



## GIURISPRUDENZA DELLE CORTI (CGE, CEDU, CORTE COSTITUZIONALE, CORTE DI CASSAZIONE) SUI PROFILI ESISTENZIALI DELLA FAMIGLIA

MARIA GABRIELLA LUCCIOLI

SOMMARIO: 1. Principi generali. 2. La fecondazione assistita. 3. I diritti delle coppie omosessuali. 4. Il cognome della famiglia.

1. Svolgere una relazione sul dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali sui profili esistenziali della famiglia significa avviare ancora una volta una riflessione su quella *metamorfosi dei confini* che la globalizzazione ha prodotto nella *semantica giurispolitica*, e che ha consentito l'emergere di diritti generati e tutelati non più soltanto nell'ambito territoriale dello Stato, ma scaturiti da fonti diversificate, statuali ed extrastatali, e quindi muniti di una *tutela multilivello*, con una maggior garanzia delle posizioni soggettive coinvolte.

In ambito europeo viene in effetti a delinearsi, riprendendo il pensiero di Rodotà, un'altra Europa, affatto diversa dalla oppressiva Europa economica, severa dispensatrice di sacrifici, e dall'evanescente Europa politica: è l'Europa dei diritti, che si oppone alla riduzione dell'orizzonte europeo alla sola dimensione del mercato, della concorrenza, dello sviluppo e dei pareggi di bilancio e proprio sul terreno dei diritti si fa garante di nuove tutele.

Si tratta di una prospettiva ineludibile: l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, come modificato dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, reso esecutivo con la legge 2 agosto 2008 n. 130, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, stabilisce che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati ed è quindi vincolante per gli Stati membri, e dichiara che l'UE aderisce alla Convenzione EDU, i cui diritti fondamentali "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali", per come è vigente nell'interpretazione che la Corte di Strasburgo ne dà. La Convenzione e la Carta dei diritti costituiscono pertanto elementi fondamentali dell'architettura istituzionale europea.

In tale quadro di riferimento appare evidente che il tema della corretta applicazione della Convenzione all'interno degli Stati contraenti, unitamente a quello della corretta esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo negli ordinamenti nazionali, è essenziale per il funzionamento del sistema di giustizia dei singoli Paesi.



Negli ultimi decenni è profondamente mutata la sensibilità dell' interprete nazionale nei confronti dei valori giuridici portati dalla Convenzione, anche in forza della modifica dell' art. 117 Cost. introdotta nel 2001, e successivamente delle note sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007. Ed invero nella tessitura del rapporto tra l' ordinamento italiano e la giurisdizione relativa alla Convenzione le due sentenze gemelle e le loro successive conferme hanno segnato un' autentica svolta: il rango e l' efficacia delle norme CEDU, nonché il ruolo che i giudici nazionali e la Corte di Strasburgo rispettivamente rivestono nell' interpretazione ed applicazione della Convenzione sono fissati in dette pronunzie muovendo dalla considerazione che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, ed in particolare della CEDU, si traduce ora in una violazione dell' art. 117, primo comma, Cost. In tale sistema le norme della Convenzione di Roma, nella interpretazione della giurisprudenza della Corte EDU, costituiscono fonte interposta subcostituzionale dell'ordinamento, integrando il parametro di costituzionalità. Ove peraltro l' interpretazione conforme non raggiunga l' esito sperato e permanga il supposto conflitto tra norma interna e disposizione convenzionale interposta, il giudice nazionale è tenuto a sollevare, in riferimento all' art. 117, primo comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale della norma interna confliggente, mentre spetta alla Corte delle leggi verificare la compatibilità della norma CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, con le pertinenti norme della Costituzione.

Resta quindi escluso che il giudice comune, a differenza di quanto accade per le norme di diritto comunitario *ad effetto diretto*, possa procedere all' applicazione della norma CEDU disapplicando quella interna contrastante.

