



Convegno annuale
Associazione "Gruppo di Pisa"
7-8 giugno 2013
La famiglia davanti ai suoi giudici

IDA NICOTRA

LA FAMIGLIA IN "DIVENIRE" DINANZI AD UN LEGISLATORE "FUORI TEMPO MASSIMO"*.

SOMMARIO: 1.1. “Famiglia” e “Famiglie”: una formula dinamica per nuove realtà alla ricerca di adeguati strumenti di tutela. – 1.2. Le Unioni di fatto. – 1.3 Le Unioni tra persone dello stesso sesso. – 2.1 L’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. – 2.2. La regola dell’attribuzione del cognome paterno ai figli. – 3.1. Lo *status* di figlio. – 3.2. La procreazione medicalmente assistita. Il diritto di procreare dinanzi alla controversa disciplina contenuta nella l. n. 40 del 2004. – 3.3. La fecondazione eterologa. – 4.1. Le misure di sostegno alla famiglia.

1.1. “FAMIGLIA” E “FAMIGLIE”: UNA FORMULA DINAMICA PER NUOVE REALTÀ ALLA RICERCA DI ADEGUATI STRUMENTI DI TUTELA.

Una riflessione del giurista che si prefigga di indagare sulla capacità degli istituti del diritto di famiglia di cogliere e rispondere alle esigenze che provengono dal tessuto delle società contemporanee deve prendere le mosse da un’osservazione elementare, quanto imprescindibile. I nuclei familiari presentano oggi fisionomia e caratteristiche molto differenti rispetto al passato, anche recente. Il dato empirico dimostra come la famiglia si mostri oggi più che mai variegata e, molteplice, appaiono le sue declinazioni: è sufficiente entrare in una scuola dell’infanzia per accorgersi di quanto i contesti familiari siano differenti rispetto ad un unico modello di famiglia conosciuto in epoche storiche precedenti.

A fronte di famiglie di bambini in cui mamma e papà sono sposati; in altre vi sono bambini, figli di genitori conviventi, che non hanno contratto matrimonio. Alcuni bimbi sono figli solo della mamma che ha un nuovo compagno, altri solo del papà e della seconda moglie. Alcuni hanno dei fratelli figli solo della mamma e altri ancora hanno fratelli che sono figli solo del papà. Altri bimbi vivono solo con la mamma, altri solo con il papà. Alcuni bambini hanno due mamme, altri due papà. Da una recente indagine in Italia, il 25% dei bambini nascono da coppie non sposate¹.

* *Relazione introduttiva*

¹ G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere Giuridico* 4/2013, 525 ss.

Accanto alla famiglia legittima troviamo la convivenza “*more uxorio*”, accanto alla coppia eterosessuale, quella omosessuale.

Volgendo lo sguardo indietro nel tempo, in tutte le epoche storiche precedenti, la famiglia cd. “semplice” costituita da un padre, una madre e i loro figli è l'unità basilare di ogni gruppo sociale.

Da tale basilare considerazione ha preso vita la teoria che ha visto nella famiglia – fin dal diritto romano - il gruppo preesistente alla *civitas*, nato per ragioni di ordine e di difesa, quale vero e proprio organismo politico che possiede le caratteristiche essenziali dello Stato e ne assume le funzioni. Così, la struttura della famiglia presentava i tratti peculiari di un'istituzione, le cui finalità erano riconducibili al mantenimento dell'ordine sia all'interno, assicurando la pacifica convivenza tra tutti i suoi membri, che all'esterno, facendo rispettare le leggi di coloro che vi appartenevano, con la comminazione di una pena nel caso di disobbedienza dei precetti posti dall'autorità statale.

Ciò spiega i poteri riconosciuti al *pater familias*, che assai da vicino somigliano a quelli di un capo politico, titolare unico della sovranità sulle persone che compongono il gruppo e sulle cose che a questo appartengono². L'evoluzione dei poteri della *civitas* si accompagna con la graduale perdita del carattere di gruppo politico della famiglia e con l'attenuazione del ruolo del *pater familias*³.

Soltanto durante il Medioevo e con l'influenza della legislazione ecclesiastica si rafforza il principio monogamico e si afferma la sacramentalità del matrimonio. Rimase, invece, saldamente in piedi l'istituto successorio, ereditato dal diritto feudale, fondato sulla disparità di trattamento tra maschi e femmine. Il movimento filosofico razionalista che s'impose con la Rivoluzione francese, se per un verso, segnò l'avvento della concezione “laica” della famiglia, per altro verso, non riuscì a scalfire il contenuto sociale dell'organizzazione familiare - accolto dal Codice napoleonico⁴ - intesa come nucleo essenziale dell'organizzazione statale.

Lo Statuto Albertino - efficace espressione dello statualismo liberale - ignorava la famiglia, al pari delle altre formazioni sociali; durante il ventennio fascista la famiglia diviene uno strumento dello Stato etico, funzionale al regime nell'opera d'indottrinamento dei cittadini.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana si affermano le basi della democrazia pluralistica che, accanto alla tutela della mera dimensione individuale delle libertà fondamentali, pone al centro dell'edificazione del nuovo ordinamento il riconoscimento delle formazioni sociali che assicurano la partecipazione politica, la tutela del lavoro e lo sviluppo culturale e umano della persona.

La pluralità dei corpi intermedi e il loro rapporto con lo Stato divengono, pertanto, un pilastro fondante nella nostra Carta costituzionale. Fra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 la famiglia occupa certamente una posizione primaria, come si evince, innanzi tutto, dalla circostanza che la Carta fondamentale vi riserva diverse disposizioni. In primo luogo, la disciplina specifica di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost., ma anche riferimenti contenuti negli artt. 36, co. 1; 37, co. 1 e 42, co. 4.

Il Costituente del '48, sia in sede di lavori preparatori (a essa, infatti, la I Sottocommissione

² Cfr. M. BELLOMO, *Famiglia, diritto intermedio*, in *Enc. Giur.*, vol. XVI, Milano 1967, 745.

