anche con riguardo alle convivenze *more uxorio*, poiché in tal senso non erano riscontrabili nel testo della Costituzione norme a sfavore o di condanna nei confronti dei conviventi né si poteva escludere che all'interno dello stesso, invece, si potessero trovare i motivi per legittimare la famiglia di fatto, seppur in modo differenziato.

Tale legittimazione indiretta avviene per il tramite di una corretta esegesi dell'art.2 con riferimento alle formazioni sociali a cui ricondurre il pluralismo delle strutture di tipo familiare, anche se prescindenti da atti formali di coniugio: “*se poi si dà credito all'elaborazione di parte della dottrina che interpreta il concetto di società naturale come organizzazione sociale, anche la famiglia-società naturale prevista dall'art. 29 entrerebbe a pieno titolo in quella formazione a cui fa riferimento l'art.2*”; ne consegue che lo stesso art. 29 costituirebbe una specificazione del concetto principale contenuto, invece, nell'art.2 poiché l'elemento che accomuna e avvicina la famiglia e le formazioni sociali è quello della solidarietà.

Adottando siffatta interpretazione resterebbe solo da affrontare il problema relativo alla qualificazione o differenziazione, all'interno di tali nuclei, di ciò che è aggregazione familiare: “*tale identificazione può avvenire considerando la disposizione di cui all'art. 2 come il ‘genus’, e la famiglia come la ‘species’*”, arrivando, in ogni caso, all'affermazione che il primo contenuto minimo della famiglia sia tutelato nell'art. 2 Cost. In ogni caso, per quanto siffatta impostazione risulti condivisibile, pare opportuno evidenziare come il dibattito dottrinale generatosi avrebbe potuto produrre risultati probabilmente migliori se si fosse focalizzata l'attenzione sui diritti della persona nella famiglia e non sui diritti della famiglia quale istituzione giuridica. Resta, comunque, fondamentale il richiamo all'art. 2 Cost. in materia quale prefigurazione normativa di una famiglia di fatto che non può restare più priva di tutela, senza che ciò non comporti un vuoto normativo inaccettabile.

Ad oggi la materia si trova all'interno di un movimento *rivoluzionario* che, a seguito della citata riforma del'75 e passando per le riforme in tema di parità dei sessi, equiparazione di figli legittimi e naturali ²⁴, pari distribuzione della potestà tra i coniugi, divorzio e separazione, aborto e

²⁴ Dopo l'entrata in vigore della legge delega n. 219 del 2012, volta a superare ogni residua distinzione tra figli legittimi e naturali, è stato emanato il decreto legislativo n. 154 del 2013 che, intervenendo tanto sul codice civile quanto sulle leggi speciali, attua nell'ordinamento il principio di unicità dello *status* di figlio. Il *principio ispiratore che caratterizza tutta la nuova legge n. 219/2012 sulla filiazione è quello della prevalenza dell'interesse del figlio, specie se minore, su ogni altro interesse giuridicamente rilevante che vi si ponga in contrasto*”.

Già ad una prima lettura del testo e delle relative modifiche apportate al codice civile, alle disposizioni di attuazione e a quelle transitorie, emerge chiara la volontà del legislatore di rendere (finalmente) effettiva l'egualanza giuridica tra figli, siano essi legittimi, naturali o adottivi: recita – a tal proposito – il nuovo art. 315 c.c. che “*tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*”, a prescindere dalla situazione giuridica dalla quale siano nati

fecondazione eterologa²⁵ – con esaltazione della libertà di scelta della donna –, vede un progressivo allontanamento da antiche costrizioni e dipendenze, delineando un modello di famiglia molto più vicina e sensibile a quella non matrimoniale; questa rivoluzione deve oggi continuare con riferimento alla famiglia di fatto, quale formazione basata sulla solidarietà, continuità dei legami affettivi e rapporti di filiazione, quale proiezione di un fenomeno sociale diffuso, sorto in relazione alla libera manifestazione del consenso e perciò fondato su un *patto di convivenza* che deve essere riconosciuto e regolamentato. In questo senso si ritiene opportuno citare l'Autore Alagna (1979, 15) il quale ha affermato che “*il nucleo familiare (...) ha risentito e risente, forse più di ogni altra comunità intermedia, degli effetti dei continui mutamenti della società. (...) la famiglia, vivendo in ambito sociale, muta col mutare della società*”.

