

Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno.

Maria Giulia Putaturo Donati

Magistrato, assistente di studio presso la Corte costituzionale

Sommario: § 1. –Il diritto al «rispetto della propria vita privata e familiare» ai sensi dell'art. 8 CEDU, nell'interpretazione della Corte edu: obblighi positivi e negativi degli Stati contraenti: pag. 1. – § 2. – Il diritto al rispetto della «vita privata»: pag. 3 – § 3. – Il diritto al rispetto della «vita familiare»: pag. 5 – §4. – Il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia omosessuale: pag.7 – § 5. – Il difficile ingresso nell'ordinamento giuridico italiano del principio di cui all'art. 8 CEDU, attraverso il filtro dell'art. 117, primo comma, Cost.: i casi della c.d. rettificazione del sesso di uno dei due coniugi, della fecondazione eterologa e dell'accesso della persona adottata alle informazioni sulle proprie origini: pag. 8.

§ 1.- Il diritto al «rispetto della propria vita privata e familiare» ai sensi dell'art. 8 CEDU, nell'interpretazione della Corte edu: obblighi positivi e negativi degli Stati contraenti.

L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) dispone: « 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.».

L'art. 8 è finalizzato fondamentalmente a difendere l'individuo da ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri. In particolare, agli Stati contraenti è posto il divieto di ingerenza, salvo specifiche esprese deroghe. Al riguardo, l'ingerenza può essere prevista dalla legge ovvero motivata da una delle esigenze imperative di carattere generale di cui al secondo comma dell'art. 8. All'impegno di

carattere negativo degli Stati parti si aggiungono gli obblighi positivi di adottare misure atte a garantire il rispetto effettivo della «vita familiare e della vita privata».

Il confine tra obblighi positivi e negativi posti a carico degli Stati contraenti, ai sensi dell'art. 8, non si presta ad una definizione precisa ma i principi applicabili sono, comunque, assimilabili.

Nell'adempiere ad entrambi gli obblighi (positivo e negativo), lo Stato deve trovare un giusto equilibrio tra i concorrenti interessi generali e dei singoli, nell'ambito del margine di apprezzamento che gli è conferito. Inoltre, la procedura decisionale prevista deve essere "equa" e tale da garantire il dovuto rispetto degli interessi tutelati dall'articolo 8¹.

In particolare, deve esistere «un principio di proporzionalità tra la misura [contestata] e lo scopo perseguito».²

¹ Sentenza del 3 giugno 2014, sez. 3, Lopez Guìd contro Slovacchia.

² Con sentenza del 3 ottobre 2014, Jeunesse contro Paesi Bassi, la Grande Camera della Corte di Strasburgo, in tema di immigrazione, ha ritenuto sussistente la violazione dell' art. 8, in una fattispecie in cui i Paesi Bassi avevano denegato la concessione del permesso di soggiorno per motivi familiari nonostante l'esistenza di circostanze eccezionali; la Corte ha ritenuto che non fosse stato raggiunto il giusto equilibrio tra gli interessi personali delle ricorrente – cittadina surinamense, entrata nei Paesi Bassi con un visto turistico poi scaduto, coniugata con un cittadino olandese, con cui aveva avuto tre figli, che aveva richiesto, con esito negativo, il rilascio del permesso di soggiorno - di mantenere la vita familiare nei Paesi bassi e gli interessi di ordine pubblico del Governo di controllare l'immigrazione; con sentenza dell'8 aprile 2014, n. 17120, la seconda sezione della Corte Edu ha affermato sussistente la violazione dell'art. 8 (in combinato disposto con l'art. 14 Cedu, divieto di discriminazione) da parte di un ordinamento nazionale, come quello italiano, che aveva negato ad un cittadino extracomunitario in possesso di un regolare permesso di lavoro e di soggiorno di beneficiare della corresponsione di assegni familiari, sulla base del solo elemento della diversa nazionalità del richiedente e senza valutare l'eventuale esistenza di accordi diversi derivanti dal diritto Ue; nel caso di specie, un cittadino tunisino con regolare permesso di soggiorno e di lavoro sul territorio italiano aveva richiesto alle autorità competenti italiane il versamento di un assegno familiare, che, anche in assenza del requisito della nazionalità italiana richiesto dal diritto interno, avrebbe dovuto essergli corrisposto sulla base di un accordo di associazione tra l'Unione Europea (UE) e la Tunisia. Di fronte al diniego, il ricorrente agiva dinnanzi alle istanze giurisdizionali nazionali, richiedendo, altresì, che la questione circa l'applicabilità nella fattispecie del menzionato accordo venisse sottoposta a titolo pregiudiziale all'interpretazione della Corte di giustizia UE. Né la Corte di appello né la Corte di cassazione accoglievano la richiesta di rinvio pregiudiziale, respingendo anche nel merito il ricorso proposto. Quanto al merito del giudizio, relativo alla censura di violazione degli artt. 8 e 14, rispettivamente sul diritto al «rispetto della vita privata e familiare» e sul divieto di discriminazione, la Corte Edu ha individuato una disparità di trattamento nei confronti del ricorrente rispetto ad altri lavoratori cittadini UE, i quali, avendo famiglie altrettanto numerose, possono invece beneficiare, secondo la legislazione italiana, della corresponsione di assegni familiari. Per tale giudizio, i giudici convenzionali ricorrono all'applicazione del principio di proporzionalità, ritenendo che una tale differenza di trattamento tra lavoratori stranieri, fondata essenzialmente soltanto sulla nazionalità del richiedente, debba essere considerata sproporzionata rispetto al fine perseguito di contenere i costi economici delle prestazioni sociali, come invocato dal Governo italiano in giudizio a sostegno della propria decisione (tra i precedenti richiamati in termini dalla sentenza, Corte EDU, 27 marzo 1998, *Petrovic c. Austria*, in part. § 26; Corte EDU, 9 luglio 2009, *Zeibek c. Grecia*, in part. § 32; Corte EDU 28 ottobre 2010, *Fawsie c. Grecia*, in part. § 27); nello stesso senso della riscontrata violazione dell'art. 8, la sentenza del 4 dicembre 2012, seconda sezione, *Hamidovic contro Italia*, per cui l'ingerenza degli Stati