³ Sul punto P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, vol. I, *Diritto di famiglia*, Milano 1963, 668 ss.

⁴ Il codice napoleonico non modificò il contenuto sociale dell'istituto familiare e recepì un modello di famiglia improntato sulla posizione sovraordinata del marito rispetto alla moglie e rispetto ai figli; cfr. *Lessico Universale italiano*, Istituto della Enciclopedia italiana Treccani, Roma 1971, 455.



dedicò i propri lavori dal 31 ottobre al 13 novembre 1946), sia nella sede deliberativa dell'Assemblea plenaria nell'aprile 1947, ha riservato a tale disciplina un approfondito dibattito. Come osservato in Assemblea Costituente, il contenuto dell'art. 29 «*non è una definizione, è una determinazione di limiti*» (MORO), necessaria per «*circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione*» (MORTATI). Ed, invero, l'aver qualificato la famiglia come «società naturale», i cui diritti non sono concessi o costituiti, bensì «riconosciuti e garantiti» come preesistenti, non significa che la Costituzione abbracci una determinata concezione religiosa o morale della famiglia in luogo di un'altra.

La famiglia quale primordiale sede degli affetti e di un progetto di vita condiviso, nonché luogo dell'educazione e della cura dell'infanzia, presenta un duplice aspetto; quello di ambito primario dello sviluppo e della realizzazione della personalità umana. Quindi, di «cellula di base» che concorre, assieme alle altre formazioni sociali a determinare il tessuto sociale del Paese. Proprio, conformemente al principio personalista risulta che «*il valore delle formazioni sociali, tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani*» ([Corte Cost. sent. n. 494/2002](#)).

Del resto, l'art. 2 costituisce la «stella polare» dei principi costituzionali che informano la famiglia: il rispetto delle inclinazioni di ciascuno e il sostegno reciproco allo svolgimento della personalità dei suoi componenti. Alla luce di tale ricostruzione s'illumina anche l'espressione «diritti della famiglia» che sta ad evidenziare la dimensione comunitaria della famiglia, incentrata sui doveri di mutua solidarietà di ognuno dei suoi membri, agevolando il bilanciamento dei diritti dei singoli con le esigenze del gruppo familiare. Tale prospettiva riesce a operare un'efficace sintesi tra una concezione relazionale che caratterizza la comunità familiare e una visione che accentua maggiormente l'elemento individualistico, conciliando gli interessi della formazione sociale famiglia con i diritti dei suoi componenti⁵.

A ben guardare, infatti, gli interessi che rientrano nella sfera dei diritti della comunità familiare sono interessi dei singoli ma, contestualmente, interessi del gruppo, che trascendono le persone dei componenti⁶. Di guisa che, le possibili antinomie trovano composizione alla luce del peculiare vincolo di solidarietà da cui risulta connotata la formazione sociale famiglia. Il valore della famiglia

⁵ Per una, almeno in parte, differente ricostruzione, L. PRINCIPATO, [Famiglia e misure di sostegno: la legislazione nazionale](#), in [www.gruppodipisa.it](#), in particolare, 7 e 8. Secondo l'A. attraverso un'interpretazione sistematica dell'ordinamento famiglia risulta possibile «*ritenere esistente un interesse del gruppo autonomo e distinto rispetto a quello dei singoli componenti: da ciò è lecito inferire, se non la soggettività giuridica, almeno la rilevanza della famiglia quale fattispecie, ossia presupposto od elemento determinante le conseguenze giuridiche che ad essa l'ordinamento di volta in volta ricollega*».

⁶ Cfr. F. GAGGIA, A. ZOPPINI, *Commento sub art. 29 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. I, Torino 2006, 607. Gli A. negano la tesi fondata sulla soggettività giuridica della famiglia e leggono l'espressione «*diritti della famiglia*» «*come una sintesi dei diritti dei singoli in quanto partecipi di una relazione familiare*». Una lettura coordinata delle disposizioni contenute negli artt. 29 e 2 consente di allargare l'ambito applicativo della garanzia costituzionale, laddove i molteplici interessi riconducibili all'interno dell'espressione «*i diritti della famiglia*» vengono «*considerati nella prospettiva dello svolgimento della personalità del singolo nella formazione sociale*».



come “società naturale” va colto, proprio nell'ambito della comunità di affetti ove la tutela dei diritti della persona assume particolare significato, anche quale momento fondamentale della vita collettiva⁷.

Tale lettura costituzionalmente orientata ha guidato la Corte nelle sue decisioni, segnatamente, laddove essa ha affermato che la protezione dell'istituzione familiare basata sulla stabilità dei rapporti giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente ([sent. n. 352/2000](#)). In maniera ancor più chiara, la Corte, chiamata a pronunciarsi sul reato d'incesto, ha precisato che la finalità di tutelare la serenità delle relazioni familiari, non corrisponde solo a punti di vista morali o religiosi circa la concezione della famiglia, ma “*ad un ethos le cui radici si perdono lontano nel tempo*” e che mira ad escludere rapporti sessuali tra i membri della famiglia diversi dai coniugi. Ciò a tutela dell'identità della famiglia, come formazione sociale, dotata di specifiche peculiarità. (Corte Cost. sentt. [n. 518 del 2000](#) e [n. 494 del 2002](#)).

1.2. LE UNIONI DI FATTO.

Una particolare attenzione merita il tema delle c.d. **unioni di fatto**, ossia delle convivenze *more uxorio*, tanto di natura eterosessuale quanto omosessuale, che si sono diffuse in maniera sempre crescente nel Paese.

Ampio è tuttora il dibattito sull'opportunità di un riconoscimento e di una regolamentazione giuridica di tale fenomeno. Al riguardo, a fronte della carenza di una legislazione organica in materia di convivenze esiste un quadro giuridico di riferimento estremamente frammentato e composito, caratterizzato da taluni interventi legislativi, soprattutto con specifico riguardo al campo socio assistenziale, quali la legge n. 6/2001 in materia di sostegno ai disabili, la legge n. 149/2001 in materia d'adozione e la legge n. 40/2004 in materia di fecondazione assistita omologa.

