

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Corte Costituzionale italiana, Cedu e famiglie "altre"

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1508619> since 2016-10-08T21:38:05Z

Publisher:

Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Corte Costituzionale italiana, Cedu e famiglie “altre”

Alessandra Nocco

Abstract

L’analisi delle recenti pronunce della C. Cost. italiana dimostra come il diritto europeo giochi un ruolo determinante, seppur non sempre esplicito, nella ridefinizione della nozione di “famiglia” emergente dal *corpus* tradizionale del diritto familiare, sì da rendere necessarie per gli Stati membri, nel prossimo futuro, forme di riconoscimento e tutela delle famiglie arcobaleno.

La riflessione su alcuni importanti arresti della Corte Edu conferma la tesi, offrendo l’occasione di meditare su principi (es. tutela vita privata e familiare) che, pur se enunciati nei confronti di altri Paesi, devono trovare ingresso anche in Italia, contribuendo a ridurre gli ostacoli giuridici frapposti alle famiglie “altre”.

L’“*affaire Mennesson c. Francia*” dimostra, ad esempio, come uno stato di filiazione regolarmente costituito all’estero non possa essere ignorato da un Paese dell’UE, pur quando contrario alla legislazione interna, in quanto ciò significherebbe violare l’art. 8 Cedu ed esporsi alla possibilità di condanne.

I principi enunciati dalla Corte Edu, oltre che a fattispecie a carattere transnazionale, sono fruttuosamente applicabili anche a fattispecie domestiche.

Keywords

Famiglia, Corte Edu, «divorzio imposto», omogenitorialità, maternità surrogata, PMA eterologa, vita familiare e privata.

* * * * *

1 Introduzione

Nel 2012, in Spagna, nasce uno di tanti “bambini arcobaleno”: è figlio di due madri lesbiche, una torinese e l’altra spagnola, regolarmente coniugate in Spagna. A febbraio, le madri, divenute tali grazie all’inseminazione artificiale di un ovulo della prima impiantato nell’utero della seconda, fanno pervenire all’Ufficio di Stato Civile del Comune di Torino la richiesta di iscrizione del bambino all’Aire. I funzionari dell’Ufficio di Stato Civile, registrando la peculiarità dell’istanza, si

rivolgono alla Procura della Repubblica per avere un parere giuridico, e la risposta dei magistrati torinesi non si fa attendere. I giudici ricordano che la Corte di Cassazione si è da poco pronunciata sull'inidoneità del matrimonio *same-sex* contratto all'estero a produrre effetti nell'ordinamento italiano e affermano che, atteso il divieto di fecondazione eterologa (allora) vigente in Italia, il bambino può essere registrato come figlio della donna che lo ha partorito, ma non anche della sua seconda mamma, considerata dallo Stato quale terza estranea.

Il lavoro dimostra come casi analoghi a quello descritto, a soli due anni di distanza, debbano essere risolti in senso opposto grazie all'applicazione di principi di matrice sovranazionale, come interpretati dalla Corte Edu nei più recenti arresti.

Viene dimostrata, inoltre, la fruttuosa applicabilità di tali principi ai fini della tutela delle famiglie "altre" anche in fattispecie interne, come comprovato da parte dall'ultima giurisprudenza di merito¹.

Nei paragrafi che seguono si analizza anzitutto la pronuncia della C. Cost. n. 170 del 2014, ricostruendo le radici sovranazionali della declaratoria di incostituzionalità del «divorzio imposto» e mostrando come l'impiego delle coordinate ermeneutiche costruite dalle Corti Superiori in casi recenti possa portare, pur nell'inerzia del legislatore italiano, a svolte significative.

L'approccio metodologico descritto, tuttavia, non conduce a misconoscere (ma anzi a rimarcare) il valore delle pronunce nelle quali, come in C. Cost. n. 162 del 2014, i giudici di legittimità riescono, più e meglio di quanto richiesto dalla Corte Edu, a garantire importanti diritti quale quello a diventare genitori, che potrebbero essere resi accessibili anche alle coppie LGBT.

Nondimeno, l'analisi è rivolta soprattutto a verificare come, in situazioni concrete, la giurisprudenza italiana riesca o possa tutelare i diritti delle famiglie LGBT facendo impiego dei preziosi strumenti offerti dal diritto sovranazionale, sia positivo che giurisprudenziale².

Particolarmente significativo, in quest'ottica, si mostra il *modus operandi* individuato dalla Corte Edu nel caso "*Menesson c. Francia*": in questa decisione, infatti, essa afferma il diritto di due gemelle, nate in California con maternità surrogata, a vedere riconosciuto anche in Francia il proprio *status* giuridico di figlie del padre biologico e della madre sociale, come certificato nello Stato di nascita, nel rispetto della loro vita privata.

L'iter argomentativo e i principi espressi dalla Corte nel caso francese si sarebbero potuti impiegare, *mutatis mutandis*, per costruire un diverso epilogo nel caso del "bambino arcobaleno" di cui sopra. Più in generale, essi possono essere determinanti per riconoscere, in futuro, almeno a livello giurisprudenziale, dignità giuridica a modelli familiari "altri" rispetto a quello della coppia eterosessuale coniugata³, contribuendo alla rimodulazione del concetto giuridico di "famiglia" emergente dal diritto familiare classico.

¹ Da ultimo, v. Trib. min. Roma, n. 299/2014 che ha acconsentito a una donna omosessuale l'adozione ex art. 44, lett. d) l. n. 184/83 della figlia minore della sua compagna e convivente (c.d. *step-child adoption*).