Il riconoscimento di diritti muniti di tutela multilivello dà luogo al delinarsi di un percorso dialogico tra la Corte Europea, quella di Lussemburgo, la Corte Costituzionale ed i giudici nazionali, ed in particolare le Corti di ultima istanza, che pur tra qualche disarmonia e sfasatura si arricchisce continuamente di nuovi contenuti e nuove prospettive. In questo contesto il giudice nazionale è chiamato a prendere atto della esistenza di diversi *circuiti di legalità* apparentemente autonomi ed a ricercare il significato dei diritti fondamentali alla luce della Costituzione, della Convenzione europea e, laddove interferisce con il diritto comunitario, dell' ordinamento UE, atteso che dall' integrazione tra tali ordinamenti scaturisce il contenuto del diritto fondamentale da garantire.

Si tratta di un impegno e di una sfida importanti per i giudici, molti dei quali formati all' interno di una cultura giuridica in cui il diritto comunitario ed internazionale non aveva il rilievo che attualmente riveste nella giurisdizione. Ed allora chi esercita la funzione giurisdizionale deve equipaggiarsi per affrontare questi nuovi compiti in un panorama divenuto pluriordinamentale, con il quale è chiamato a rapportarsi per realizzare una *tutela integrata* dei diritti fondamentali, convertendosi ad una diversa mentalità e ad un diverso approccio culturale al diritto e dotandosi degli



strumenti conoscitivi idonei ad ordinare le varie forme di produzione del diritto ed i vari ordinamenti in un sistema armonico e coerente ed applicando i meccanismi generali regolatori dei rapporti tra fonti diverse.

Nella mia relazione mi occuperò in particolare, nei limiti consentiti dal tempo a mia disposizione e tenuto conto della necessità di circoscrivere un tema di dibattito di vastissime dimensioni, di tre questioni specifiche concernenti i profili esistenziali della famiglia, che sono state oggetto di recenti importanti interventi delle varie Corti, ossia della fecondazione assistita, dei diritti delle coppie omosessuali, del cognome della famiglia, avendo riguardo alla giurisprudenza formata in relazione all' art. 8 della Convenzione, che tutela *il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata e familiare*, all' art. 12, che sancisce *il diritto di uomini e donne di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l' esercizio di tale diritto*, all' art. 14, a tenore del quale *il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione*.

2. Con la sentenza del 3 novembre 2011, *S.H. e altri contro Austria*, la Grand Chambre della Corte europea ha sancito che il divieto di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa nei paesi europei non viola l' art. 8 della Convenzione, dovendosi riconoscere ad ogni Paese dell' Unione la discrezionalità nel regolare la materia, con la conseguenza che la legge austriaca che vieta la donazione di ovuli e sperma in vitro, consentendo soltanto la donazione di gamete maschile in vivo, non lede di per sé i diritti delle coppie.

La Corte di Strasburgo, pur riconoscendo che il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita rientra nell' ambito di applicazione dell' art. 8, in quanto tale scelta è chiaramente un' espressione della vita privata e familiare, ha affermato che a fronte del continuo insorgere di questioni delicate di ordine etico in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate vertono su aree in cui non vi è omogeneità di posizioni negli Stati membri, esiste un ampio margine di discrezionalità di ciascuno Stato, esteso sia alla stessa decisione di legiferare sia eventualmente alla scelta delle regole da dettare ai fini di un equilibrio tra gli opposti interessi pubblici e privati. Peraltro la Corte, sul presupposto che l' ampia discrezionalità che gli Stati aderenti alla Convenzione hanno in materia non comporta automaticamente la ragionevolezza di qualunque scelta legislativa effettuata, ha rivendicato alle proprie attribuzioni quella di esaminare gli argomenti presi in considerazione dal legislatore nel processo di produzione normativa e di determinare se un armonioso equilibrio sia stato stabilito tra gli opposti interessi dello Stato e dei soggetti direttamente coinvolti da tali scelte legislative.

In tale prospettiva, preso in considerazione il complessivo quadro giuridico ed esaminato il divieto posto dall' art. 3 della legge in esame in tale ampio contesto, ha



affermato che il legislatore austriaco non avesse ecceduto dal margine di discrezionalità concessogli.