De iure condendo, lontani comunque dal voler omologare le due realtà familiari fin qui analizzate, risulta opportuno individuare le situazioni che destano maggiori problemi sotto il profilo giuridico, per dettare una disciplina che individui diritti, doveri e tutele per e tra i conviventi e i conviventi e i figli, con regole che non riguardino i soli rapporti patrimoniali ma anche i rapporti personali, consentendo l'effettivo riconoscimento di formazione socialmente rilevante alle convivenze *more uxorio*.

In tema di diritto di famiglia, poi, il principio di non discriminazione²⁶ dovrebbe tradursi nel prevedere pari opportunità di accesso alla formalizzazione del rapporto di coppia, a prescindere dall'orientamento sessuale dei conviventi, con il matrimonio o altra forma a questo assimilabile, così come già richiesto sempre dal Parlamento Europeo che, nel febbraio del 1994, con la risoluzione sulla parità dei diritti degli omosessuali²⁷, nelle considerazioni generali “*ribadisce la convinzione che tutti i cittadini debbano ricevere lo stesso trattamento, indipendentemente dalle loro tendenze sessuali*²⁸” e si rivolge agli Stati chiedendo interventi diretti a eliminare tutte le

²⁵ La Corte Costituzionale, con sentenza 10.06.2014 n° 162 ha stabilito che “*la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima e intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali*” e ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa disposto dalla Legge 19 febbraio 2004, 40.

²⁶ Il principio di non discriminazione è diffusamente riconosciuto come manifestazione del più generale principio di egualianza: ne consegue che, in senso sostanziale, situazioni simili devono essere trattate in modo uguale mentre situazioni diverse giustificano trattamenti giuridici differenziati; in caso contrario e in assenza di ragionevoli giustificazioni in merito, lo stesso trattamento deve considerarsi discriminatorio.

Tali principi rappresentano elementi fondamentali della normativa internazionale relativa ai diritti umani: in particolare, il principio di non discriminazione si rinviene nell'art. 7 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 e nell'art. 26 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici e viene puntualmente riaffermato e rielaborato in tutti gli strumenti universali e regionali di tutela. In ambito europeo, esso è consacrato nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il cui art. 14 afferma che “*il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione*”.

²⁷ Risoluzione sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità – (A3-0028/94)

²⁸ In particolare “*ritiene che la Comunità europea abbia il dovere, in tutte le norme giuridiche già adottate e che verranno adottate in futuro, di dare realizzazione al principio della parità di trattamento delle persone*

disposizioni di legge che criminalizzano e discriminano i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso e di adottare misure e di intraprendere campagne, in cooperazione con le organizzazioni nazionali ed internazionali degli omosessuali, contro gli atti di violenza di cui sono vittime in misura crescente gli omosessuali e di assicurare che gli autori di tali atti di violenza vengano sottoposti a procedimento giudiziario, prevedendo quindi azioni positive orientate al raggiungimento di un siffatto risultato.

Il presupposto per la tutela delle coppie omosessuali è duplice: da un lato il concetto di comunione e identità di vita tra persone, basata sull'esistenza di un rapporto affettivo, di assistenza e di solidarietà comporta che tali unioni debbano essere ricomprese, ai sensi dell'art. 2 Cost. it. tra le formazioni sociali garantite dal nostro ordinamento; dall'altro, conseguentemente, la mancata tutela di tali relazioni si traduce in un'illegittima forma di discriminazione che viola la previsione di cui all'art. 21 Carta e all'art. 13 TCE.

In questo senso, allora, si può affermare che il principio di non discriminazione ha un'applicazione di gran lunga maggiore di quanto non avvenga con riferimento al modello di famiglia tradizionale: tale principio dovrebbe tradursi nella previsione di pari opportunità in senso concreto, prevedendo modalità di accesso a forme di legittimazione delle unioni stabili, assimilabili all'istituto giuridico del matrimonio, quali, ad esempio, le trascrizioni delle unioni civili²⁹.