² In generale sulla tutela dei diritti nel pluralismo degli ordinamenti giuridici e delle Corti, v. D'Aloia, "*Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*", in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2014, 1 ss.

³ Si pensi alla affermazione della necessità di trascrivere il matrimonio *same-sex* contratto all'estero, fino ad oggi negata in Italia.

2 Incostituzionalità del «divorzio imposto» al transessuale

2.1 C. Cost. n. 170/2014: il caso e i profili di rilevanza per l'indagine

Con la sent. n. 170/2014⁴ la C. Cost. dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione 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 diritti ed obblighi della coppia stessa, con le modalità da statuirsi dal legislatore. La Corte dichiara inoltre, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, co. 6, del d.lgs. n. 150/2011.

L'importanza di tale arresto ai fini dell'indagine è rappresentata dai seguenti aspetti: 1) l'affermazione, in linea con il proprio precedente orientamento⁵, che nella nozione di "formazione sociale" di cui all'art. 2 Cost. è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone (anche divenute) 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"; 2) la considerazione per cui, nonostante spetti al Parlamento, nell'esercizio della propria discrezionalità, individuare forme di riconoscimento e garanzia per tali unioni, resti riservata alla C. Cost. la possibilità di intervenire "a tutela di specifiche situazioni", quale viene considerata quella oggetto delle pronuncia stessa, nel quadro di un controllo di ragionevolezza della disciplina; 3) l'utilizzo del diritto sovranazionale per giungere alla declaratoria di incostituzionalità della normativa censurata e all'affermazione della necessità di tutela della vita familiare del transessuale e del suo ex coniuge, dovendo il legislatore evitare il passaggio della coppia, già coniugata, da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione di assoluta indeterminatezza; 4) la possibilità che nel prossimo futuro, spingendo in avanti il ragionamento della Corte, si possa accordare tutela giuridica alle famiglie LGBT, se non tramite l'accesso al matrimonio, quantomeno mediante una forma di convivenza registrata, estendendo loro, *mutatis mutandis*, le coordinate ermeneutiche tracciate in questa pronuncia per tutelare una coppia prima eterosessuale e, dopo, LGBT.

2.2 Le radici europee delle ragioni dell'incostituzionalità del «divorzio imposto» come concepito in Italia: in particolare, i casi "H. c. Finlandia" e "Schalk and Kopf c. Austria".

Nella parte motivazionale della pronuncia in commento, la Corte afferma di ritenere non pertinente il riferimento dei ricorrenti alla violazione degli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e 12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) Cedu, come interpretati dalla Corte Edu nei casi "Schalk and Kopf c. Austria" del 2010 e "H. contro Finlandia" del 2012, invocate quali norme interposte ai sensi della violazione degli artt. 10, primo co., e 117, primo co., Cost. Questo

⁴ V. Bozzi, "Mutamento di sesso di uno dei coniugi e «divorzio imposto»: diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio", in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 5/2014, 233 ss.

⁵ C. Cost. n. 138/2010.

giacchè, sostiene la Consulta, in assenza di consenso tra i vari Stati dell'UE sul tema delle unioni omosessuali, la Corte Edu, in virtù del margine di apprezzamento conseguentemente riconosciuto loro, afferma essere riservate alla discrezionalità dei legislatori nazionali le eventuali forme di tutela per le coppie *same-sex*.

La stessa sentenza della Corte Edu "*Shalk and Kopf c. Austria*", pur ritenendo possibile un'interpretazione estensiva dell'art. 12 Cedu nel senso della riferibilità del diritto di contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali, chiarisce come, e lo ricordano i giudici di legittimità, non derivi da siffatta interpretazione un'imposizione della stessa agli Stati membri.

Le considerazioni della C. Cost. appaiono corrette, ma tradiscono un'impostazione argomentativa che un po' sottace l'effettivo impatto del diritto sovranazionale sulla declaratoria di illegittimità in esame. Da un lato, infatti, risponde al vero che la Corte Edu non impone agli Stati membri di accordare alle coppie *same-sex* l'accesso all'istituto del matrimonio, riconducendo tale decisione alla discrezionalità dei loro legislatori, dall'altro è pur vero che un ruolo determinante essa abbia svolto e continui a svolgere nel sottolineare, come in "*Shalk and Kopf c. Austria*", la necessità di garantire alle coppie *same-sex* e alle coppie "altre", se caratterizzate dalla stabilità del vincolo, la tutela resa necessaria dall'essere, anche tale convivenza, "*vita familiare*" ex art. 8 Cedu.

Quanto al caso "*H. c. Finlandia*", significativamente, la Grande Camera ha affermato che non si pone in contrasto con la Convenzione la conversione forzata del matrimonio in una *partnership* civile, a seguito del mutamento di identità di genere di uno dei due coniugi, a fronte di un regime di tutela dei diritti e doveri degli ex coniugi equiparabile al modello matrimoniale.

La legge finlandese, come quella italiana, non prevede il matrimonio *same-sex* e pertanto, in base al *Finnish Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual Act*, laddove la persona transessuale sia coniugata, ai fini del pieno riconoscimento giuridico della nuova identità si genere si configurano le seguenti possibilità: a) se il coniuge intende mantenere la relazione, il matrimonio viene convertito in unione civile registrata e il transessuale è confermato nella nuova identità; b) se il coniuge intende concludere la relazione, prende avvio la procedura di divorzio e il transessuale può comunque ottenere dallo Stato il riconoscimento.