Con ordinanza n. 150 del 2012 la Corte Costituzionale, che era stata frattanto investita della questione di legittimità della norma di cui all' art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 che pone il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ha restituito gli atti ai giudici rimettenti, Tribunali di Firenze, di Milano e di Catania, perché valutino le questioni di costituzionalità prospettate alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della CEDU, tenuto conto della incidenza di tale decisione sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e della sua consistenza di *novum* rispetto alla pronuncia della prima sezione della Corte di Strasburgo del 1 aprile 2010 invocata dai giudici remittenti, siccome idonea ad influire direttamente sulla questione di legittimità costituzionale proposta.

E' pertanto affidata alla valutazione dei giudici remittenti la riproposizione della questione di costituzionalità anche sulla base delle enunciazioni espresse in tale decisione.

Su questo tema è di nuovo intervenuta appena un mese fa la Corte di Strasburgo, che con la sentenza del 28 agosto 2012 nel caso *Costa e Pavan c/o l' Italia*, premesso che il desiderio di avere un figlio non affetto dalla grave malattia di cui i genitori sono portatori sani mediante il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi reimpianto rientra nella sfera protetta dall' art. 8 della Convenzione, ha ritenuto incoerente il sistema legislativo italiano che da un lato priva i richiedenti, componenti di una coppia fertile che non può utilizzare le tecniche consentite dalla legge n. 40 del 2004, dell' accesso alla diagnosi genetica preimpianto e dall' altro lato li autorizza ad una interruzione della gravidanza se il feto risulta affetto dalla stessa patologia, ed ha conclusivamente affermato che l' ingerenza nel diritto dei richiedenti al rispetto della loro vita privata e familiare è sproporzionata. La stessa Corte ha altresì osservato che i concetti di *embrione* e di *bambino* non devono essere confusi e che non si comprende come, nel caso di malattia del feto, un aborto terapeutico possa conciliarsi con le giustificazioni del Governo italiano, tenendo tra l' altro conto delle conseguenze che questo ha sul feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello dell' embrione, e, specialmente, sulla madre.

Si tratta di una decisione di grande rilievo, sotto molteplici profili: innanzi tutto, essa tende ad eliminare una irragionevole discriminazione tra coppie sterili e coppie fertili; in secondo luogo, nel ravvisare una violazione dell' art. 8 della CEDU, intende affermare che in una materia siffatta va attribuito rilievo primario all' autodeterminazione delle persone interessate; infine, essa denuncia una irriducibile contraddizione interna al sistema giuridico italiano, atteso che, per tutelare il diritto di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori sani, i ricorrenti non hanno altra possibilità che dare inizio ad una gravidanza per le vie



naturali e procedere all' interruzione volontaria ove l' esame prenatale dovesse rivelare che il feto è malato.

La pronuncia del giudice di Strasburgo costituisce l' ennesima bocciatura a livello nazionale ed europeo della legge n. 40 del 2004, ormai ridotta a contenitore di pochi divieti residui, nell' attesa che la Consulta torni nuovamente a pronunciarsi sul punto. Appare pertanto forte l' esigenza di una riscrittura della legge che recepisca interamente le prescrizioni della Corte Costituzionale e di quella Europea, secondo una linea di rispetto dei diritti fondamentali.

Segnalo infine un recente arresto della Corte di Cassazione in materia di fecondazione eterologa.

Il divieto posto dall' art. 4 comma 3 della legge n. 40 alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo ovviamente non esclude che molte nascite avvengano, o siano avvenute in epoca anteriore a tale intervento normativo, facendo applicazione di tale tecnica procreativa: questa realtà è ben presente al legislatore italiano, che all' art. 9, comma 1, della stessa legge ha posto il divieto di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall' art. 235, comma

1, n. 19 e 2) c.c., ove il suo consenso sia ricavabile da atti concludenti.

Con la recente decisione n. 11644 del 2012 la Corte di Cassazione ha per la prima volta affermato, in relazione ad una procreazione da inseminazione eterologa avvenuta prima dell' entrata in vigore di detta legge, che una lettura costituzionalmente orientata induce a ritenere che con il richiamato art. 9, comma 1, il legislatore abbia inteso stabilire un preciso limite al *favor veritatis*, determinando una convergenza del *favor legitimationis* con il divieto di *venire contra factum proprium*, e che il quadro normativo, a seguito dell' introduzione della legge n. 40 del 2004, per come è formulata e per come è interpretabile in base alla sempre più incisiva affermazione del principio del *favor veritatis*, si è arricchito di una nuova ipotesi, per certi versi tipica, di disconoscimento, che si aggiunge a quelle previste dall' art. 235 c.c., e che si fonda - stante la non piena assimilabilità dell' inseminazione artificiale alle previsioni di tale norma - sulla esigenza di affermare la primazia del *favor veritatis*.