In Italia, ad oggi, alcuno *status* giuridico effettivo viene riconosciuto o è accessibile per le coppie omosessuali e le trascrizioni di matrimoni tra persone dello stesso sesso sono state negate, salvo quanto recentemente accaduto con riferimento alla pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia il quale, con sentenza del 13 febbraio 2012, ha accolto il ricorso presentato, ai sensi del Decreto legislativo n. 30/2007, da un cittadino uruguiano sposatosi in Spagna con un italiano, che chiedeva il riconoscimento del diritto a vedersi rilasciato il permesso di soggiorno, con riguardo a un'istanza di ricongiungimento familiare³⁰.

indipendentemente dalle loro tendenze sessuali; è convinto altresì che la tutela dei diritti dell'uomo debba trovare più efficace espressione nei trattati comunitari e invita pertanto le istituzioni della Comunità a predisporre, nel quadro della riforma istituzionale prevista per il 1996, la creazione di un organismo europeo che possa garantire l'attuazione della parità di trattamento senza distinzione di nazionalità, convinzioni religiose, colore della pelle, sesso, tendenza sessuale o altre caratteristiche”

²⁹ Nel panorama europeo la prima legge che si è occupata del fenomeno è stata quella danese nel 1989, con l'istituzione delle *registered partnership* – con effettiva equiparazione a livello di effetti giuridici rispetto a quelli del matrimonio –, modello poi seguito da Norvegia (1993), Svezia (1994), Islanda (1998) e Germania (2001); in altri Stati, invece, si è proceduto prevedendo forme di tutela autonome e non del tutto equiparabili al matrimonio, come nel caso dei pacs – *pacte civil de solidarité* – in Francia e delle normative di Belgio e Catalogna (1998). Infine, più di recente, i Paesi Bassi, il Belgio e la Spagna, a seguito di profonde riforme nazionali della normativa del matrimonio, hanno ammesso la celebrazione di quest'ultimo anche tra persone dello stesso sesso: il matrimonio, dunque, in questi Stati mantiene il ruolo giuridico di fondamento della famiglia legittima, sulla base di un'assoluta irrelvanza del sesso dei nubendi.

³⁰ I giudici emiliani, in applicazione delle norme comunitarie che regolamentano la libera circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari (Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE,

III.I passi in avanti compiuti sul fronte giurisprudenziale

Incostituzionale lo scioglimento automatico del vincolo del matrimonio a seguito della rettificazione del sesso di uno dei coniugi: lo ha stabilito la Corte Costituzionale con la sentenza del 11 giugno 2014 n. 170, pronunciata a seguito del rinvio operato dalla Corte di Cassazione nel corso di un giudizio promosso da una coppia sposata, per ottenere la cancellazione della annotazione di cessazione degli effetti del vincolo civile del matrimonio, che l'ufficiale di stato aveva apposta in calce all'atto di matrimonio, contestualmente all'annotazione, su ordine del Tribunale, della rettifica (da "maschile" a "femminile") del sesso del marito, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982³¹. Chiamata a decidere sulla questione relativa agli effetti della pronuncia di rettificazione di sesso su di un matrimonio preesistente, regolarmente contratto dal soggetto che ha inteso esercitare il diritto a cambiare identità di genere in corso di coniugio, nell'ipotesi in cui né quest'ultimo né l'altro coniuge abbiano intenzione di sciogliere il rapporto coniugale, infatti, la Corte di Cassazione rimettente dubitava che la soluzione al riguardo imposta dall'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (in materia di rettificazione di attribuzione di sesso) – di collegare alla sentenza di rettificazione di

73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.), hanno aderito alle argomentazioni riportate dal ricorrente prendendo a riferimento, altresì, la recente sentenza di Cassazione n. 1328/2011 nel cui testo era stato precisato come la nozione di “coniuge”, prevista dall'articolo 2 Decreto legislativo n. 30/2007(Decreto Legislativo 6 febbraio 2007, n. 30 *“Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”* pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 72 del 27 marzo 2007), dovesse essere determinata alla luce dell'ordinamento straniero in cui il vincolo matrimoniale è stato contratto; ne conseguiva che lo straniero sposato in Spagna con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso doveva essere qualificato quale “familiare”, ai fini del diritto al soggiorno in Italia. Salvo, quindi, quanto appena affermato, il precedente orientamento era nel senso di negare, invocando il limite dell'ordine pubblico, la possibilità di registrare unioni civili tra persone dello stesso sesso.