Nel caso della Finlandia, dunque, diversamente dall'Italia, esiste per queste situazioni (divenute) arcobaleno un'alternativa giuridica (la *partnership* registrata) idonea a tutelare la sostanza del legame matrimoniale forzatamente sciolto, garantendo, anche dopo, un equilibrio dei diritti e dei doveri parificabile a quello coniugale. E questa è la ragione per la quale la Corte Edu ha ritenuto non in contrasto con la Convenzione Edu la disciplina del «*divorzio imposto*» finlandese.

Diversamente potrebbe opinarsi (e difatti si è opinato da parte della C. Cost.) in merito al «*divorzio imposto*» in Italia, che nessuna alternativa di tutela apre agli ex coniugi dopo lo scioglimento del vincolo coniugale.

Alla luce di "*Shalk and Kopf c. Austria*" e "*H. contro Finlandia*" evidenti appaiono, dunque, le radici sovranazionali delle ragioni della declaratoria di incostituzionalità pronunciata da C. Cost. n. 170/2014. L'influenza, anche implicita, della giurisprudenza delle Corti Superiori nel graduale ripensamento della nozione di "*famiglia*" emergente dal *corpus* del diritto familiare classico, a favore delle famiglie "altre", va dunque riconosciuta e plaudita.

3 L'affermazione del diritto alla procreazione e le nuove frontiere della genitorialità.

3.1 C. Cost. n. 162/2014: il caso e i profili di rilevanza per l'indagine

Con la sent. n. 162 del 2014⁶ la C. Cost. dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, della l. n. 40/2004, nella parte in cui stabilisce, per la coppia avente i requisiti di cui all'art. 5, il divieto del ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

L'importanza dell'arresto, ai fini dell'indagine, è rappresentata da tre aspetti: 1) l'affermazione della portata costituzionale del diritto alla procreazione; 2) la realizzazione, in Italia, per merito di questa sentenza, di un livello di tutela del diritto di accesso alle tecniche di procreazione superiore rispetto a quello richiesto dalla Corte Edu agli Stati membri in ragione dell'adesione alla Convenzione; 3) il compimento di un piccolo passo in avanti (seppur sul fronte delle tecniche consentite e non sul quello dei requisiti soggettivi di accesso alle stesse) nel cammino che potrebbe portare all'apertura dell'accesso alla PMA alle coppie LGBT, partendo dal principio primario, posto appunto da questa pronuncia, secondo cui *"la scelta [...] di formare una famiglia che abbia dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare"*.

Nell'ipotesi che in futuro si giunga ad affermare, dunque, che l'espressione della libertà di autodeterminarsi, rappresentata dall'accesso alle tecniche in parola, e avente copertura costituzionale, sia da riconoscere agli individui come singoli, ancor prima che alla coppia (e, in ogni caso, non solo alle coppie eterosessuali ma anche alle coppie omosessuali) sarebbe allora aperta anche alle famiglie *"altre"* la possibilità di avvicinarsi all'esperienza del *"dare la vita"*. In questa prospettiva, allora, appare di particolare rilievo proprio l'apertura dell'Italia alla PMA eterologa atteso che questa sarebbe l'unica tecnica utile, e per ovvie ragioni, alle coppie *same-sex*. Ad oggi, tuttavia, tra i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche in parola vi è ancora la diversità di sesso degli aspiranti genitori.

3.2 L'iter argomentativo della Corte: il diritto alla procreazione come espressione della generale libertà di autodeterminazione ... ma solo per le coppie eterosessuali!

Nella motivazione della pronuncia in esame, la Corte apre ad affermazioni di principio, constatando non solo che il divieto assoluto di fecondazione eterologa, impedendo alla coppia destinataria della l. n. 40/2004 assolutamente sterile o infertile di procreare, è priva di fondamento costituzionale, ma soprattutto che la scelta dei componenti della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia con figli costituisce espressione della fondamentale libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., e concernente la sfera privata e familiare.

⁶ v. Luberti, *"Fecondazione eterologa, norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Corte Costituzionale: i nuovi diritti presi sul serio"*, in *Giustizia civile*, fasc. 11-12, 2013, 2327 ss.

Ed invero, nonostante la Costituzione non abbracci una nozione di famiglia necessariamente caratterizzata dalla presenza di figli, il progetto di formazione di un nucleo genitoriale con prole, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dall'ordinamento.

E' ovvio che, sottolinea la Consulta, la libertà di provare a realizzare l'esperienza genitoriale mediante la PMA non possa atteggiarsi a libertà illimitata, ma è pur vero che i suoi limiti, quand'anche ispirati da convincimenti di natura etica, non dovrebbero in nessun caso consistere in un divieto assoluto di accesso a una certa tecnica, salvo che ciò non sia indispensabile per tutelare interessi di pari rango, come le esigenze di tutela del nato⁷.

Altro passaggio della motivazione illuminante, per ciò che qui rileva, è quello in cui il giudice delle leggi riconosce come la disciplina relativa alla PMA sia suscettibile di incidere in modo significativo sul diritto alla salute delle persone coinvolte, da intendersi nel suo significato più ampio, e quindi comprensivo della salute psichica.

E' infatti certo, secondo la ricostruzione della Consulta, che l'impossibilità di formare una famiglia con dei figli insieme al proprio *partner*, anche grazie alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia.

Atteso che il censurato divieto assoluto di fecondazione eterologa si riflette, pertanto, oltre che sul diritto a poter essere genitori, anche sul supremo bene della salute, non può che ritenersi costituzionalmente illegittimo, salvo che si dimostri che esso, nella sua assolutezza, sia l'unico mezzo per garantire altri valori costituzionali coinvolti.