In numerose pronunzie a partire dalla [ord. n. 242/1986](#), il Giudice delle leggi ha chiarito che **non** risulterebbe **costituzionalmente legittima** un'equiparazione normativa delle unioni di fatto al modello familiare delineato ex art. 29 Cost., in forza dell'inscindibile legame fra la famiglia intesa come “società naturale” ed il suo fondamento giuridico nel matrimonio. L'estensione *ope legis* di garanzie e vincoli di natura familiare ad unioni che sono, appunto, “di fatto”, lederebbe, anzi, l'autonomia dei conviventi nella loro scelta di vita.

La famiglia fondata sul matrimonio si pone in posizione giuridicamente differente alle convivenze *more uxorio* nella scala dei valori costituzionalmente garantiti. Ma se l'art. 29 Cost. non può, allora, essere la sede di un riconoscimento costituzionale delle convivenze, esso è certamente rinvenibile nell'art. 2 Cost. laddove, in maniera “aperta” all'evoluzione sociale e culturale del Paese, la norma tutela «*i diritti inviolabili dell'uomo ... nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*», in cui rientrano anche le convivenze di fatto, eterosessuali e omosessuali e nell'art. 30 Cost., nella parte in cui si garantisce tutela giuridica paritaria anche «*ai figli nati fuori dal*

⁷ Sul punto, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002, 124.



matrimonio». In conformità a ciò la Corte ha esteso, anche alle convivenze di fatto, taluni diritti fondamentali già valevoli per i coniugi (cfr. Corte cost., [sent. n. 404/1988](#)).

L'art. 29 Cost., infatti, afferma che «*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*» (co. 1) precisando come «*il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare*». La formula definitoria utilizzata dal Costituente è molto chiara, individuando come meritevole di tutela la famiglia che si costituisce con il matrimonio.

La famiglia sorge attraverso il vincolo matrimoniale che fa assumere alla convivenza i caratteri di stabilità, funzionalità morale e materiale, certezza. L'art. 29 della Costituzione riguarda esclusivamente la famiglia fondata sul matrimonio, e, invero, «*i genitori naturali non costituiscono una famiglia e tanto meno una famiglia legittima*» ([sent. n. 71 del 1966](#)). Sicché, la Corte si preoccupa di distinguere tra i rapporti «orizzontali» tra coniugi, regolati dall'art. 29 Cost., da quelli «verticali», intercorrenti tra genitori e figli, di cui si occupa l'art. 30, tutelando espressamente il rapporto di genitorialità, dalla cui interpretazione si trae la tutela della comunità di vita tra genitori e figli nati fuori dal matrimonio. A maggior riprova di ciò la Corte ricorda come in Assemblea Costituente la frase «*i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*», declinata secondo il principio della parità dei coniugi, della natura eterosessuale dell'unione e del rifiuto della poligamia, rimase legata in una «*inscindibile endiadi*».

Così, pur non negando «*dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio*», l'art. 29 «*riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della corrispettività e reciprocità dei diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio*» ([Corte Cost., sent. n. 310 del 1989](#)). Sicché, ad avviso della Corte, le forme consolidate di convivenza, ancorché rapporti di fatto, trovano adeguata protezione, nell'ambito dell'art. 2 che riconosce e garantisce i diritti inviolabili della persona nelle formazioni sociali.

La Corte auspica – da recente anche con le parole del suo Presidente - che il legislatore intervenga a regolare la famiglia *more uxorio*, in quanto «*si è in presenza di interessi suscettibili di tutela*», in parte già positivamente disciplinati dalla legge, in parte ancora da definire nei possibili contenuti ([sent. n. 237 del 1986](#)), puntualizzando, tuttavia, che ciò debba avvenire «*senza alcuna <impropria> rincorsa verso la disciplina del matrimonio*» ([sent. n. 8 del 1996](#)).

Del resto, la convivenza *more uxorio* rappresenta, almeno per le unioni tra eterosessuali, l'espressione di «*una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio*», sicché l'automatica estensione di tali regole alla famiglia di fatto si potrebbe tradurre «*in una violazione dei principi di libera determinazione delle parti*» (Corte Cost. sent. n. 166 del 1998). Infatti, il fenomeno delle convivenze tra persone di sesso diverso è caratterizzata da un'opzione di libertà da ogni vincolo (diversamente da quanto accade nelle unioni omosessuali, in cui la scelta della convivenza è necessitata, come sembra evidenziare la Corte in un passaggio contenuto nella motivazione della [sentenza n. 138 del 2010](#))⁸.

⁸ Secondo l'esatta ricostruzione proposta di L. CONTE, [Le unioni non matrimoniali](#), in [www.gruppodipisa.it](#), p. 28, il punto in cui la Corte afferma che «*in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento*

Ciò, nondimeno, la preferenza espressa dalla Costituzione a favore della famiglia legittima non esclude, altri modelli di famiglia, meritevoli di tutela alla luce del combinato disposto degli artt. 2 e 18, quali formazioni sociali costituite intorno ad un progetto di vita condiviso. La protezione costituzionale deve essere senz'altro accordata a quelle unioni di fatto che siano caratterizzate dalla stabilità di un programma di vita comune, con ciò escludendo che la medesima garanzia possa valere nei confronti di rapporti occasionali, in mancanza di un reciproco affidamento sull'effettiva stabilità della coppia.

Muovendo da tali premesse, il legislatore assimila, per specifiche situazioni, la posizione del convivente *more uxorio* a quella del coniuge: così, ad esempio, la facoltà di astenersi dal testimoniare viene estesa dal legislatore anche a chi pur non essendo coniuge dell'imputato, abbia con questi rapporti di convivenza; analogamente, la fattispecie criminosa di maltrattamento di persone ha per soggetto passivo anche i componenti della famiglia di fatto, caratterizzata dal vincolo di stabilità di coppia. La donna, anche se non coniugata - in attuazione dell'art. 37 della Costituzione - ha diritto a condizioni di lavoro che le consentono di adempiere alla "*essenziale funzione familiare*".