In questo senso la pronuncia della Corte d'Appello di Firenze, del 27 giugno 2008, con la quale il giudice si pronuncia sul tema del matrimonio tra omosessuali affermando che *“l'istituto del matrimonio non costituisce una istituzione pre-giuridica (come ad es. la famiglia) né un diritto fondamentale dell'individuo: da ciò deriva inequivocabilmente l'operatività del limite della giurisdizione che sempre opera nei confronti degli istituti giuridici di diritto pubblico; ovverossia che la disciplina di tutto ciò che non è previsto dalla normativa positiva non può essere disciplinato dal Giudice, attraverso una attività di vera e propria creazione del diritto, ma deve essere riservato al Legislatore. Sarà perciò compito del Legislatore, ove lo ritenga opportuno, dare nuova forma giuridica alla evoluzione del costume e prevedere la possibilità di contrarre matrimonio anche per persone dello stesso sesso”* e ancora afferma che *“l'ordinamento giuridico italiano non prevede, allo stato, la possibilità di disciplinare attraverso l'istituto pubblicistico del matrimonio unioni tra persone dello stesso sesso. La previsione normativa, peraltro, se da un lato non viola alcun diritto fondamentale del singolo cittadino (non essendo vietata la convivenza), dall'altro non esclude affatto, ‘de iure condendo’, che il Legislatore possa farsi interprete del mutato sentire del corpo sociale e legiferare nel senso auspicato dai reclamanti; così come risulta abbiano fatto tutti quei Paesi ove la unione in matrimonio tra persone dello stesso sesso è prevista nei rispettivi ordinamenti, i quali, al fine di introdurre nei rispettivi ordinamenti il matrimonio tra persone dello stesso sesso, hanno modificato la normativa sostituendo ai termini “ marito e moglie “ il termine “ coniugi.”* App. Firenze 27/6/2008, n. 1056

³¹In particolare, la Consulta si è confrontata con la presunta illegittimità "dell'art. 4 della l. n. 164 del 1982, con riferimento al parametro costituzionale dell'art. 3 Cost., per l'ingiustificata disparità di regime giuridico tra l'ipotesi di scioglimento automatico, operante ex lege, del vincolo coniugale previsto da tale norma in relazione all'art. 3, quarto comma, lettera g) della l. n. 898 del 1970 e successive modificazioni e le altre ipotesi indicate in detto art. 3, sub. 1, lettera a, b, c) e sub 2", di M. TOSETTI, in http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche.asp/news_giuridica_15959.asp

sesso del coniuge l'effetto automatico di scioglimento del matrimonio – realizzi un bilanciamento adeguato tra l'interesse dello Stato a mantenere il modello eterosessuale del matrimonio ed i contrapposti diritti maturati dai due coniugi nel contesto della precedente vita di coppia.

Il cosiddetto "divorzio imposto" sconterebbe, infatti, ad avviso della Corte rimettente, *un deficit di tutela, corrispondente al sacrificio indiscriminato, in assenza di strumenti compensativi, del diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; del diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale.*

Ebbene, la Corte costituzionale ha ritenuto che la situazione di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia – ancorché infrequente sul piano fattuale –, *"si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale, ma non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili"*³². Nel richiamare il precedente di cui alla sentenza n. 138 del 2010, inoltre, la Corte Costituzionale rileva come non sia pertinente neppure il riferimento agli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e 12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) della CEDU, così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - nella già citata sentenza Schalk and Kopf contro Austria del 22 novembre 2010 -, e invocati quali norme interposte, ai sensi della denunciata violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost.: *"ciò perché, in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte EDU, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso".*