3. La materia dei diritti delle coppie omosessuali ha costituito in questi ultimi anni fertile terreno di interlocuzione tra le Corti.

Come è noto, con la sentenza n. 138 del 2010 la Corte Costituzionale, chiamata a scrutinare, in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 117, primo comma, Cost., la legittimità costituzionale di una serie di disposizioni del codice civile che secondo i giudici rimettenti costituivano ostacolo alla possibilità di ammettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, è pervenuta a conclusioni diversificate, ma tutte negative, in relazione ai singoli parametri costituzionali invocati. Ha dichiarato inammissibile la questione con riferimento all' art. 2, affermando che per *formazione sociale* ai sensi di tale parametro deve intendersi “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione,



nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l' unione omosessuale, 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”. E tuttavia, escluso che l' aspirazione a tale riconoscimento possa essere realizzata solo con l' equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, spetta al Parlamento, nell' esercizio della sua piena discrezionalità, “ individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d' intervenire a tutela di specifiche situazioni ”.

In riferimento ai parametri degli artt. 3 e 29 Cost. la Corte ha invece dichiarato non fondata la questione, osservando che se pure è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non possono ritenersi cristallizzati con riferimento all' epoca di entrata in vigore della Costituzione, tuttavia la loro interpretazione “ non può spingersi fino al punto d' incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata ”. Ciò vale a dire che il “ significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un' interpretazione creativa ”.

Ha infine dichiarato inammissibile la questione in riferimento all' art. 117, comma primo, Cost., utilizzato dai giudici remittenti per introdurre un richiamo alla normativa sovranazionale, ed in particolare agli artt. 8, 12 e 14 della CEDU ed agli artt. 7, 9 e 21 della Carta di Nizza, sul rilievo che l' art. 9 di detta Carta, come del resto l' art. 12 della Convenzione, nell' affermare il diritto di ciascuno al matrimonio, rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l' esercizio e non impone la piena equiparazione delle unioni omosessuali a quelle eterosessuali, affidando una scelta siffatta alla discrezionalità dei legislatori nazionali.

Nelle sentenza sono contenute due importanti affermazioni di principio: alle persone dello stesso sesso unite da una stabile convivenza “spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”; inoltre, “può accadere che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”.

La sentenza della Corte Costituzionale è stata depositata il 15 aprile 2010. Poco più di due mesi più tardi, il 24 giugno 2010, la Corte di Strasburgo ha depositato la sentenza sul caso *Schalk e Kopf contro Austria*, nella quale ha per la prima volta affrontato la questione se due persone dello stesso sesso hanno il diritto di contrarre matrimonio, affermando che la negazione di un loro diritto a sposarsi da parte dello



Stato o a far conoscere in altro modo la loro relazione non comporta violazione dell' art. 12 ( all' unanimità), né violazione dell' art. 14 in relazione all' art. 8 ( a maggioranza).

Nonostante il dispositivo di rigetto delle richieste dei ricorrenti, la sentenza contiene importanti aperture nell' interpretazione delle norme della Convenzione richiamate. La prima novità concerne la questione se il diritto al matrimonio, riconosciuto dall' art. 12 della Convenzione ( *Uomini e donne hanno il diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l' esercizio di questo diritto*), comprenda anche il diritto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso: la risposta della Corte è chiara lì dove afferma di non ritenere più che il diritto al matrimonio ai sensi dell' art. 12 debba essere limitato ai casi di matrimonio tra persone di sesso opposto, ma al tempo stesso ribadisce che detta disposizione non fa obbligo agli Stati di concedere l' accesso al matrimonio omosessuale.