All'esito dello scrutinio di ragionevolezza della disciplina, valutata l'eventualità di lesione di interessi di pari rango rispetto a quello di diventare genitori, nonché l'idoneità o meno del censurato divieto a scongiurarla, la Corte conclude affermando che quest'ultimo viola la libertà della coppia di formare una famiglia con figli senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato (da ritenersi congruamente garantite) né da altre esigenze di rilievo costituzionale. Per queste ragioni dichiara l'incostituzionalità della disciplina, anche considerando che la regolamentazione degli effetti della PMA eterologa praticata fuori dall'Italia realizza un'ingiustificata disparità di trattamento delle coppie sterili o infertili sulla base della loro capacità economica, discriminando le coppie che non abbiano i mezzi per recarsi in Stati che aprono alla tecnica, rispetto a quelle che possano permetterselo.

Con riguardo all'iter argomentativo fatto proprio dalla Corte, pare opportuno osservare quanto segue circa la necessità di spingere in avanti il suo *modus operandi* al fine di offrire tutela giuridica, in futuro, alle coppie "altre" che desiderano accedere alla genitorialità grazie alla PMA.

Preliminarmente è doveroso evidenziare come molte coppie LGBT (si pensi alle coppie *same-sex* o divenute tali post rettificazione sesso di un *partner*), si trovino esattamente nella condizione di "coppie assolutamente sterili o infertili" descritta dalla Corte Cost. e dalla l. n. 40/2004, non potendo dare la vita a un nuovo individuo se non facendo ricorso, appunto, alla PMA eterologa.

In seconda battuta, non si vede come l'affermazione di un diritto costituzionale fondamentale, quale è riconosciuto essere il diritto di una coppia di (provare a) formare una

⁷ v. Tigano, "La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro", <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0162s-14.html>

famiglia con figli (in quanto espressione della generale libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., e concernente la sfera privata e familiare) possa accompagnarsi alla selezione di alcuni soltanto, tra i consociati, quali destinatari del diritto stesso: un diritto costituzionale fondamentale, infatti, o è tale per tutti gli individui o non lo è per nessuno di essi, salvo a voler svuotare di significato l'art. 3 della Costituzione.

E tanto vale a maggior ragione se si sostiene, come la C. Cost. espressamente fa in questa sentenza, che il mancato riconoscimento del diritto in parola si traduce in un *vulnus* ulteriore rispetto a quello legato al mancato riconoscimento del diritto, ovvero sia al diverso e supremo bene della salute dei soggetti interessati (art. 32 Cost.).

Inoltre, non sembra in questa sede peregrino ricordare come la giurisprudenza italiana abbia recentemente affermato che: a) l'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra persone dello stesso sesso, rientri tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., cui spetta il fondamentale diritto 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”*⁸; b) che i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, pur se in Italia non possono ancora contrarre matrimonio, possono, quali titolari del diritto alla *“vita familiare”* e nell'esercizio del diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, e segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, adire la magistratura per far valere, in presenza di *“specifiche situazioni”*, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tal sede, eventualmente sollevare le eccezioni di illegittimità delle disposizioni di legge applicabili, in quanto - o nella parte in cui - non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza⁹.

Ciò premesso, viene allora naturale domandarsi: come è possibile affermare, al contempo, da parte dei nostri organi giurisdizionali: 1) che la stabile unione omosessuale integri una comunità di tipo familiare alla quale spetta il diritto al rispetto della vita familiare e il godimento (quantomeno) dei diritti fondamentali riconosciuti alle altre coppie; 2) che la libertà di formare una famiglia con figli, anche indipendentemente dal dato genetico, sia espressione del fondamentale diritto all'autodeterminazione riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost, poiché concernente la sfera privata e familiare, con la conseguenza che le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, debbano essere ragionevolmente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango; 3) che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, anche mediante PMA eterologa, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute dei componenti della coppia; 4) che, tuttavia, la PMA resti accessibile, ai sensi dell'art. 5 l. cit., solo alle coppie eterosessuali?

Forse facendo ricorso al principio del superiore interesse del minore? Forse sostenendo l'inidoneità assoluta, e a prescindere da ogni valutazione in concreto, delle coppie non eterosessuali ad allevare dei bambini?

⁸ C. Cost. n. 138/2010.

⁹ Cass. n. 4184/2012.

Se così fosse, su questo punto si dovrebbe ben riflettere, atteso che, come ricordato anche da recente giurisprudenza di merito e di legittimità¹⁰, alla base della apodittica affermazione dell'inidoneità delle coppie *same-sex* ad essere delle buone coppie genitoriali non esistono, allo stato, certezze scientifiche o dati di esperienza, ma il mero pregiudizio che sia dannoso, per l'equilibrato sviluppo (specie sessuale) del minore, il fatto di vivere in una famiglia caratterizzata da un rapporto omosessuale tra i *partners* che assumono il ruolo genitoriale, così ponendo quale premessa del ragionamento ciò che, piuttosto, dovrebbe costituire l'esito del percorso dimostrativo: l'effettiva dannosità di un contesto familiare omogenitoriale.

Evidente appare dunque l'irrazionalità, allo stato, del requisito della diversità di sesso degli aspiranti genitori richiesta dalla legge italiana per l'accesso alle tecniche di PMA (e segnatamente alla fecondazione eterologa), nonché l'ingiustificata discriminazione perpetrata a danno delle coppie LGBT sotto questo aspetto, con violazione del principio di ragionevolezza e di eguaglianza sostanziale, nonché del diritto alla tutela della loro vita familiare e privata (art. 8 Cedu).