1.3. LE UNIONI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO.

Con la [sentenza n. 138 del 2010](#) la Corte Costituzionale, ritenendo inammissibile e infondata la questione di legittimità di alcune disposizioni del codice civile nella parte in cui non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, se da una parte ha escluso che le unioni di fatto possano trovare copertura costituzionale ai sensi dell'art. 29 Cost., dall'altra, ha ribadito che "*l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso*" rientra tra le formazioni sociali, ex art. 2 Cost. ed è rapportabile alle coppie coniugate "in relazione ad ipotesi particolari", ove sia necessario prevedere un trattamento omogeneo.

La decisione contiene un monito per il legislatore - da troppo tempo assente dalla scena - affinché appronti quanto prima una disciplina che conferisca riconoscimento giuridico all'unione omosessuale, come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso. La Corte tiene in ogni caso fermo il punto che si riferisce alla "*necessaria differenza di sesso dei nubendi*"⁹ e derivante da una "*consolidata e ultra millenaria nozione di matrimonio*". Tale affermazione trova ulteriore conferma nella potenziale finalità procreativa del matrimonio, dovendosi riconoscere al rapporto di

omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza", valorizza una nuova prospettiva dalla quale cogliere l'elemento qualificante delle unioni tra persone dello stesso sesso, che evidenziano l'esigenza di una loro disciplina giuridica uniforme.

⁹ Secondo la Corte "l'eterosessualità dei coniugi" costituisce il nucleo immodificabile dell'art. 29; in questo senso V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali tra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della libertà*, in www.federalismi.it, del 21 settembre 2010.



coniugio, rispetto alla convivenza, “*un maggior rilievo alle esigenze della famiglia come tale, cioè come stabile organizzazione sovra individuale*”.

L'art. 29, interpretato secondo il criterio originalista¹⁰ e sistematico, riguarda “*esclusivamente la famiglia fondata sul matrimonio*” contratto tra persone di sesso diverso, rimanendo estraneo “*al contenuto delle garanzie ivi offerte ogni altro aggregato, pur socialmente apprezzabile, divergente, tuttavia, dal modello che si radica nel rapporto coniugale*”. Come dire che, per il caso di specie, non è possibile evocare il principio costituzionale di eguaglianza, in quanto alla famiglia “*per come delineata in struttura e funzione dalla Carta Costituzionale non possono accedere soggetti di eguale sesso*”¹¹.

Del resto, gli enunciati costituzionali dedicati alla famiglia presuppongono la diversità dei sessi dei soggetti della coppia, a cominciare dal riferimento “*all’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*”¹². Laddove il richiamo alla diseguaglianza – com’è stato fatto esattamente osservare¹³ – non poteva che riguardare la posizione di secolare subalternità della donna rispetto all’uomo, affinché potesse finalmente essere superata.

A queste considerazioni ne va aggiunta un’altra di persuasività almeno pari alla prima, che dimostra quanto debole sia la tesi fondata sulla circostanza che, laddove la Carta non fa espresso divieto di matrimoni tra persone dello stesso sesso, ciò significherebbe rimettere al legislatore una scelta siffatta. In realtà, proseguendo per questa strada, e alla luce di una lettura congiunta dell’art. 29 con gli artt. 2 e 3 Cost., dovrebbero ritenersi ammissibili anche le unioni policoniugali, dovendo la Costituzione riservare a soggetti di differente cultura e religione la libertà di accedere a unioni matrimoniali di questo tipo¹⁴.

La Corte con la [decisione n. 138 del 2010](#) ha ancora una volta indirizzato al legislatore un ben preciso **monito** a provvedere, con una regolamentazione delle unioni non matrimoniali (cfr. anche Corte cost., [sent. n. 7/1996](#)). Spiegano i giudici costituzionali che “*nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetta al Parlamento nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare forme di garanzia e riconoscimento alle unioni suddette, restando riservata alla Corte Costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni (com’è avvenuto per le convivenze more uxorio: [sent. n. 559 del 1989](#) e [n. 404 del 1988](#))*”.

In Parlamento, a partire dalla XIII Legislatura sono stati presentati numerosi progetti di legge da cui emerge l’intenzione di porre in essere una disciplina organica in materia di unioni di fatto¹⁵ (cfr.,

¹⁰ Sul punto, si rinvia a C. TRIPODINA, *L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di F.GIUFFRÈ – I. NICOTRA, Torino 2008, 249.

¹¹ Così, A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come famiglia*, in *Forum di quaderni costituzionali*, il quale evidenzia come la “naturalità” della famiglia non si esaurisce nei tratti della spontaneità e della originarietà ma interessa “*la struttura stessa del gruppo sociale cui inerisce*”.

¹² Ancora, A. RUGGERI, *Ivi*, 4.

¹³ A. RUGGERI, *Ibidem*.

¹⁴ Ancora, A. RUGGERI, *Ivi*, 6.

¹⁵ Anche se la cornice normativa in materia di convivenze dimostra come il legislatore sia stato tutt’altro che inerte e si sia adoperato, sia pure con discipline eterogenee e frammentate, al fine di attribuire rilevanza giuridica ai rapporti

ad esempio, il d.d.l. A.S. n. 1339/2007 in materia di “diritti dei conviventi”, il d.d.l. A.S. n. 589/2007 in materia di “contratti d’unione solidale”, il d.d.l. A.C. n. 1756/2008 in materia di «*diritti e doveri di reciprocità dei conviventi*» e, più da recente, il d.d.l. n. 2263/2009, sulla riforma del diritto di famiglia, presentato al Senato, nel corso della XVI Legislatura). Tali progetti, che, peraltro, non hanno avuto seguito, si caratterizzano, quasi tutti, per l’elaborazione di una disciplina sulle unioni civili, in cui si fa rientrare il “*rapporto tra due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale*”. In particolare, il disegno di legge n.1399, presentato in Senato, durante la XV Legislatura, il c.d. disegno di legge sui “Dico” aveva il pregio di fornire una sintesi dei diversi punti di vista espressi in Parlamento, offrendo un’adeguata protezione dei diritti delle coppie di fatto. Per la prima volta in modo organico e sistematico s’intende assicurare alle persone che “*fanno parte di convivenze qualificate dal particolare sistema di relazioni il godimento dei diritti di cittadinanza sociale*”. Nella relazione di accompagnamento al d.d.l. si legge che “*in ambiti come la tutela dei diritti fondamentali e la previsione di doveri con profili di natura patrimoniale è necessario ricorrere alla fonte di rango primario, proprio al fine di "non lasciare senza tutela chi convive rispetto a chi è legato da una relazione matrimoniale"*”.