La Corte Edu controlla che le autorità statuali abbiano effettuato un corretto bilanciamento tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della collettività.

Infatti, l'art. 8 non configura un diritto avente carattere «assoluto», trattandosi del frutto di un ragionevole contemperamento tra più interessi coesistenti concorrenti.

Il controllo europeo riguarda sia la legge che le decisioni che la applicano, anche quando vengono pronunciate da un giudice indipendente. Nell'esercizio del suo potere di controllo, la Corte non ha il compito di sostituirsi ai giudici nazionali, ma di verificare, alla luce della causa nel complesso, se le decisioni dagli stessi adottate, in virtù del loro potere discrezionale, siano compatibili con le disposizioni della Convenzione, di volta in volta evocate.

§ 2.- Il diritto al rispetto della «vita privata».

La nozione di «vita privata» elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è una nozione ampia, non soggetta ad una definizione esaustiva che comprende l'integrità fisica e morale della persona e può, dunque, includere numerosi aspetti dell'identità di un individuo.

Il diritto al rispetto della «vita privata» implica che ciascuno possa stabilire, in sostanza, la propria identità.

L'identità di un individuo involge diversi aspetti e si compone di molteplici elementi.

Tra i numerosi aspetti dell'identità di un individuo sono ricompresi il nome³ o gli elementi che si riferiscono al diritto all'immagine⁴. Nel concetto di «vita privata» sono incluse anche le informazioni personali che un individuo può legittimamente aspettarsi non vengano pubblicate senza il suo consenso⁵. Infatti, la pubblicazione di una foto, invade la vita privata di una persona,

membri sulla vita privata e familiare tutelato dall'articolo 8 può consistere in provvedimenti in materia di immigrazione. Nel caso di specie, la Corte Edu ha ritenuto che la misura dell'espulsione non era proporzionata all'obiettivo perseguito di tutelare la sicurezza in una società democratica, con conseguente violazione dell'art. 8 della Convenzione.

³ Sentenza del 5 dicembre 2013, V sez., Henry Kismoun contro Francia, in tema di cambiamento del cognome e del nome delle persone fisiche.

⁴ Sentenza del 7 febbraio 2012, Grande Camera, Von Hannover contro Germania, § 95-96.

⁵ Sentenza del 6 aprile 2010, IV sez., FLinkkila and Others contro Finlandia, §75.

anche se si tratta di una persona pubblica⁶. Rientra nell'ambito del c.d. margine di apprezzamento dei singoli Stati contraenti, valutare il giusto equilibrio tra il diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 e il diritto alla libertà di espressione e di stampa di cui all'art. 10. Il ruolo della stampa in una società democratica è quello - nel rispetto dei limiti relativi alla tutela della reputazione e dei diritti altrui - di garantire la comunicazione di informazioni ed idee su tutte le questioni di interesse generale, anche attraverso la pubblicazione di fotografie. Pertanto, nell'ottica del controllo europeo, la Corte può verificare se la foto pubblicata, considerata unitamente all'articolo, abbia apportato, almeno in una certa misura, un contributo al dibattito di interesse generale⁷.