Alla base delle affermazioni della Corte di Strasburgo sta l' interpretazione non solo dell' art. 12, ma di tale disposizione in combinato disposto con l' art. 9 della Carta ( *Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l' esercizio*), il quale ha portata più ampia, in quanto il suo campo di applicazione può essere esteso ad altre forme di matrimonio eventualmente istituite dalla legislazione nazionale: ed invero manca in quest' ultima disposizione il riferimento ad *uomini e donne* e non si parla di un unico *diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*, ma si riconoscono due diritti distinti, quello di sposarsi e quello di costituire una famiglia, assunti come diritti di pari dignità e rilevanza giuridica.

Il diritto al matrimonio riconosciuto dall' art. 12 in combinato disposto con l' art. 9 della Carta assume così, nella interpretazione profondamente evolutiva della Corte Europea rispetto alla consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio, un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo dell' unione tra due persone dello stesso sesso, fermo restando che per effetto del richiamo contenuto in tali disposizioni la *garanzia* del diritto ad un tale matrimonio resta totalmente riservata al potere legislativo degli Stati contraenti.

La seconda novità riguarda la questione se la relazione di una coppia omosessuale rientri nella nozione di *vita familiare* nell' accezione di cui all' art. 8 della Convenzione. Al riguardo la Corte afferma in modo netto che la esistenza di una coppia omosessuale con una stabile relazione di fatto rientra nella nozione di vita privata e familiare, come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione. Tale estensione alla coppia omosessuale stabilmente convivente del diritto alla vita familiare costituisce coerente corollario del riconoscimento ai singoli componenti del nucleo del diritto al matrimonio e del diritto di fondare una famiglia.

Infine con la recente sentenza n. 4184 del 2012 la Corte di Cassazione, riprendendo i passaggi chiave della sentenza di Strasburgo, ha segnato una ulteriore tappa in questo percorso, affermando che i cittadini italiani componenti della coppia omosessuale conviventi in stabile relazione di fatto non possono secondo la



legislazione italiana far valere il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio celebrato all' estero, ma che tale matrimonio non è inesistente per il nostro ordinamento, bensì soltanto inidoneo a produrre effetti giuridici, non costituendo più la diversità di sesso tra i nubendi presupposto naturalistico di esistenza del matrimonio. Peraltro le persone dello stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla *vita familiare* ai sensi dell' art. 8 della Convenzione, onde nell' esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia esse possono adire il giudice per rivendicare, in specifiche situazioni correlate ad altri diritti fondamentali, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni vigenti.

E' agevole cogliere il filo rosso che lega le tre pronunce e l' apertura verso nuove tutele che esse prospettano. La sentenza della Corte di Strasburgo, nella sua impostazione tesa a separare il riconoscimento dei diritti dal sistema di garanzia degli stessi, in ragione delle richiamate difformità sociali, culturali e giuridiche che connotano le varie discipline nazionali della famiglia e del matrimonio nei Paesi aderenti alla Convenzione e/o membri dell' Unione europea, trova corrispondenza nella decisione della Corte di Cassazione lì dove sostiene che in base alla lettura fornita dai giudici di Strasburgo deve considerarsi venuto meno il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale costituito dalla diversità di sesso dei nubendi, e quindi ricompreso nell' art. 12 della CEDU anche il diritto al matrimonio omosessuale, con la conseguenza che per l' ordinamento italiano un matrimonio tra persone dello stesso sesso non può considerarsi inesistente, ma solo inefficace.

E prima ancora la richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2010, che ha negato specifico fondamento costituzionale al riconoscimento del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma ha al tempo stesso ritenuto inclusa nelle *formazioni sociali* di cui all' art. 2 Cost. l' unione omosessuale, “ intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia ”, rivendicando a sé la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni, potendo accadere che “ in relazione ad ipotesi particolari sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo della ragionevolezza “, si armonizza chiaramente con la sentenza della Corte europea lì dove ha ricondotto la relazione di una coppia omosessuale nell' ambito della nozione di *vita familiare*. Essa fornisce altresì essenziale supporto ai principi espressi dalla Corte di Cassazione nella pronuncia n. 4184 del 2012 innanzi richiamata, lì dove ha negato che secondo la legislazione italiana i componenti della coppia omosessuale possano far valere il diritto a contrarre matrimonio o ad ottenere la trascrizione del matrimonio contratto



all' estero, ma al tempo stesso ha affermato che i componenti della coppia omosessuale sono titolari, a prescindere dall' intervento del legislatore in materia, del diritto alla *vita familiare* e che nell' esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alle coppie coniugate.