Il legislatore affetto da sordità, sembra ignorare le domande che provengono da una società in perenne trasformazione e non ha ancora provveduto, sebbene le diverse sollecitazioni del giudice delle leggi a intervenire con una disciplina organica sulle unioni non matrimoniali.

La Corte di Cassazione, dal canto suo, con un recente arresto¹⁶ ha promesso, nel caso in cui si protragga l’inerzia della politica, interventi giurisdizionali al fine di estendere, per via analogica, situazioni giuridiche soggettive previste per le coppie coniugate anche alle unioni omosessuali.

Per i componenti della relazione omosessuale “*il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*” discende direttamente dall’art. 2 e comporta, “*a tutela di specifiche situazioni*”, e “*in relazione ad ipotesi particolari*”, un trattamento omogeneo a quello riservato dalla legge alle coppie coniugate. Un’omogeneizzazione del trattamento giuridico che la Corte costituzionale potrà garantire con il controllo di ragionevolezza.

I processi d’integrazione rispondono all’esigenza di tradurre lo sgretolamento delle tradizionali coordinate storico-sociali, elaborando nuovi e inediti modelli di convivenza, ma tale compito non

sorti all’interno di unioni non matrimoniali, in special modo, nel campo socio assistenziale, estendendo al convivente i diritti spettanti al coniuge (per una classificazione esaustiva dei diversi provvedimenti sul tema cfr. L. CONTE, [Le unioni non matrimoniali](#), cit., 12).

¹⁶ Ad avviso della Corte di Cassazione la giurisprudenza della Corte Edu avrebbe concorso a far cadere il postulato implicito dell’unione matrimoniale, proponendo una lettura evolutiva dell’art. 12 della Cedu, che riconoscerebbe il diritto al matrimonio anche fra persone dello stesso sesso. Si giunge, secondo tale interpretazione l’art. 12 della Cedu priverebbe di rilevanza giuridica, ai fini del matrimonio, la diversità di sesso dei “nubendi”. Per alcuni rilievi critici su tale prospettazione, cfr. I. MASSA PINTO, “*Fiat matrimonio!*” *l’unione omosessuale all’incrocio tra Corte Costituzionale, Corte Europea dei diritti dell’uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte Europea il potere di scardinare “una consolidata ed ultramillenaria tradizione” (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in AIC n. 2/2012; nonché, L. LORELLO, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, (Cassazione I, sez. civile 15/3/2012, n. 4184).



può che spettare al legislatore. Invero, pare indubitabile che il potere politico sia il più idoneo a svolgere un'opera di individuazione - concretizzazione dei diritti fondamentali della persona, nonché a porre in essere il bilanciamento tra i diversi diritti, qualora gli stessi non siano “congiuntamente realizzabili”¹⁷. Fino ad oggi la politica, per noncuranza o per incapacità, si è assunta la grave responsabilità di aver abdicato all'insostituibile funzione di decidere su questioni etico-sociali fondamentali. Così, lasciando ai giudici il compito di tutelare diritti costituzionali “accertati”¹⁸ e di interpretare le istanze di profonda trasformazione che provengono da una complessa realtà sociale, riscrivendo, a “colpi di sentenze”¹⁹, il quadro normativo di riferimento. Come in un grande puzzle normativo, il tentativo è di comporre il mosaico di una civiltà giuridica in evoluzione per cogliere i cambiamenti epocali che attraversano la famiglia.

2.1. L'EGUAGLIANZA MORALE E GIURIDICA DEI CONIUGI.

Resta che la Carta non offre un'organica definizione sui contenuti della famiglia²⁰, ma sancisce il **riconoscimento** e la **garanzia**, da parte della Repubblica, dei **diritti** che le derivano in quanto «*società naturale*»²¹, di cui il matrimonio costituisce il fondamento giuridico²². Con tale espressione, il dettato costituzionale intende invece garantire e difendere l'**autonomia** della **famiglia** nello sviluppare in piena libertà il proprio progetto di vita, di formazione umana e personale e di affettività fra i suoi componenti. In antitesi con il Codice civile del 1865 e con quello del 1940, che sancivano una struttura familiare fortemente gerarchica e incentrata sul primato del marito sulla

¹⁷ Così, R. ROMBOLI, *Il diritto consentito al matrimonio e il diritto garantito alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice troppo e troppo poco*, in *AIC* n. 00, del 2.7.2010.

¹⁸ Ancora, R. ROMBOLI, *Il diritto consentito*, cit.

¹⁹ Auspica, invece, che una soluzione “*possa discendere da prossime decisioni coraggiose di organi giurisdizionali nazionali e sovranazionali (...) nel rispetto del principio del pluralismo delle morali*”, C. NARDOCCI, *La posizione giuridica della coppia omosessuale: tra riconoscimento e garanzia, a commento di Cassazione civile, 15 marzo 2012*, sez. I, n. 4184, in *AIC*, n. 3/2012, del 25.9.2012; 13.

²⁰ Durante i lavori della I Sottocommissione si confrontarono due diversi filoni culturali, quello cattolico che riteneva inserire in Costituzione una definizione di famiglia, l'altro riferibile alle componenti laiche e marxiste che intendeva mantenere una posizione di neutralità, inserendo la formula “diritti della famiglia”. Sul punto, cfr. F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Commento sub art. 29*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 602.