Elemento dell'identità di ciascuno, attinente, dunque, all'ambito della "vita privata" è stato ritenuto anche l'accertamento, nel diritto interno, del legame di filiazione rispetto al padre biologico ed, in particolare, del «legame di filiazione tra minori nati all'estero con il metodo della surrogazione di maternità ed i genitori c.d. "intenzionali"».

L'identità di ciascuno ricomprende, quindi, quale elemento della stessa, il riconoscimento della «filiazione biologica»⁸. Il diritto alla propria identità, ivi compresa alla propria filiazione, include, conseguentemente, anche il diritto di acquisire una particolare cittadinanza e i diritti di successione nei confronti dei genitori c.d. "intenzionali".

Anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini trova fondamento nella nozione di «vita privata».⁹

⁶ Sentenza del 7 febbraio 2012, Grande Camera, Von Hannover contro Germania, § 95.

⁷ Sentenza del 19 settembre 2013, V sez., Von Hannover contro Germania, che ha escluso la violazione dell'art. 8 nella pubblicazione su una rivista tedesca della fotografia della cittadina monegasca sig.ra Caroline von Hannover che la ritrae con il marito in vacanza, in un luogo non identificabile; provvedimento del 07 febbraio 2012, Grande Camera, Von Hannover contro Germania, § 118.

⁸ Sentenza del 26 giugno 2014, Mennesson contro Francia, che ha riscontrato la violazione dell'art. 8 della CEDU, nel rifiuto di riconoscere nel diritto francese una filiazione legalmente stabilita negli Stati Uniti tra bambini nati da una gestazione per altri (GPA) e la coppia che ha fatto ricorso a tale metodo. La Corte europea ha ritenuto che nell'ostacolare, in tal modo, sia il riconoscimento che l'accertamento nel diritto interno del legame di filiazione delle minori ricorrenti rispetto al padre biologico, avuto riguardo alle conseguenze di questa grave restrizione sull'identità e sul diritto al rispetto della vita privata delle minori ricorrenti, lo Stato convenuto era andato oltre quanto gli consentiva il suo margine di apprezzamento. Considerata anche l'importanza da attribuire all'interesse del minore quando si procede al bilanciamento degli interessi coesistenti, il diritto delle minori ricorrenti al rispetto della loro vita privata sarebbe stato violato.

⁹ Sentenza del 25 settembre 2012, 2 sez., Godelli contro Italia che ha riscontrato la violazione dell'art. 8 nella normativa italiana che non dava «alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto». In queste condizioni, la Corte ha ritenuto

E' stata, altresì, ritenuta attinente all'ambito della "vita privata", la determinazione dei diritti residui (es. di visita, di informazione) del genitore biologico che abbia prestato il consenso irrevocabile all'adozione del proprio figlio, in rapporto ai genitori adottivi e allo stesso figlio biologico, in quanto concernente una parte importante dell'identità della madre biologica.¹⁰

§ 3.- Il diritto al rispetto della «vita familiare».

La Corte Edu ha elaborato una nozione di «vita familiare» più ampia di quella tradizionale, attribuendo agli Stati contraenti la facoltà di differenziare, in relazione ai diversi modelli della stessa, le varie forme di tutela.

Il concetto autonomo di «vita familiare» include, in primo luogo, i coniugi nonché i figli legittimi dal momento della loro nascita ed a prescindere dal requisito della «coabitazione».

Relativamente al rapporto tra ciascun coniuge e la prole, la «vita familiare» persiste anche nel caso di scioglimento del matrimonio e di affidamento dei figli ad un solo genitore.

Il concetto di «vita familiare» include anche la filiazione naturale essendo il rapporto familiare riconnesso solo al fatto della nascita, anche in assenza di convivenza tra i genitori.

Anche la filiazione adottiva costituisce «vita familiare» ai sensi dell'art. 8¹¹.

L'art. 8 è applicabile allorquando esista un legame familiare anche solo «di fatto».

Anche una «vita familiare progettata» non è stata completamente esclusa dall'ambito di applicazione dell'articolo 8¹².

che l'Italia non abbia cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa e abbia, dunque, oltrepassato il margine di discrezionalità che le era stato accordato.