L'argomentazione svolta dalla C. Cost. nella pronuncia n. 162/2014, pertanto, per quanto corretta ed anzi meritevole di plauso per "*l'espansione della genitorialità*" ch'essa determina, sembra poter essere estesa, in futuro, anche alle famiglie "*altre*", riconoscendo loro il diritto ad accedere alla PMA alle stesse condizioni delle coppie eterosessuali.

Si conclude ricordando come, da un lato, il fenomeno del c.d. turismo procreativo renderebbe comunque vana la perdurante rigidità del legislatore italiano sul predetto requisito soggettivo e, dall'altro, l'apertura della PMA eterologa alle coppie LGBT non implicherebbe il necessario sgretolamento del pur anacronistico dogma dell'eterosessualità del matrimonio, atteso che, anche con riguardo alle coppie eterosessuali, la PMA è già oggi accessibile anche da parte dei *partners* (solo) conviventi e non coniugati.

3.3 C. Cost. n. 162/2014 e "*S.H. e altri c. Austria*" a confronto.

Come prospettato in introduzione, con la sent. n. 162/2014 la Consulta garantisce alle coppie aventi i requisiti di cui all'art. 5 della l. n. 40 del 2004 che vogliono provare ad avere un bambino tramite PMA, un livello di tutela più alto di quello che nei pronunciamenti della Corte Edu si richiede agli Stati membri di garantire loro. Meglio ancora, adotta un approccio diverso.

Il riferimento, in particolare, è alla sentenza della Corte Edu "*S.H. e altri c. Austria*" del 2011, relativa al divieto di fecondazione eterologa vigente in Austria. Con tale decisione, la Grande Camera, da un lato ha riconosciuto che il diritto di una coppia di concepire un figlio ricorrendo anche alla PMA rientra nelle garanzie previste dall'art. 8 Cedu, in quanto tale scelta è espressione della vita privata e familiare, ma dall'altro ha affermato che, poiché l'utilizzo della fecondazione in vitro ha sempre sollevato e continua a sollevare questioni di ordine etico e morale sulle quali non c'è omogeneità tra gli Stati membri, ampio è il margine di discrezionalità di cui dispone ogni Stato in merito alla disciplina interna, sicché non può ritenersi contrastante con la Convenzione il divieto di fecondazione eterologa vigente in Austria.

¹⁰ Trib. min. Roma n. 299/2014 e Cass. n. 601/2012.

Nessun obbligo in capo allo Stato italiano (e scaturente dal diritto sovranazionale) era pertanto ravvisabile, pur dopo il pronunciamento della Corte Edu sul caso austriaco, circa la necessità di aprire l'accesso (anche) alla PMA eterologa.

Nondimeno la Corte Cost. italiana, con la sent. n. 162/2014, ha ritenuto illegittimo, per le motivazioni esposte, il divieto di PMA eterologa vigente in Italia. I tempi, evidentemente, erano maturi per tale apertura e per fare, una volta tanto, più e meglio dell'Europa.

3.4 *L'insegnamento di "E.B. c. Francia" e l'omogenitorialità in Italia*

Uno dei temi più caldi tra quelli che ruotano attorno alla tutela dei diritti, delle libertà e del rispetto della vita familiare delle coppie LGBT è rappresentato dall'accesso all'esperienza genitoriale che, per tali coppie, può passare sia attraverso le tecniche di PMA di cui si è detto, sia realizzarsi, giuridicamente se non biologicamente, mediante l'istituto dell'adozione.

In Italia, l'adozione legittimante è attualmente riservata dalla legge alle coppie coniugate, sicché, per esempio, la questione dell'accesso della persona omosessuale all'adozione, come sottolineato dalla dottrina, *"può porsi de iure condito solo nei rari casi in cui il nostro ordinamento apre l'adozione al singolo, oltre che alla coppia coniugata"*¹¹. Anche in questi casi, tuttavia, non è agevole superare i pregiudizi che aleggiavano attorno all'omogenitorialità e aprire l'adozione in casi particolari ai single omosessuali.

Un recente arresto della Corte Edu, che peraltro ribalta un precedente orientamento¹², induce ancora una volta a riflettere sui diritti delle coppie LGBT e, in particolare, sul diritto a diventare genitori mediante accesso all'adozione, permettendo di trarre utili spunti per l'Italia¹³.

Il caso è *"E.B. c. Francia"* del 22 gennaio 2008, nel quale la Corte stabilisce che è illegittimo e contrario alla Cedu il diniego dell'idoneità all'adozione, deciso dalle autorità di uno Stato membro che consente per legge al singolo di adottare, e motivato con la mancanza di un riferimento genitoriale del sesso opposto a quello dell'aspirante genitore adottivo non coniugato.

Più in particolare, la Francia viene condannata per aver violato l'art. 14 Cedu (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita familiare e privata), per aver discriminato la single lesbica, richiedente l'adozione di un bambino, senza che fosse stata valutata in concreto la sua idoneità ad essere madre e per il solo fatto che, nel nucleo familiare d'accoglienza del bambino, non ci sarebbe stato un soggetto di sesso maschile. La discriminazione è ravvisabile nella circostanza che agli altri single eterosessuali tal requisito non viene richiesto.