²¹ L'espressione “società naturale”, quale esito di un compromesso, tra l'interpretazione giusnaturalistica, che, tramite essa, intendeva specificare la preesistenza della famiglia rispetto allo Stato, che, dunque, non poteva che riconoscerla, e l'altra finalizzata a sancire il carattere autonomo della famiglia, limitando anche la regolamentazione legislativa in tale ambito. La componente cattolica, inoltre, insisteva per l'inserimento del carattere indissolubile del matrimonio connesso alla naturalità della famiglia ma, infine, prevalse l'idea di non menzionarlo in Costituzione. In proposito, M. BESSONE, *Art. 29, Rapporti etico sociali*, in *Commentario Branca*, 13.

²² Dal dibattito in Assemblea Costituente emersero forti perplessità in merito alla individuazione di principi e regole nuove per una materia, tradizionalmente estranea alle Costituzioni di matrice liberale e che trovava già la sua disciplina nel codice civile. Ciò malgrado, fini per prevalere l'idea di prevedere una disciplina “quadro” per la famiglia che fosse in armonia con il nuovo assetto democratico del Paese, allo scopo di fissare i principi entro i quali il futuro legislatore sarebbe stato chiamato a legiferare.



moglie e sulla prole, l'art. 29 Cost. delinea un ordinamento matrimoniale basato sulla piena **eguaglianza morale e giuridica** fra i coniugi, con il solo limite della salvaguardia della "unità familiare" (cfr., al riguardo, i poteri concessi al giudice per la fissazione della residenza familiare ex artt. 144 e 145 c.c.).

Giova notare come l'innovativa parità coniugale voluta dal Costituente sia stata recepita dal legislatore ordinario con notevole ritardo. La stessa Corte Costituzionale con la [sent. n. 64 del 1961](#) – a proposito del reato di adulterio – giustificava il diseguale trattamento penale riservato ai due coniugi. Dopo alcuni anni si avvertono i primi segnali di cambiamento; il Giudice delle leggi ritiene che *“il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo di fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita – più o meno severamente – rimanda ai tempi remoti nei quali la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e dell'intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo”* ([Corte cost., sent. n.126 del 1968](#)).

Per la compiuta attuazione dell'ordinamento familiare a struttura paritaria, voluto dall'art. 29 Cost., bisogna, tuttavia, attendere fino 1975. Con una novella al Codice civile del 1940 è approvata la **Riforma del diritto di famiglia** (legge n. 570/1975), esito di un percorso della giurisprudenza costituzionale intervenuta, a più riprese, per superare le ampie discrasie fra principi costituzionali e la disciplina codicistica (cfr. Corte cost., sentt. [n. 46/1966](#), [71/1966](#), [127/1968](#), [147/1969](#) e [133/1970](#)).

Nella già richiamata [decisione n. 126 del 1968](#), la Corte ha, altresì, affermato che quando si tratti di questioni riguardanti l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, queste vanno esaminate, non alla stregua dell'art. 3, ma solo in riferimento all'art. 29, nel senso *“che la Costituzione direttamente impone che la disciplina giuridica del matrimonio - col solo limite dell'unità della famiglia - contempli obblighi e diritti uguali per il marito e per la moglie”*. Sicché, il solo limite legittimo all'eguaglianza dei coniugi è costituito a presidio dell'unità familiare ed esclusivamente dinanzi a tale esigenza è possibile rinvenire la giustificazione costituzionale di eventuali trattamenti differenziati.

Il principio della parità tra i coniugi contenuto nell'art. 29, comma 2, Cost. sta, ugualmente, a fondamento del regime che dispone la medesima posizione dei genitori nei confronti dei figli. Coerentemente, con tali premesse la Corte si è pronunciata in tema di trasmissione della cittadinanza ai figli, principio, poi, tradotto nella l. 5 febbraio n.91 del 1992, e in materia di congedo parentale, esteso anche ai padri. Il Testo Unico n. 151 del 2001, contenente disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, ha ampliato l'area di tutela prevista per le lavoratrici madri e ha esteso anche al padre lavoratore alcuni diritti propri delle lavoratrici²³. Le disposizioni legislative in materia di congedo parentale hanno anche il pregio di offrire una

²³ L'art. 28 del T.U. prevede che *“il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice (...)”*. Gli artt. 32 e ss. attribuiscono a ciascun genitore il diritto di astenersi dal lavoro, nei primi otto anni di vita del bambino (c.d. congedo parentale).

lettura evolutiva del dettato costituzionale; in particolare laddove il richiamo alla “*essenziale funzione familiare*” e la “*speciale adeguata protezione alla madre e al bambino*”, entrambi riferiti esplicitamente alla lavoratrice²⁴, sono estesi anche al lavoratore, nella consapevolezza del ruolo fondamentale che oramai anche il padre vuole svolgere all'interno della famiglia, partecipando attivamente al processo di crescita e di formazione dei figli.

2.2. LA REGOLA DELL'ATTRIBUZIONE DEL COGNOME PATERNO AI FIGLI.

Sulla regola dell'attribuzione ai figli del cognome paterno, la Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi in diverse occasioni, nel 1988 (v. [ordinanze n. 176](#) e [n. 586](#)) e nel 2006 (v. [sentenza n. 61](#)).

Nella prima decisione i giudici costituzionali hanno affermato che la scelta del cognome dei figli costituisce presidio dell'interesse alla conservazione dell'unità familiare, anche se non esclude la possibilità di una differente scelta, coerente con l'evoluzione della coscienza sociale, sostituendo “*la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi*”, adeguata a conciliare i due principi sanciti dall'art. 29 Cost.