Risolve, quindi, la Corte la questione sottoposta attraverso il richiamo alla nozione di "formazione sociale" di cui all'art. 2 Cost., all'interno della quale *"è da annoverare anche l'unione omosessuale,*

³² Il parametro costituzionale di riferimento individuato dalla Corte per una corretta valutazione della peculiare fattispecie in esame, quindi, non è quello di cui all'art. 29 Cost. - invocato in via principale dal collegio rimettente -, poiché la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente è quella stessa richiamata dal codice civile e che fa espresso riferimento alla diversità di sesso dei nubendi.

intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri".

La Consulta, di conseguenza, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164, con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore³³.

Sul diverso piano del diritto a costituire una propria famiglia e, di conseguenza, di adottare figli minori, giova ricordare la sentenza della Corte di Cassazione civile, sez. I, sentenza 11.01.2013 n° 601, Pres. Luccioli, Rel. De Chiara³⁴, con la quale si è affermato il principio per cui l'affidamento del minore ad una coppia omosessuale non è *ex se* dannoso per l'equilibrato sviluppo dello stesso, dovendo essere provato il danno sulla base di certezze cliniche o massime di esperienza³⁵.

La Corte di Cassazione, facendo seguito all'affermazione contenuta nella sentenza n. 4184 del 2012³⁶ – in cui aveva osservato che la vita di relazione tra due persone dello stesso sesso rientra oggi nella nozione convenzionale di “vita familiare” –, chiama adesso coerentemente “famiglia” il nucleo costituito dal minore e la coppia omosessuale.

Del resto, le coppie omosessuali hanno diritto di adottare i figli dei compagni, al pari delle coppie eterosessuali non sposate: questo è quanto ha stabilito la Corte Europea dei diritti umani

³³ In conclusione, quindi, secondo la Corte, spetta al legislatore intervenire *“con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti”*.

³⁴ In <http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2013/01/cassazione-adozione-gay.pdf>

³⁵ La vicenda attiene all'affidamento di un bambino figlio di un padre di religione musulmana e di una madre ex tossicodipendente che ha intrapreso una relazione sentimentale ed una convivenza con un'operatrice della propria comunità di recupero; il tribunale per i minorenni aveva stabilito, con decisione confermata in appello, l'affidamento in via esclusiva alla madre, tenendo conto del comportamento violento del padre che aveva aggredito la convivente della madre e dell'interruzione dei rapporti con il figlio, nonostante fosse stato delegato ai servizi sociali di regolamentare gli incontri del minore con il padre, da tenersi con cadenza almeno quindicinale in un ambiente neutro ed inizialmente protetto. La decisione conferma l'ormai consolidato orientamento della S.C., dei giudici di merito e di Strasburgo per cui ai fini dell'affidamento dei/le figli/e non assume rilevanza l'orientamento sessuale dei genitori. La Corte, tuttavia, trova l'occasione per alcune affermazioni importanti, poiché i giudici di legittimità sottolineano che ritenere che possa avere ripercussioni negative l'inserimento di un minore in una «famiglia» «composta da due donne legate da una relazione omosessuale» appare frutto di un «mero pregiudizio». In ciò sta il tratto più rilevante della decisione.

³⁶ In <http://www.articolo29.it/decisioni/corte-di-cassazione-sentenza-del-15-marzo-2012-n-4184/>, sentenza nella quale si era affermato il principio per cui *“quanto alla “tutela costituzionale invocata dai reclamanti”, il riferimento dell'art. 29 Cost., alla famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio” consente di affermare che “Il criterio di rapporto tra il legislatore e la realtà sociale indicato dalla Costituzione, ... mentre non costituisce di per sé ostacolo alla ricezione in ambito giuridico di nuove figure alle quali sia la società ad attribuire il senso ed il valore della esperienza famiglia, induce invece a ritenere illegittimo perseguire detto fine attraverso una forzatura in via interpretativa dell'istituto matrimoniale, essendo le connotazioni essenziali di questo saldamente ancorate al diritto positivo e alla concezione sociale di cui questo costituisce tuttora univoca espressione”*

nella sentenza del 19 febbraio 2013, sul ricorso presentato da una coppia di donne austriache e dal figlio di una di loro, le due donne che avevano una relazione stabile da anni si erano viste rifiutare l'adozione dal tribunale locale che pretendeva che i partner fossero di sesso diverso.