L'influenza della pronuncia in Italia è limitata dal fatto che, come già detto, l'accesso dei single all'adozione può aversi solo nei casi particolari di cui all'art. 44 l. n. 184/1983 e, comunque,

¹¹ Long, *"I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali"*, nota di commento a Corte Edu *"E.B. c. Francia"* del 22.01.2008, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 6/2008, 672 ss.

¹² Caso *"Frettè c. Francia"* (2002), ric. n. 36515/97. Un uomo single, omosessuale, aspirante adottante lamentava di aver subito, nel procedimento di valutazione dell'idoneità all'adozione, un trattamento discriminatorio fondato sul suo orientamento sessuale, con conseguente violazione dell'art. 8 Cedu. La Corte la nega.

¹³ Sul tema, Falletti, *"La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale"*, in *Famiglia e Diritto*, n. 3/2008, 224 ss.

senza effetti legittimanti. In queste ipotesi, tuttavia, può e deve sicuramente trovare ingresso il principio espresso dalla Corte Edu, nel senso che l'Italia non può discriminare il single omosessuale che voglia adottare un bambino, ricorrendone gli altri presupposti previsti, solo in ragione del suo orientamento sessuale e del fatto che egli non possa garantire la presenza costante, nel nucleo di accoglienza, di un soggetto di sesso opposto al proprio. Un tale atteggiamento dell'organo giudicante, in assenza di valutazione in concreto sull'idoneità genitoriale, costituirebbe infatti violazione dell'art. 14, in comb. disp. con l'art. 8 Cedu, ed esporrebbe l'Italia a condanne.

Pur se in una prospettiva diversa, ossia dal punto di vista dell'interesse del minore e non dall'angolo visuale del diritto del single omosessuale a diventare genitore, molto interessante appare la recente pronuncia del Tribunale per i minorenni di Roma n. 299 del 30 luglio scorso, che consente a una donna lesbica di adottare, ex art. 44, lett. d. l. cit., la figlia minore della sua compagna e convivente, nata in Spagna mediante PMA eterologa. Come ricordato dal Trib., infatti, intanto la norma non discrimina, con riferimento agli adottanti, tra coppie conviventi eterosessuali e omosessuali e, dunque, una diversa lettura sarebbe contraria alla *ratio legis* della norma, al dato costituzionale e ai principi della Cedu di cui l'Italia è parte. Con specifico riguardo all'interesse della minore coinvolta, si aggiunge che, come affermato anche da recente giurisprudenza di legittimità¹⁴, se è vero che la dannosità di un contesto familiare omosessuale non può presumersi, parimenti non può presumersi che l'interesse del minore non possa essere ivi soddisfatto.

Nell'iter argomentativo della pronuncia, inoltre, è interessante notare come il Trib. per i minorenni faccia riferimento alla giurisprudenza sovranazionale e, segnatamente, all'arresto "X e altri c. Austria" del 19 febbraio 2013, per risolvere il caso in senso favorevole all'adozione della minore da parte della donna omosessuale, compagna della madre.

La pronuncia della Grande Camera, infatti, riguardava un caso analogo: due donne, unite in una stabile relazione omosessuale, lamentavano il rigetto della richiesta avanzata da una di loro di adottare il figlio dell'altra, senza rottura del legame giuridico tra madre biologica e figlia (adozione c.d. co-genitoriale). La Corte Edu, osservando anzitutto che in Austria non è consentito il matrimonio *same-sex* e richiamando la Convenzione dei diritti del fanciullo di New York in base alla quale il canone da tenere in maggiore considerazione nel decidere è il migliore interesse del minore, ha ritenuto discriminatoria, per violazione dell'art. 14, in comb. disp. con l'art. 8 Cedu, la legge austriaca che non consente l'adozione in tali casi, concessa invece alle coppie di fatto eterosessuali. La motivazione di "X e altri c. Austria" si fondava, dunque, in parte sulla discriminazione operata dalla legge austriaca tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali e, in parte, sulla necessità per il giudice di motivare, in concreto, sull'interesse superiore del minore. Anche con riferimento al tema dell'omogenitorialità e alla possibilità di accesso da parte delle coppie LGBT all'istituto dell'adozione in casi particolari, i principi sovranazionali impongono agli organi giurisdizionali italiani di rimuovere alcuni ostacoli frapposti a tali coppie¹⁵.

¹⁴ C. Cass. n. 601 del 2012

¹⁵ v. Falletti, "LGBTI discrimination and parent-child relationships: cross-border mobility of rainbow families in the European Union", in *Family Court Review*, vol. 52, n. 1, 2014, 28 ss.

4 L'“Affaire Mennesson c. Francia” : il rispetto della vita privata dei bambini, *sub specie* di certezza giuridica del loro *status filiationis*, prevale sulle legislazioni nazionali in tema di PMA.

4.1 Il caso e i profili di rilevanza per l'indagine

Con la sentenza del 25 giugno scorso, la Corte Edu, adita da due coniugi francesi, sig. Dominique Mennesson e sig.ra Sylvie Mennesson, nonché dalle gemelle minori Valentina e Fiorella Mennesson, nate in California mediante maternità in surrogazione, condanna all'unanimità lo Stato francese a risarcire le gemelle per il danno loro cagionato dalla violazione dell'art. 8 della Cedu, sotto il profilo del mancato rispetto della loro vita privata. La condanna trova ragione, in particolare, nel mancato riconoscimento da parte della Francia del legame di filiazione tra loro e il padre biologico da un lato, la madre sociale dall'altro, giustificato con il divieto di “*maternità per conto terzi*” vigente nello Stato e l'asserita contrarietà all'ordine pubblico interno della trascrizione degli atti di nascita californiani delle minori nei registri dello stato civile francesi.