Un' analoga tendenza ad includere nel concetto di *vita familiare* il rapporto di convivenza tra persone omosessuali è rilevabile nella giurisprudenza della Corte EU del Lussemburgo, che con sentenza del 7 gennaio 2004 ( C-117/01), decidendo sulla esclusione di un convivente transessuale dal diritto alla pensione di reversibilità spettante al coniuge superstite, ha affermato che l' art. 141 CE ( “Ciascuno Stato membro assicura l' applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore” ) osta, in linea di principio, ad una legislazione - come quella del Regno Unito - che, in violazione della CEDU, impedisca ad una coppia, uno dei cui componenti sia transessuale, di soddisfare la condizione del matrimonio necessaria affinché uno dei suoi componenti possa godere di un elemento della retribuzione dell' altro.

4. La questione del cognome della moglie e dei figli è stata in più occasioni esaminata, sotto diversi profili, dalla Corte di Strasburgo. Ricordo in particolare che con sentenza del 22 febbraio 1994, nel caso *Burghartz contro Svizzera*, detta Corte, pur rilevando che l' art. 8 della Convenzione non contiene alcuna specifica previsione in ordine al cognome, ha affermato che, costituendo esso uno strumento di identificazione di una specifica personalità e un elemento identificativo di un legame familiare, l' esistenza di un pubblico interesse nella relativa disciplina non è sufficiente a comprimere la sua attitudine a connotare la vita privata e familiare delle persone ed ha dichiarato costituire violazione degli artt. 8 e 14 la norma di cui all' art. 160 del codice civile svizzero la quale dispone, nel caso in cui i coniugi scelgano il nome del marito, che la moglie anteponga a quest' ultimo il proprio, mentre non prevede analoga possibilità per il marito nell' ipotesi in cui i coniugi scelgano il nome della moglie.

Con la successiva decisione del 25 novembre 1994 nel caso *Stjerna contro Finlandia* la medesima Corte ha riaffermato la necessità di tutelare il diritto al nome come prerogativa essenziale all' esplicarsi della vita privata, pur escludendo in concreto la sussistenza di una tale violazione nel rifiuto delle autorità finlandesi di consentire il cambiamento del cognome usato da oltre duecento anni dalla famiglia del richiedente, stante la scarsa rilevanza delle ragioni addotte a supporto della richiesta di cambiamento.



Ancora, con sentenza 16 novembre 2005, nel caso *Unal Tekeli c. Turchia*, detta Corte ha dichiarato priva di ogni giustificazione oggettiva e ragionevole, in quanto non necessaria a soddisfare le esigenze di salvaguardia dell'unità familiare, la norma che imponeva alla donna la perdita del cognome di origine, in caso di matrimonio, ovvero che, a seguito di successive modifiche della legislazione turca, consentiva l'aggiunta di detto cognome a quello del marito.

Più di recente, con la decisione del 6 maggio 2008, *Alexandra Von Reblingen contro Germania*, la medesima Corte europea, pur ribadendo che nel disciplinare la materia dell'attribuzione del cognome gli Stati godono di un margine di discrezionalità che non consente di considerare violati gli artt. 8 e 14 della CEDU se la legislazione interna, anziché disporre l'acquisizione del doppio cognome, prevede il cognome di famiglia, paterno o materno, ha posto il limite della non imposizione per legge di detto cognome: ciò vale a dire che la Corte, valutando la pretesa dei ricorrenti anche nell'ottica della violazione del divieto di discriminazione basata sul sesso, esclude una discriminazione siffatta quando la disciplina interna, pur prevedendo l'attribuzione ai figli di un solo cognome, quello dell'uno o dell'altro coniuge, lasci in ogni caso i genitori *free to make their choice*. Ed è questo il punto di particolare rilevanza della decisione: si esclude la sussistenza di una discriminazione tra i sessi purché la disciplina interna attributiva ai figli di un solo cognome, quello del padre o della madre, disponga comunque che la scelta non è imposta per legge, tanto più quando la prevalenza sia accordata al cognome paterno in via esclusiva. Ne deriva che discipline interne che prevedono l'attribuzione automatica del cognome paterno devono ritenersi in contrasto con la Convenzione.