¹⁰ Sentenza del 5 giugno 2014, V sez., I.S. contro Germania.

¹¹ Da ultimo, sentenza del 5 giugno 2014, V sez., I.S. contro Germania.

¹² Sentenza 4 luglio 2014, D. e altri contro Belgio, provvedimento con il quale è stato dichiarato "irricevibile" - manifestamente infondato - il ricorso proposto dal genitore biologico avverso il ritardo delle autorità belghe nel rilascio di un documento di viaggio per permettere al proprio figlio, nato all'estero con il metodo di gestazione surrogata, di ritornare con essi nel loro paese di origine. Nel corpo della sentenza si afferma che l'art. 8 è applicabile dal momento che esiste un "legame familiare di fatto" e che (...) tuttavia "una vita familiare progettata" non è completamente esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 8. Nel caso di specie, la Corte ha affermato che l'ingerenza dello Stato aveva una base legale ed era giustificata dall'obiettivo della prevenzione dei reati, in particolare dalla lotta alla tratta degli esseri umani e da quello di proteggere i diritti altrui, nella fattispecie della madre surrogata ed, in una certa misura, i diritti del

In particolare, nella nozione di «vita familiare» rientrano, anche i rapporti di fatto tra *partner* di diverso sesso, rilevando, a tal fine, indici quali la durata del rapporto, la coabitazione e la presenza di figli.

L'art. 8 non impone, però, agli Stati contraenti l'obbligo di prevedere per le coppie di fatto uno statuto giuridico uguale a quello delle coppie coniugate (in passato, sono state ritenute giustificate disparità di trattamento in materia previdenziale e di diritto all'abitazione della casa familiare dopo la rottura del rapporto di coppia).

La Corte Edu ha ritenuto che nella nozione di «vita familiare» possa rientrare anche la relazione stabile tra un individuo sottoposto ad un intervento di mutamento di sesso, il *partner* di sesso biologicamente uguale (femminile) e il figlio di quest'ultima, concepito mediante inseminazione eterologa.

Pertanto, anche la filiazione mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita è stata fatta rientrare nel concetto di «vita familiare». La Corte Edu ha precisato, al riguardo, che l'art. 8 non obbligava lo Stato contraente a riconoscere giuridicamente come filiazione il rapporto tra il minore e il *partner* transessuale della madre¹³.

Il concetto di «vita familiare» include anche la parentela tra nonni e nipoti¹⁴, zii e nipoti¹⁵ purché venga provata l'esistenza di legami personali affettivi (come la coabitazione o le visite frequenti).

nato. Inoltre, la Corte sottolinea come la Convenzione non possa obbligare gli Stati parti ad autorizzare l'entrata sul loro territorio di bambini nati da madre surrogata senza che le autorità nazionali abbiano potuto preventivamente procedere ad alcune verifiche giuridiche pertinenti.

¹³ Nella sentenza 22 aprile 1997, n. 21830 (X,Y e Z contro Regno Unito), la Corte EDU, benché abbia fatto rientrare nel concetto di “vita familiare” anche la relazione di fatto tra il transessuale (X), la compagna (Y) e il figlio (Z) di quest'ultima nato da inseminazione artificiale, non ha ravvisato gli estremi della violazione dell'art. 8. Infatti, dato che la transessualità solleva questioni complesse di natura scientifica, giuridica, morale e sociale, per le quali manca un approccio generale negli Stati contraenti, la Corte ha ritenuto che l'art. 8 non implica che lo Stato convenuto abbia l'obbligo di riconoscere ufficialmente come padre del bambino una persona che non sia il padre biologico. In tali condizioni, il fatto che il diritto britannico non consenta un riconoscimento giuridico speciale della situazione che unisce X e Z non costituisce una violazione del rispetto della vita familiare ai sensi di tale disposizione.

¹⁴ Sentenza 13 luglio 2000, n. 39221, Scozzari e Giunta contro Italia, secondo cui la vita familiare a' sensi dell'art. 8, include i legami tra prossimi congiunti – che possono assumere un ruolo considerevole – per esempio tra nonni e nipoti. Il rispetto della vita familiare così intesa comporta, per lo Stato, l'obbligo di agire in modo da consentire il normale sviluppo di tali legami.

¹⁵ Sentenza 3 giugno 2004, 1° sez., E. Zampieri contro Italia.

§ 4.- Il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia omosessuale.