L'importanza della pronuncia ai fini dell'indagine è rappresentata dai seguenti elementi: 1) l'affermazione di principio della rilevanza giuridica, specie in presenza di minori, dell'esistenza di una vita familiare di fatto, da riconoscere e tutelare negli Stati dell'UE indipendentemente dalla veste formale che quei rapporti familiari assumono o possono assumere secondo le legislazioni domestiche¹⁶; 2) l'affermazione secondo cui, sebbene gli Stati contraenti godano di un largo margine di valutazione discrezionale, importante per poter decidere, anche in materia di diritto di famiglia, ciò che sia “*necessario in una società democratica*”, l'ampiezza di tale margine va sempre rapportata alle circostanze, agli ambiti, al contesto di riferimento e alla presenza o assenza di un denominatore comune ai sistemi giuridici degli Stati contraenti. In particolare, la Corte afferma che, quando viene in gioco il tema della filiazione, emerge uno degli aspetti essenziali dell'identità personale, sicché il margine di valutazione degli Stati nel dare tutela ai rapporti giuridici è ridotto, con la conseguenza che le scelte operate dagli stessi, pur se nei predetti limiti, non sfuggono al controllo della Corte Edu, cui compete l'attento esame degli argomenti utilizzati dallo Stato per pervenire alla soluzione del caso e la verifica dell'effettivo raggiungimento del giusto equilibrio tra gli interessi dello Stato medesimo e quelli delle persone coinvolte. In particolare, allorquando venga in rilievo lo *status* di un minore, il suo interesse deve avere rilievo preminente; 3) l'affermazione secondo cui il rispetto della vita privata di una persona (art. 8 cedu) esige che “*chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation; un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation*” e, di conseguenza, pur essendo comprensibile, da un lato, che uno Stato Membro (qui la Francia) voglia dissuadere i suoi cittadini dal ricorrere all'estero ad un metodo di procreazione vietato sul territorio nazionale, tuttavia, allorché tale deterrente determini il disconoscimento di una filiazione altrove legittimamente stabilita e formalmente riconosciuta come tale, con conseguente

¹⁶ La Corte Edu si richiama ai suoi precedenti “*X, Y e Z c. Regno Unito*” del 22.04.1997 e “*Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*” del 28.06.2007. Nel secondo caso riconosce l'esistenza di una “*vita familiare*” tra un minore e la madre adottiva, ancorché l'adozione non fosse riconosciuta nell'ordinamento interno di riferimento.

incertezza giuridica del legame di filiazione nello Stato membro, ciò cagiona un serio nocumento all'identità personale dei minori e viola il diritto al rispetto della loro vita privata (art. 8 cedu); 4) da ultimo, nell'ottica delle possibilità di tutela delle famiglie arcobaleno in Italia, e in particolare sotto il profilo della genitorialità delle coppie LGBT, è interessante sottolineare come il ragionamento e i principi espressi della Corte Edu siano impiegabili nel senso che segue: nel caso in cui una coppia LGBT ottenga di realizzare il proprio desiderio di genitorialità mediante utilizzo di tecniche di procreazione vietate in Italia, ma consentite in altri Stati, e dia vita a una situazione familiare di fatto, lo Stato italiano non può disconoscere il rapporto di filiazione giuridica e la situazione familiare legalmente determinatasi all'estero, trincerandosi dietro il baluardo della "contrarietà all'ordine pubblico interno", giacché ciò si tradurrebbe in una lesione del diritto al rispetto della vita privata dei minori ed esporrebbe lo Stato a condanne della Corte Edu.

Un ragionamento analogo potrebbe farsi, *mutatis mutandis*, allorché il rapporto di filiazione giuridica venga costruito mediante forme di adozione non consentite in Italia. Il principio generale della circolazione dello *status filiationis* opererebbe, infatti, nello stesso senso di cui sopra.

5 Conclusioni

Se il caso del "bambino arcobaleno" nato in Spagna e figlio di due madri lesbiche fosse giunto all'attenzione dei magistrati torinesi oggi, l'epilogo sarebbe dovuto essere diverso. Così, in molti casi a carattere transnazionale ma anche interamente domestico che vedranno in futuro coinvolte coppie LGBT e famiglie arcobaleno, il contributo della recente giurisprudenza sovranazionale risulterà decisivo per soluzioni più garantiste degli organi giurisdizionali italiani.

I principi enunciati dalla Corte Edu negli arresti degli ultimi anni, infatti, hanno già consentito alla C. Cost. di pervenire ad aperture che probabilmente, in assenza di quei pronunciamenti, non si sarebbero avute, si sarebbero avute più avanti, o solo con interventi legislativi *ad hoc*.

Per esempio, applicando le coordinate ermeneutiche indicate dalla Corte Edu in "*H c. Finlandia*" e "*Shalk and Kopf c. Austria*", la Consulta, con sent. n. 170/2014, ha affermato l'illegittimità costituzionale del «divorzio imposto» al transessuale, siccome non accompagnato, ove gli ex coniugi siano concordi nel voler mantenere la relazione, a forme alternative di tutela dell'equilibrio dei rapporti personali e patrimoniali instaurato durante il regime coniugale (es. *partnership* registrata). L'assoluta impossibilità di tutela di tale equilibrio mediante forme giuridiche diverse dal matrimonio, infatti, determina la violazione del diritto al rispetto della vita familiare della coppia (divenuta) LGBT e si pone in contrasto con l'art. 8 della Cedu.