La Corte EDU ha ritenuto ingiustificato il rifiuto all'adozione co-parentale per una coppia omosessuale: la differenza di trattamento in questione, ovvero il non permettere alle coppie omosessuali di adottare il figlio del compagno, è discriminatoria e costituisce una violazione dell'art. 14 (principio di non discriminazione) e dell'art. 8 (rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Su tale scia si inserisce, da ultimissimo, la sentenza del Tribunale dei Minorenni di Roma del 30 luglio 2014, con la quale si è riconosciuto il diritto ad una coppia di donne – unite dal vincolo del matrimonio contratto in Spagna – di adottare la figlia concepita a mezzo di fecondazione eterologa. In particolare, tale diritto è stato riconosciuto a favore della partner della madre biologica, cd. mamma sociale, dopo aver dimostrato al Tribunale e ai servizi sociali di essere un bravo genitore e di essere parte di una coppia stabile e duratura³⁷.

Apripista è stata (forse) la decisione del Tribunale per i minorenni dell'Emilia Romagna, che, con il decreto del 31 ottobre 2013, ha rigettato la domanda di riforma del provvedimento con cui il Giudice Tutelare aveva dichiarato esecutivo il provvedimento di affido consensuale di una minore alla coppia di fatto composta due uomini. In particolare, si legge che “*circa l'opzione di affidare [omissis] ad una coppia di fatto anziché ad una famiglia con figli minori, si rileva che, effettivamente, il provvedimento di affido nulla riferisce circa l'irreperibilità di quest'ultima soluzione. Peraltro alla luce dei principi(general) [...] , si rileva come né il dettato normativo né l'interpretazione giurisprudenziale pongono il rispetto dell'ordine di preferenza delle soluzioni di affidamento indicate nell'art. 2 della legge n. 84 del 1983 a pena di nullità od inefficacia del provvedimento dispositivo dell'Istituto; ciò è comprensibile in considerazione della ratio perseguita dal Legislatore, costituita dall'assicurare al minore un “ambiente familiare idoneo” di cui è temporaneamente privo ove possa adeguatamente svilupparsi la sua personalità; se questo è lo scopo dell'affidamento, non può escludersi che in casi particolari, a seconda delle circostanze e delle peculiarità denotate dal minore, l'ambito più idoneo possa non essere costituito da un modello di comunità familiare completa – nella quale cioè coesistono sia la figura paterna sia quella materna sia quella dei fratelli -; nel caso concreto, il Servizio Sociale ha motivato la scelta*

³⁷ Il particolare, il Tribunale ha accolto il ricorso presentato per ottenere l'adozione della figlia da parte della mamma non biologica. Le due donne, sposate all'estero, si erano rivolte all'Associazione italiana avvocati famiglia e minori, per procedere con il ricorso per l'adozione. Il ricorso è stato accolto sulla base dell'articolo 44 della legge sull'adozione del 4 maggio 1983, n. 184, modificata dalla legge 149 del 2001, il quale contempla l'adozione in casi particolari. Fonte: [http://www.ami-avvocati.it/adozioni-gay-storico-ok-dal-tribunale-di-roma-e-il-primo-caso-in-italia/#s\(hash\).lbcHV6Ar.dpuf](http://www.ami-avvocati.it/adozioni-gay-storico-ok-dal-tribunale-di-roma-e-il-primo-caso-in-italia/#s(hash).lbcHV6Ar.dpuf)