Anche il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia omosessuale rientra nel diritto al rispetto della «vita privata» e della «vita familiare».

A partire dalla sentenza del 24 giugno 2010, prima sezione, caso Schalk and Kopf contro Austria¹⁶, la Corte Edu ha affermato che la relazione di una coppia omosessuale rientra nella nozione di “vita privata” nonché in quella di “vita familiare” nell’accezione dell’articolo 8.

Infatti, ad avviso della consolidata giurisprudenza della Corte Edu, in materia di coppie eterosessuali, la nozione di “famiglia” in base a questa disposizione non è limitata alle relazioni basate sul matrimonio e può comprendere altri legami “familiari” di fatto, se le parti convivono fuori dal vincolo del matrimonio. Il figlio nato da tale relazione è *ipso iure* parte di quel nucleo “familiare” dal momento e per il fatto stesso della nascita.¹⁷

In antitesi, la stessa Corte Edu aveva ritenuto che la relazione emotiva e sessuale di una coppia omosessuale costituisse solo “vita privata”, ma non già “vita familiare”, anche se era in gioco una relazione durevole tra *partner* conviventi. Nel giungere a tale conclusione, la Corte aveva osservato che, nonostante la crescente tendenza negli Stati europei verso un riconoscimento giuridico e giudiziario di unioni di fatto stabili tra omosessuali, data l’esistenza di poche posizioni comuni tra gli Stati contraenti, questa era un’area in cui essi godevano ancora di un ampio margine di discrezionalità.¹⁸

Avuto riguardo all’evoluzione degli atteggiamenti sociali nei confronti delle coppie omosessuali e all’avvenuto riconoscimento giuridico delle stesse da parte di un notevole numero di Stati membri, la Corte di Strasburgo (con la richiamata sentenza del 24 giugno 2010, prima sezione, caso Schalk

¹⁶Con la citata sentenza, la Corte Edu, benché abbia ricondotto la relazione della coppia omosessuale nella nozione non solo di vita privata ma anche di vita familiare (i ricorrenti, quale coppia omosessuale, lamentavano il diniego loro opposto alla possibilità di contrarre matrimonio o di fare riconoscere la loro relazione dalla legge in altro modo), ha escluso la violazione dell’art. 14, in relazione all’art. 8 CEDU, ritenendo che il tema del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali fosse ancora in evoluzione, privo di un radicato consenso generale per cui anche gli Stati membri dovevano godere di un margine di discrezionalità nella scelta del momento dell’introduzione delle relative modifiche legislative. La legge austriaca sulle Unioni Registrate è entrata in vigore in data 1° gennaio 2010 e la Corte Edu ha ritenuto che il detto legislatore non potesse essere biasimato per non avere introdotto tale legge prima. La Corte ha poi precisato che gli Stati membri sono tuttora liberi di limitare l’accesso al matrimonio alle sole coppie eterosessuali. In conclusione, la Corte ha ritenuto che lo Stato convenuto non fosse andato oltre il margine di discrezionalità nella sua scelta dei diritti e degli obblighi conferiti dall’unione registrata.

¹⁷ Richiamate sono le sentenze Esholz c. la Germania [GC], n. 25735/94, § 43, CEDU 2000-VIII; Keegan maggio 1994, § 44, Serie A n. 290; e anche Johnston e Altri c. l’Irlanda, 18 dicembre 1986, § 56, Serie A n. 112.

¹⁸ Richiamata è la sentenza Mata Estevez c. la Spagna, (dec.), n. 56501/00, CEDU 2001-VI, con ulteriori riferimenti.

and Kopf contro Austria), ha ritenuto artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della "vita familiare" ai fini dell'articolo 8. Conseguentemente anche una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra anche nella nozione di "vita familiare", proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione.

§5.–Il difficile ingresso nell'ordinamento giuridico italiano del principio di cui all'art. 8 CEDU, attraverso il filtro dell'art. 117, primo comma Cost.: i casi della c.d. rettificazione del sesso di uno dei due coniugi, della fecondazione eterologa e dell'accesso della persona adottata alle informazioni sulle proprie origini.

In materia di diritti fondamentali, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella già predisposta dall'ordinamento interno, ma può e deve costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa (sentenza n. 317 del 2009): vale, in altre parole, il principio della massima espansione delle tutele e della conseguente prevalenza della fonte che conferisce la protezione più intensa (ordinanza 223 del 2014).