Con la successiva ordinanza di manifesta inammissibilità, la [n. 586 del 1988](#), la Corte, confermando il precedente orientamento, precisa che «*il limite derivante da tale ordinamento all'eguaglianza dei coniugi non contrasta con l'art. 29 Cost., in quanto utilizza una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio*». La Corte precisò, altresì, che oggetto del diritto alla identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, non è la scelta di quest'ultimo, quanto piuttosto il nome per legge attribuito, come è facilmente desumibile dalla lettura congiunta dell'art. 22 Cost. con l'art. 6 cod. civ. Con riguardo all'interesse alla conservazione dell'unità familiare, cui è riconosciuta copertura costituzionale, venne nella stessa pronuncia puntualizzato che siffatta esigenza sarebbe seriamente posta in discussione qualora il cognome dei figli non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia.

Inoltre, secondo l'opinione allora espressa dalla Consulta, il mancato riconoscimento alla madre della facoltà di trasmettere il proprio cognome ai figli legittimi e per questi di assumere anche il cognome materno non si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza, in quanto si tratterebbe di “*una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela della unità della famiglia fondata sul matrimonio*”.

Con la [decisione n. 61 del 2006](#) il Giudice delle leggi ha avuto l'occasione di occuparsi nuovamente della questione relativa alla compatibilità, rispetto al parametro costituzionale, delle

²⁴ Come testimoniano i lavori preparatori che portarono alla formulazione dell'art. 37 Cost. “*il riferimento alla essenzialità della funzione familiare della donna è un avviamento necessario e un chiarimento per il futuro legislatore, perché esso, nel disciplinare l'attività della donna nell'ambito della vita sociale del lavoro, tenga presenti i compiti che ne caratterizzano in modo peculiare la vita*”.

norme codicistiche che impongono l'acquisizione del cognome paterno per i figli legittimi, anche nel caso in cui si manifesti una diversa volontà dei coniugi. I giudici costituzionali sono stati chiamati dalla Corte di Cassazione a scrutinare le norme contenute negli artt. 143 bis, 236, 237, 2° e 262, 299, 3°co del codice civile, nella parte in cui non prevede che al figlio legittimo possa essere attribuito il cognome della madre, anche qualora vi sia il consenso, legittimamente manifestato, di entrambi i genitori.

La richiamata disciplina presenta punti di evidente contraddittorietà con le previsioni contenute negli artt. 2, 3 e 29, 2° co. della Costituzione. Il primo parametro, infatti, quale norma a fattispecie aperta, è funzionale alla salvaguardia di nuove domande di tutela dei singoli che, nel caso specifico, includono il diritto alla identità personale, di cui il diritto al nome va inteso - secondo un consolidato orientamento della stessa giurisprudenza costituzionale (cfr. sent. [n. 13/1974](#) e [n. 297/1996](#)) - “*come primo e più immediato segno distintivo*”, costituendo uno dei diritti inviolabili protetti dalla menzionata norma costituzionale.

Rispetto alla previsione contenuta nell'art. 2 Cost. viene in evidenza il duplice aspetto del diritto al nome che deve trovare piena tutela nell'ambito di quella formazione primaria che è la famiglia, assicurando alla madre il diritto di trasmettere il proprio cognome ai figli ed, al contempo, consentendo a questi ultimi di acquisire segni di identificazione di entrambi i genitori, in modo da attestare la relazione che lega il soggetto alla sua storia familiare, anche con riferimento alla linea materna.

Con riguardo all'ipotizzato contrasto con l'art. 3 Cost., secondo i giudici della Suprema Corte, l'attribuzione automatica ed indefettibile ai figli del cognome del padre pare risolversi in una lesione del principio di uguaglianza e di pari dignità che, nella disciplina di riforma del diritto di famiglia, ha trovato accoglimento, sia nella regolamentazione del rapporto di coniugio, sia con riferimento alla relazione genitori - figli, nella parte in cui le norme impongono ad entrambi i genitori obblighi e potestà di contenuto identico.

In ultimo, la disciplina sul cognome contiene “*una norma marcatamente discriminatoria*” che risulta lesiva dell'art. 29 della Costituzione che impone “*il necessario bilanciamento tra l'esigenza di tutela dell'unità familiare e la piena realizzazione del principio di eguaglianza*”, tenuto anche conto della circostanza che il principio solidaristico e quello della pari dignità dei coniugi costituiscono un valido supporto per il rafforzamento dell'unità familiare. In quest'occasione, la Corte Costituzionale entra nel merito della questione, svolgendo una serie di considerazioni che sembrano voler indicare, al legislatore, la strada per una modifica della disciplina vigente.

In primo luogo, fa osservare che il tempo intercorso tra le sue decisioni segna una radicale evoluzione della coscienza sociale alla cui luce il sistema di attribuzione del cognome appare “retaggio” di una concezione patriarcale della famiglia che “affonda le sue radici nel diritto di famiglia romanistica, e di una tramontata potestà maritale”, non più in sintonia con i principi ordinamentali e con il valore costituzionale dell'uguaglianza di genere.

Con riferimento a tale profilo va evidenziato un aspetto inedito su cui la Corte non si sofferma: l'automatica acquisizione da parte dei figli del cognome paterno rischia, in taluni casi, di compromettere proprio quella linea di continuità e quel rapporto di solidarietà tra componenti dello



stesso nucleo familiare che pretenderebbe di tutelare. Invero, in un mutato contesto sociale, in cui si assiste, più frequentemente di quanto non avvenisse in passato, al fenomeno delle cd. “famiglie allargate” la carenza di una disciplina che consenta anche alla madre di trasmettere il proprio cognome ai figli, nati da unioni diverse, nega ai singoli il diritto al possesso del medesimo cognome, unico elemento, in queste ipotesi, idoneo a rendere evidente la comune appartenenza dei figli alla stessa genitrice e alla di lei famiglia²⁵.

L'assenza di una disciplina che consente, almeno in questi casi, l'attribuzione ai figli del cognome di entrambi i genitori e la possibilità che il figlio “nato fuori dal matrimonio” assuma il cognome di entrambi i genitori finisce per compromettere irrimediabilmente il diritto dei fratelli ad un segno distintivo comune, quale elemento particolarmente rilevante del diritto all'identità personale e quale interesse di ogni persona alla proiezione della propria identità e riconoscibilità parenterale sul piano sociale.