Anche la Corte UE ha avuto modo in più occasioni di occuparsi della questione del cognome. Segnalo in particolare l'importante sentenza *Garcia Avello* contro lo Stato belga del 2 ottobre 2003, in un caso in cui detto Stato si era rifiutato di accogliere la richiesta di un cittadino padre di due figli con la doppia cittadinanza belga e spagnola, ai quali il Belgio, stato di residenza, aveva attribuito il cognome paterno, di correggere detto cognome con l'aggiunta del cognome materno, secondo il sistema spagnolo: in tale decisione si è affermato che il comportamento dello Stato di residenza costituiva una discriminazione in base alla nazionalità vietata dagli artt. 12 (divieto di discriminazioni in base alla nazionalità) e 17 (cittadinanza dell'Unione) del Trattato UE. Al riguardo la Corte di Lussemburgo ha osservato che in linea di principio le norme che disciplinano il cognome non costituiscono materia oggetto del Trattato e rientrano nella competenza degli Stati membri, ma che questi, nell'esercizio di tale competenza, devono rispettare il diritto comunitario, nel caso di specie le norme concernenti la non discriminazione e la libertà di circolazione e di soggiorno, nonché il diritto all'identità personale e familiare in una dimensione europea: pertanto anche il cognome può rientrare nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. La medesima Corte ha inoltre considerato discriminatoria l'equiparazione normativa, in ordine all'attribuzione del cognome, tra soggetti bipoliti



e persone con una sola cittadinanza, attraverso il rifiuto di uno Stato membro di registrare i figli muniti di doppia cittadinanza sotto il nome che avrebbero secondo le regole di altro Stato comunitario.

Tale decisione presenta profili di particolare interesse, sia perché ha ritenuto che la situazione oggetto di controversia rientrasse nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, trattandosi di cittadini di uno Stato membro, e quindi di *cittadini dell'Unione*, soggiornanti in altro Stato membro, sia perché ha configurato il diritto al nome come un diritto fondamentale comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, in quanto tale protetto dal diritto comunitario, sancendo quindi la possibilità che i principi vigenti nell'ordinamento comunitario incidano sulle discipline nazionali al fine di garantire l'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato, con la conseguenza che gli Stati membri sono tenuti, nel disciplinare la materia del diritto al nome, a rispettare le norme del diritto comunitario concernenti la non discriminazione su base nazionale e la libertà di circolazione e di soggiorno.

Per quanto riguarda la legislazione nazionale, non può non rilevarsi che la norma italiana che attribuisce il cognome paterno ai figli legittimi, che si profila ormai come la più arretrata tra quelle degli ordinamenti europei e che integra una delle più evidenti violazioni del principio di parità tra i coniugi, continua a resistere nel nostro ordinamento nonostante le reiterate eccezioni di costituzionalità sollevate e l'evidente incompatibilità con i principi enunciati dalla giurisprudenza sovranazionale.

Come è noto, il legislatore della riforma del 1975, pur orientato a dare piena attuazione al principio costituzionale di eguaglianza tra i coniugi, non ha inteso intervenire sulla questione relativa al cognome dei figli nati nel matrimonio, ed anche il d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, di revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, pur contenendo alcune disposizioni riguardanti il cognome, non ha affrontato il tema in discussione.

Di tale violazione si dava carico la prima sezione della Cassazione rimettendo nuovamente la questione alla Corte Costituzionale con ordinanza n. 13298 del 2004.