La Corte costituzionale, benché si sia trovata, anche di recente, a dirimere questioni attinenti alla «sfera privata e familiare», è addivenuta a declaratorie di illegittimità costituzionale, sulla base di parametri costituzionali diversi dal pur evocato art. 117, primo comma Cost¹⁹., in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti e delle libertà dell'uomo (CEDU), come interpretato dalla giurisprudenza della CEDU.

Invero, il ricorso ai più immediati parametri costituzionali di cui agli artt. 2 (che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali), 29 (che riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio) e 31 Cost. (che prevede agevolazioni con misure economiche ed altre provvidenze della formazione della famiglia, con particolare riguardo alle famiglie numerose) ha reso a volte "irrilevante", a volte "assorbita" l'analisi del parametro interposto di cui all'art. 8 CEDU tramite il filtro dell'art. 117, primo comma Cost.

¹⁹ L'art. 117, primo comma, Cost. dispone: « La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali ».

Nella sentenza n. 170 del 2014²⁰ viene in rilievo il diritto fondamentale all'identità di genere e quello di vivere liberamente una condizione di coppia omosessuale.

Con la sopra richiamata pronuncia, la Corte costituzionale ha dichiarato, in riferimento all'art. 2 Cost., l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), 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 i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore; in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

La Corte premette la "non pertinenza"- e dunque una sostanziale inammissibilità- del richiamo agli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e 12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) della CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, invocati come norme interposte, ai sensi della denunciata violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. Ciò in quanto, «in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni

²⁰ Pubblicata in G.U. 18 giugno 2014, n. 26; *Foro it.* 2014, 10, 1, 2674, con note critiche di R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice* e di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*; www.forumcostituzionale.it 2014, con nota di F. BIONDI; *Nuova giur. civ. comm.* 2014, 5, 233, con nota di L. BOZZI, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e "divorzio imposto": diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*; www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it 2014, con nota di M. DI BARI, *Commento "a caldo" della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*; www.confronticostituzionali.eu 2014, con nota di B. PEZZINI, *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*; www.giurcost.org. 2014, con nota di A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità - a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014*; www.diritticomparati.it 2014, con nota di F. SAITTO, *Rettificazione di sesso e "paradigma eterosessuale" del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di "divorzio imposto"*; www.confronticostituzionali.eu 2014, con nota di C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*.

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».

Esclusa la rilevanza quali parametri anche degli artt. 3, 10, primo comma, 29 Cost. - la Corte, sul presupposto della non superabilità del “paradigma eterosessuale” del matrimonio, ha, preliminarmente, richiamato quanto già affermato nella sentenza n. 138 del 2010 in ordine alla riconducibilità nella nozione di “formazione sociale” della 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».

La Corte ha affermato che la fattispecie peculiare in considerazione - quella dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica - coinvolgeva, da un lato, l’interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall’altro lato, l’interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l’esercizio della libertà di scelta compiuta dall’un coniuge con il consenso dell’altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non fosse eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere.

La normativa – della cui legittimità ha dubitato la Corte rimettente – risolveva un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell’istituto del matrimonio, restando chiusa ad ogni qualsiasi, pur possibile, forma di suo bilanciamento con gli interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del progresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclamava di essere, comunque, tutelata come «forma di comunità», connotata dalla «stabile convivenza tra due persone», «idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione» (sentenza n. 138 del 2010).

La Corte ha affermato che le disposizioni in esame realizzano un inadeguato bilanciamento, sotto il profilo dell’adeguatezza e proporzionalità, tra l’interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio e i contrapposti diritti maturati dai due coniugi nel contesto della

precedente vita di coppia e ledono il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia omosessuale.

Da qui la ragione del riscontrato *vulnus* che, per il profilo in esame, le disposizioni sottoposte al vaglio di costituzionalità arrecavano al precetto dell'art. 2 Cost., al quale deve essere ricondotto il diritto fondamentale di vivere liberamente la condizione di coppia omosessuale.

Non è stata ritenuta possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.

La Corte ha, quindi, precisato che «sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere 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».

Diversamente, sul piano del diritto convenzionale, la Corte di Strasburgo ha ritenuto di ricondurre una fattispecie analoga nella nozione di “vita privata e familiare” di cui dell'art. 8 CEDU, ancorché non ne abbia riscontrato la relativa violazione.