Non sono mancate ipotesi in cui la C. Cost. è riuscita a tutelare più e meglio di quanto richiesto dalla Corte Edu importanti diritti quale quello di accesso alla PMA, che potrebbero in futuro essere resi accessibili anche a queste coppie. Tale diritto, in particolare, è stato al centro della pronuncia n. 162/2014, che ha dichiarato illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, ritenendo, in senso opposto rispetto a "*S.H. e altri c. Austria*", che il bilanciamento tra gli interessi operato dal legislatore italiano fosse irragionevole, e affermando che esso violasse la libertà dei *partners* di formare una famiglia con figli, senza che la sua assolutezza fosse giustificata da esigenze di tutela del nato o da altre esigenze di rango costituzionale.

Importanti spunti di riflessione la Corte Edu ha offerto anche sul tema dell'adozione di minori da parte di persone omosessuali e sul dibattuto tema dell'omogenitorialità. In particolare: in *"X e altri c. Austria"*, ha ritenuto discriminatoria la legge austriaca che non consentiva alle coppie same-sex la c.d. adozione co-genitoriale, aperta invece alle coppie eterosessuali; in *"E.B. c. Francia"* ha ritenuto discriminatorio, nei confronti delle persone omosessuali, il diniego dell'idoneità all'adozione, deciso dalle autorità di uno Stato che consente al single di adottare, motivato con la mancanza di un riferimento genitoriale del sesso opposto a quello dell'aspirante genitore adottivo.

Anche tali principi devono essere applicati in Italia, contribuendo ad abbattere le barriere e i pregiudizi che aleggiavano attorno al tema dell'adozione da parte degli omosessuali e, più in generale, della genitorialità delle coppie LGBT. Devono trovare applicazione, in particolare, tutte le volte in cui si prospetti la possibilità che un aspirante adottante venga discriminato, rispetto ad altri, solo per il proprio orientamento sessuale e senza valutazione, in concreto, della dannosità di tale adozione per il minore adottando. Se tanto non avvenisse, infatti, sarebbe agevole prevedere una rimessione della questione alla C.Cost., perché decida in conformità con i richiamati orientamenti sovranazionali, eliminando trattamenti differenziati delle persone omosessuali o delle coppie LGBT, dove non motivati con la contrarietà dell'adozione all'interesse preminente dell'adottando (il riferimento, per l'Italia, attualmente è alle sole adozioni in casi particolari).

Uno degli insegnamenti più recenti ed importanti dalla Corte Edu, nell'ottica della tutela delle famiglie arcobaleno, è sicuramente quello offerto nell'"*affaire Mennesson c. Francia*", in cui afferma il fondamentale principio della circolazione degli stati familiari¹⁷. Alla luce di questa pronuncia, nessuno Stato membro può trincerarsi dietro il baluardo del proprio ordine pubblico interno per ignorare e negare ogni forma di tutela, anche meramente dichiarativa (es. trascrizione nei registri dello stato civile), a situazioni familiari regolarmente costituite all'estero: un simile atteggiamento si porrebbe in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata delle persone, minori compresi, esponendo lo Stato stesso a condanne da parte della Corte Edu.

Applicare il principio all'Italia significa allora, per esempio, riconoscere che uno *status filiationis* venuto in essere per mezzo di tecniche di procreazione o forme di adozione non consentite dalla legislazione italiana dev'essere regolarmente trascritto nei registri dello stato civile italiani tutte le volte in cui sia stato acquisito all'estero in conformità della *lex fori*.

Le ricadute pratiche di tale principio ai fini della tutela delle famiglie arcobaleno e delle coppie LGBT sono molteplici, evidenti e di grande rilievo. Ed invero, in attesa che il legislatore prenda atto dei mutamenti sociali e culturali maturati negli ultimi decenni e si faccia carico di dare tutela giuridica, secondo la sua discrezionalità, alle diverse realtà familiari esistenti, gli organi giurisdizionali possono e devono, alla luce di quel principio, accordare protezione quantomeno alle situazioni arcobaleno legittimamente costituite altrove.

¹⁷ Per un recente contributo, che raccoglie gli interventi ad un incontro di studio sul tema della circolazione degli status familiari, tenutosi a Milano il 26.10.2012, v. *"La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore"*, (a cura di) Cesaro, Lovati, Mastrangelo, Ed. Francoangeli, Milano, 2014.

Quest'immediata applicazione dei principi sovranazionali alle fattispecie a carattere transnazionale, se da una parte può apparire una magra consolazione a chi vorrebbe un riconoscimento formale ed immediato delle coppie LGBT e delle famiglie arcobaleno in Italia (e a chi, non a torto, ravvisa comunque in tale *modus operandi* una discriminazione nei confronti di quanti non abbiano i mezzi materiali per recarsi all'estero e costituire quegli *status* familiari e dei quali non si possa poi negare riconoscimento in patria), d'altra parte essa si pone come importante apripista culturale ai fini della costruzione di forme di tutela ad hoc per le fattispecie domestiche.

Il principio di circolazione degli *status* familiari diventa allora esso stesso fattore di armonizzazione dei diversi diritti familiari degli Stati membri, capace di avvicinare le categorie giuridiche a una mutata realtà sociale e di riplasmarle in funzione di quest'ultima.

Senza dimenticare che tale principio, d'altra parte, non può che essere funzionale alla reale e profonda implementazione della libertà di circolazione e stabilimento sul territorio dell'Ue.