Va premesso - e tale premessa costituiva passaggio indispensabile per la stessa proposizione della questione di legittimità costituzionale - che l'attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo si fonda non già, come spesso affermato in dottrina e in giurisprudenza, su una consuetudine, ma su una norma desumibile dal sistema, ed in particolare dall'art. 237 cod. civ., che pone tra gli elementi costitutivi del possesso di stato il fatto che il soggetto abbia sempre portato il cognome del padre che pretende di avere; dall'art. 262 cod. civ., in materia di riconoscimento del figlio naturale, il quale dispone al primo comma che il riconoscimento contestuale da parte di entrambi i genitori comporta che il figlio assuma il cognome del padre, in ragione di una evidente equiparazione della prole naturale riconosciuta a quella legittima, ed al secondo comma che in caso di successivo riconoscimento del padre il figlio può assumere il cognome di questo, aggiungendolo o sostituendolo con quello materno, sottintendendo chiaramente, pur dopo l'intervento additivo della Corte



Costituzionale con la sentenza n. 297 del 1996, una più forte rilevanza del cognome patronimico; ancora dall' art. 299 cod. civ., in tema di adozione di maggiorenni, il quale al terzo comma prevede che se l' adozione è compiuta da coniugi l' adottato assume il cognome del marito, nello spirito di una piena equiparazione della posizione del figlio adottivo a quella del figlio legittimo; dall' art. 72, comma 1, dell' abrogato r.d. 9 luglio 1939, n. 1238, nonché dal corrispondente art. 34, comma 1, del d.p.r. n. 396 del 2000, che vieta di imporre al bambino lo stesso nome del padre vivente all' evidente scopo di evitare omonimie per avere essi il medesimo cognome; infine dall' art. 33, comma 1, del richiamato d.p.r., che attribuisce al figlio legittimato, salva l' opzione esercitabile dal soggetto maggiorenne, il cognome del padre.

Con sentenza n. 61 del 2006 la Corte Costituzionale dichiarava inammissibile la questione proposta, rilevando che l' intervento invocato con l' ordinanza di rimessione, pur limitato alla esclusione dell' automatismo della attribuzione del cognome paterno alla ipotesi di manifesta concorde volontà dei coniugi in tal senso, richiedeva una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte, lasciando aperta una serie di opzioni, da quella di rimettere la scelta del cognome esclusivamente alla comune volontà dei coniugi a quella di richiedere che la scelta debba avvenire una sola volta, con effetto per tutti i figli, ovvero debba essere espressa all' atto della nascita di ciascuno di essi, riservate unicamente al legislatore.

La medesima Corte dava peraltro atto in motivazione - così offrendo una modesta apertura rispetto alle precedenti ordinanze del 1988 di manifesta inammissibilità della questione - che “ l' attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell' ordinamento e con il valore costituzionale dell' uguaglianza tra uomo e donna ”.

A distanza di alcuni anni la prima sezione della Corte di Cassazione si dava nuovamente carico del problema, a fronte del mutato quadro di riferimento delineato dalla sopravvenuta normativa sovranazionale e dalla giurisprudenza della CEDU, della Corte europea e da quella costituzionale, affidando alle sezioni unite, con ordinanza n. 23934 del 2008, la valutazione se alla luce degli intervenuti mutamenti potesse essere adottata una interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero se, ove ritenuta una tale soluzione esorbitante dai limiti della propria attività interpretativa, potesse la questione essere nuovamente rimessa alla Corte Costituzionale.

Tale ordinanza osservava che la possibilità di utilizzare le norme convenzionali di volta in volta conferenti come interposte, e quindi come parametri del giudizio di costituzionalità delle norme interne, è sorta soltanto a seguito dell' approvazione del nuovo testo dell' art. 117, comma 1, Cost., così come interpretato con le note sentenze n. 348 e 349 del 2007, e quindi rilevava che solo attualmente il giudice ha la possibilità di seguire la duplice alternativa della interpretazione della norma in senso



costituzionalmente orientato al rispetto dei parametri desumibili dalle norme convenzionali richiamate ovvero, nel caso in cui ritenga che il testo della legge non consenta siffatta operazione ermeneutica, di valutare se non sia manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità della stessa.

La rinuncia dei ricorrenti al ricorso non ha consentito alle sezioni unite di pronunciare, esaminando la praticabilità delle soluzioni alternative delineate nella richiamata ordinanza.

Resta pertanto affidato al legislatore nazionale il compito di risolvere la questione, prendendo finalmente in esame le numerose proposte di legge giacenti da anni in Parlamento.