In particolare, con la sentenza della Grande Camera del 16 luglio 2014 (*Hamalainen contro Finlandia*), la Corte Edu ha ritenuto che non fosse sproporzionato esigere la trasformazione del matrimonio in un'unione registrata come prerequisito per il riconoscimento giuridico del nuovo genere acquisito da una transessuale a seguito del passaggio dal sesso maschile a quello femminile. Stante le trascurabili differenze tra i concetti giuridici del matrimonio e dell'unione registrata, trattandosi anche quest'ultima di una valida opzione che forniva alle coppie omosessuali una tutela giuridica pressoché identica a quella del matrimonio, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; infatti, non ha riscontrato alcuna carenza nell'attuale sistema finlandese dal punto di vista dell'obbligo positivo dello Stato ai sensi dell'art. 8. Inoltre, la trasformazione del matrimonio in unione registrata non avrebbe avuto alcuna ripercussione sulla vita familiare della ricorrente perché non avrebbe pregiudicato la paternità di sua figlia, né la responsabilità di cura, custodia, o

mantenimento della minore. La Corte ha inoltre escluso anche la violazione dell'articolo 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con gli artt. 8 e 12 (diritto al matrimonio).

Con la sentenza n. 162 del 2014²¹, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004- contenente il divieto assoluto di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo- nella parte in cui si applica anche ai casi nei quali sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

Anche in questo caso era stato evocato, tra i diversi parametri, l'art. 117, primo comma Cost. in relazione all'art. 8 CEDU, ma la Corte, nell'accogliere la questione in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., ha ritenuto "assorbita" l'analisi della prospettata violazione del diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 CEDU²².

La Corte ha premesso che «la procreazione medicalmente assistita coinvolge "plurime esigenze costituzionali" (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono "un bilanciamento

²¹ Pubblicata in GU del 18/06/2014 n° 26; www.confronticostituzionali.eu, 2014, con nota di C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*; www.diritti-cedu.unipg.it, 2014, con nota di D. FALCINELLI, *Sulla fecondazione eterologa, al bivio tra (ir)ragionevolezza del divieto e diritto umano alla libertà di autodeterminazione*; www.forumcostituzionale.it, 2014, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*; www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2014, A. MUSUMECI, *"La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*; www.forumcostituzionale.it, 2014, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*; Guida al diritto, 2014, num. 27, pag. 27, con nota di A. PORRACCILO, *Un divieto non giustificabile dall'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità*; www.giurcost.org, 2014, con nota di A. RUGGERI, *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie e salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*; www.forumcostituzionale.it, 2014, con nota di A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*; www.penalecontemporaneo.it, P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*; www.giurcost.org, 2014, G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*; www.confronticostituzionali.eu, 2014, con nota M.G. RODOMONTE, *E' un diritto avere un figlio?*.

²² Sul piano del diritto internazionale, quanto al divieto di fecondazione assistita eterologa (cioè con gameti provenienti da donatore), con la sentenza 3 novembre 2011, n. 57813 (caso S.H. e altro C. Rep. Austria), la Corte Edu ha ritenuto che il detto divieto vigente nell'ordinamento austriaco - riguardante la fecondazione in vitro con donazione sia di ovuli che di spermatozoi (ma non quella in vivo con donazione di spermatozoi o inseminazione artificiale) - pur costituendo un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare degli aspiranti genitori, riguardava una materia controversa ed eticamente sensibile per la cui disciplina normativa spettava agli Stati un ampio margine di apprezzamento, ed era il frutto di un bilanciamento accettabile tra i diritti degli aspiranti genitori e quelli dei terzi e della collettività, non lesivo degli artt. 8 e 14 Cedu.

tra di essi che assicurino un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005)», posto che «la stessa “tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione” (sentenza n. 151 del 2009)».

La legge n. 40, che rappresenta la «prima legislazione organica» in un così delicato settore, è stata ritenuta «costituzionalmente necessaria» (sentenza n. 45 del 2005), sebbene non abbia un contenuto costituzionalmente vincolato (sentenza n. 49 del 2005), poiché la finalità da essa perseguita di soddisfare le «esigenze di procreazione» deve contemperarsi con «ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009)». Il censurato divieto, «impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa», è stato giudicato «privo di adeguato fondamento costituzionale». Infatti, «la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche 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». Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall’impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere, a questo scopo, alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera». Sebbene la Costituzione non ponga una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli, nondimeno «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall’ordinamento giuridico, (...) come dimostra la regolamentazione dell’istituto dell’adozione. La considerazione che quest’ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori» rende, comunque, evidente che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. La libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia (...) non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, (...) a meno che lo stesso non sia l’unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale».