di una coppia senza figli ritenendola funzionale ad un progetto volto ad evitare l'insorgere nella minore di una confusione di ruoli (paventata anche tra i motivi del reclamo), evidenziando che la bambina proviene da un nucleo mono-genitoriale ove già esiste una sorella, ed ha chiari i suoi riferimenti parentali, i quali, stanti i lunghi periodi di assenza della figura paterna, avrebbero potuto essere compromessi con il suo inserimento in una famiglia di tipo tradizionale formata da una nuova coppia di genitori e da altri bambini loro figli; inoltre, in base alle osservazioni compiute, gli Operatori hanno rilevato che [omissis] si è sempre relazionata a figure familiari femminili sia in comunità sia nel nucleo originario, così da apparire opportuno un suo inserimento in un contesto esclusivamente maschile del tutto dedicato a lei seppur a tempo determinato; ora, la bontà di tale scelta risulta comprovata dagli ottimi risultati già palesati dall'affidamento (ricavabili dalle audizioni della madre nonché degli operatori del Servizio Sociale) nel pur breve tempo dalla sua attivazione; in tal modo, nella fattispecie, la congruità dell'affidamento risulta comprovata dai fatti così come la sua funzionalità al miglior interesse della minore, obiettivo primario dell'Istituto nonché oggetto peculiare della competenza del Tribunale per i minorenni”.

Ciò che si ritiene auspicabile, allora, anche sulla base delle pronunce dei giudici europeo e di Cassazione qui citate, è che il sentire sociale in continua evoluzione e volto ad una sempre maggiore apertura rispetto alla necessità di tutela giuridica da riconoscersi alla vita familiare fuori dal matrimonio, anche omosessuale, raggiunga la forza necessaria per spingere il legislatore italiano a provvedere per colmare la lacuna esistente nel sistema del diritto nazionale.

Il raggiungimento di questo obiettivo si rende necessario perché, in futuro, si possa aprire la strada anche al riconoscimento per via legislativa del diritto all'adozione per le coppie di fatto e le coppie omosessuali³⁸.

³⁸ A livello europeo, in materia, non esiste un vero e proprio diritto all'adozione per chi non può essere genitore biologico: questa stessa affermazione, per contro, non comporta una totale chiusura rispetto alla questione dibattuta, considerato che già nel 1994 il Parlamento Europeo aveva posto l'attenzione sulla necessità che le coppie omosessuali potessero avere accesso al matrimonio o ad un istituto equivalente – sull'assunto per cui qualsiasi diversa forma di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso, effettivamente, contravverrebbe al principio di uguaglianza in senso sostanziale, giacché costituirebbe una forma di protezione debole o parziale – e con lo strumento della risoluzione, aveva invitato gli Stati membri ad adottare normative di riconoscimento delle unioni di fatto, anche di carattere omosessuale, auspicando, da ultimo, l'estensione delle norme in materia di filiazione ed adozione anche a siffatte forme di convivenza, omosessuali o non ma, comunque, non fondate sul vincolo del matrimonio in senso tradizionale. Per quanto attiene la realtà italiana, invece, l'analisi non può procedere oltre il requisito formale previsto dalla legge che regolamenta l'istituto in parola e che consiste nell'aver contratto regolare matrimonio per le coppie che presentano istanza di adozione; da molti il limite dell'impossibilità di accedere all'istituto giuridico del matrimonio viene visto come garanzia di stabilità e armoniosità di un rapporto di coppia nel quale deve ricrearsi il nucleo familiare cui ha diritto il minore per legge e che viene sancito come ratio dell'istituto stesso dell'adozione, previsione che, dunque, sembra costituire un'ennesima disposizione che ben rappresenta il *favor matrimonii*: nell'ottica del legislatore, infatti, una stabile e duratura convivenza non pare sufficiente per soddisfare l'interesse del minore per il fatto stesso che la coppia, scegliendo di non contrarre matrimonio, accetta quale possibile esito del proprio rapporto affettivo la dissolubilità, svincolata da ogni intervento dello Stato, a differenza di quanto avviene per tutte le coppie che si uniscono in matrimonio.

In ogni caso, la tematica trova forti stimoli anche con riferimento all'interesse superiore del minore – valore supremo e sempre prevalente rispetto alle diverse esigenze dei futuri genitori e principio ispiratore delle politiche legislative in materia di diritto di famiglia – di cui si deve necessariamente tenere conto quando si parla di adozione.