La disciplina impugnata è stata ritenuta, altresì, incidente sul diritto alla salute che va inteso – coerentemente con la nozione sancita dall’Organizzazione Mondiale della Sanità in termini di diritto fondamentale di ogni essere umano al possesso del migliore stato di sanità possibile – « “nel significato, proprio dell’art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica” (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e “la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica” (sentenza n. 167 del 1999)».

In tema di irreversibilità del segreto della madre biologica che abbia dichiarato di non volere essere nominata al momento del parto e, dunque, del diritto del figlio a conoscere le proprie origini, con la sentenza n. 278 del 2013, la Corte costituzionale, nello scrutinare la norma che vietava l’accesso alle informazioni nei confronti della madre che avesse dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l’irreversibilità del segreto arrecava un insanabile *vulnus* agli artt. 2 e 3 Cost.

La Corte, nell’accogliere la questione – nella parte in cui la normativa censurata non prevede, attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare, su richiesta del figlio, la madre che abbia dichiarato al momento del parto di non volere essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione - ha precisato che gli altri motivi di censura formulati in riferimento agli altri parametri evocati rimanevano “assorbiti”.

Anche in questo caso, tra gli altri parametri evocati, figurava l’art. 117, primo comma Cost., in relazione all’art. 8 della CEDU.

Invero, la Corte, ancorché fondi la pronuncia di incostituzionalità sulla violazione dei parametri di cui agli artt. 2 e 3 Cost., richiama nel corpo della motivazione, a sostegno della fondatezza della questione, le argomentazioni svolte dalla Corte Edu nella “sentenza Godelli” del 25 settembre 2012, in ordine al necessario bilanciamento tra la tutela del diritto all’anonimato della madre biologica e il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini (si fa presente che, nella “sentenza Godelli”, la Corte Edu aveva riscontrato la violazione dell’art. 8 CEDU, in quanto la normativa italiana non dava «alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l’accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto»).

Invero, avuto riguardo alle sentenze della Corte costituzionale sopra richiamate, trattasi di fattispecie, in astratto, tutte riconducibili nell’alveo di applicazione dell’art. 8 CEDU. Infatti, sia il diritto fondamentale all’identità di genere e quello di vivere liberamente una condizione di coppia

omosessuale (sentenza n. 170 del 2014) che quello della coppia di divenire genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli, quale espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, (sentenza n. 162 del 2014) concernono la «sfera privata e familiare» e, pertanto, sarebbero, a rigore, riconducibili anche nella nozione di «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Edu.

Anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini (sentenza n. 278 del 2013) rientra nella nozione di «vita privata» di cui all'art. 8 CEDU²³.

La Corte costituzionale, ha, però, preferito - nell'accogliere le questioni sopra prospettate relative allo scioglimento automatico del matrimonio per effetto della sentenza di rettificazione di sesso di uno dei coniugi, alla fecondazione eterologa nonché alla irreversibilità del segreto della madre biologica che abbia dichiarato di non volere essere nominata al momento del parto - fondare le relative pronunce sulla violazione di parametri costituzionali di più immediata rilevanza (quali gli artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost.). Da qui la considerazione del difficile ingresso nell'ordinamento giuridico italiano del parametro interposto, ancorché di più ampio contenuto e respiro, di cui all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza convenzionale. Trattasi, infatti, di temi controversi ed eticamente sensibili, in ordine ai quali, stante l'«assenza di un consenso [generale e radicato] tra i vari Stati nazionali», sussiste «un margine di apprezzamento dei singoli Stati contraenti», finalizzato pur sempre a garantire un giusto equilibrio tra i concorrenti interessi in gioco. Infatti, la Convenzione non può obbligare gli Stati contraenti ad adottare delle specifiche regolamentazioni nelle materie in cui non vi sia un approccio generale degli Stati nazionali. Data la delicatezza e la rilevanza etico - sociale delle materie in oggetto, i confini del «margine di apprezzamento dei singoli Stati» non sono certi e definibili a priori.

Da qui la scelta della Corte costituzionale di fondare le richiamate pronunce di accoglimento (sentenze n. 170 e 162 del 2014 e n. 278 del 2013) sul riscontrato contrasto con parametri di diritto interno di più immediata rilevanza (quali gli artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost.) e non già sulla violazione del pur invocato obbligo di carattere internazionale.

²³ Sentenza del 25 settembre 2012, 2 sez., Godelli contro Italia, *cit.*