La valutazione della norma che impone il cognome paterno va compiuta anche al cospetto dello scenario internazionale e degli obblighi derivanti dal diritto convenzionale; nello specifico la Convenzione di New York del 18 aprile 1979, resa esecutiva in Italia con. l. n. 132 del 1985, impegna gli Stati ad adottare ogni misura idonea per superare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e dai rapporti familiari, compresa la scelta del cognome dei figli.

Sul versante dell'ordinamento comunitario, poi, occorre richiamare la risoluzione n. 37 del 1978, le raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1272 del 1995 e n. 1362 del 1998, che promuovono la completa uguaglianza dei genitori nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché un orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, in linea con la cancellazione di ogni misura discriminatoria basata sul sesso nella scelta del cognome.

Inoltre, la regola della cognomizzazione patrilineare nella filiazione risulta lesiva dell'art. 6 del Trattato di Lisbona che riconosce i diritti e le libertà sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. In particolare, il combinato disposto di cui agli artt. 7, 21, 23 della Carta sancisce il rispetto della vita privata e familiare, il divieto di ogni discriminazione fondata sul sesso e il principio di parità tra uomini e donne. Non solo: in seguito alle decisioni “gemelle” [n. 348](#) e [349 del 2007](#) della Corte Costituzionale, le norme di natura convenzionale derivanti dal diritto internazionale devono essere rispettate dal legislatore ordinario. Ne deriva che gli artt. 3 e 23, 4° del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nella parte in cui prevedono l'impegno degli Stati ad adottare misure per garantire ai coniugi l'eguaglianza nel rapporto matrimoniale, rientrano nella categoria delle cd. “*norme interposte*”. Esse integrano, dunque, il parametro di costituzionalità nel giudizio sulle norme interne attributive del cognome paterno al figlio legittimo, che per loro tramite risultano incompatibili con l'art. 117, 1° co Cost.

Chiaramente emerge la necessità di una rivisitazione della materia, la cui attuale regolamentazione appare ormai anacronistica, capace di assicurare una disciplina maggiormente

²⁵ In proposito, si rinvia alle riflessioni espresse altrove (I. NICOTRA, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgano il suggerimento della Corte per modificare la legge, in forum di quaderni costituzionali, a margine di Corte Costituzionale, sent. 61 del 2006*).



rispondente ad un modello di famiglia adeguato ai principi costituzionali. Infatti, come rilevava allora la Corte, l'ordinanza di rimessione richiederebbe un'operazione manipolativa che esorbita dai suoi poteri, implicando, piuttosto, valutazioni politiche, riservate in via esclusiva al legislatore.

Invero, la varietà di opzioni e la stessa eterogeneità, che traspare anche dai numerosi disegni di legge presentati nel corso delle precedenti legislature, sconsigliano di scegliere la strada della pronuncia di accoglimento che determinerebbe la caducazione della disciplina denunciata ed un vuoto normativo non tollerabile.

Insomma, il giudice delle leggi, pur rilevando la violazione di principi fondamentali, non può che limitarsi ad un mero accertamento del vizio della disposizione, senza, peraltro, giungere ad una vera e propria declaratoria di illegittimità e lascia al libero apprezzamento del legislatore la scelta tra una pluralità di soluzioni per la riscrittura di una normativa che sia coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna nella famiglia e nella società.

Il legislatore non ha ancora - trascorsi diversi anni da quella decisione - colto l'auspicio della Corte, come ha recentemente ricordato il Presidente della Corte costituzionale Ettore Gallo nella relazione pronunciata in occasione della riunione straordinaria del 12 aprile 2013.

Anche la recente l. n.219 del 2012, che introduce il principio dell'unicità dello *status* di figlio, costituisce, sotto tale aspetto, l'ennesima occasione sprecata. La nuova legge avrebbe potuto prevedere la possibilità che il figlio, a seguito del riconoscimento, potesse aggiungere, a quello originario, il cognome paterno. Così, assicurando tutela al principio della parità sociale e giuridica dei genitori e, al contempo, al diritto del figlio alla sua identità personale.

Infatti, la preclusione del diritto al mantenimento del cognome materno, associato, fin dalla nascita, al minore dal contesto sociale in cui egli vive, si tradurrebbe in una privazione di un elemento della sua personalità. In altri termini, al minore deve essere riconosciuto il diritto a mantenere il cognome originario, qualora questo sia divenuto segno distintivo della sua identità personale. Ciò, al fine di fornire al figlio un ulteriore strumento nella acquisizione di una identità personale quanto più piena possibile, di cui "*il diritto al nome rappresenta l'elemento socialmente più evidente*" (così, Trib. Min. Milano, decreto 10. 1. 2011).

3.1. LO STATUS DI FIGLIO.

L'art. 30 Cost. prescrive, in materia di tutela della prole, che «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio» (co. 1), nonché che «nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti» (co. 2).

Da tale disposizione emergono chiaramente alcuni profili; innanzitutto, la **reciprocità** dei coniugi nel loro diritto-dovere di mantenimento e formazione della prole, in piena coerenza con il nuovo modello di famiglia delineato nell'art. 29 Cost. Proprio giacché "società naturale", la formazione e il progetto educativo nei confronti dei figli sono prerogativa esclusiva, originaria e, anzi, "primigenia" (MARTINES) della famiglia.



In virtù di ciò, l'intervento dello Stato nella dimensione familiare o sulla prole si giustifica soltanto laddove essa non sia in grado di esercitare la propria funzione e i propri diritti. Infatti, la formulazione dell'art. 30 risponde a una tecnica normativa capace di rendere operativo un meccanismo di sussidiarietà tale per cui ai genitori è riservato il diritto dovere di mantenere, istruire ed educare la prole, allo Stato, invece, è riservato di intervenire solo in via sussidiaria e surrogatoria, quando la famiglia non sia nelle condizioni di assolvere il proprio compito nell'interesse dei figli²⁶.

La Costituzione repubblicana “*rompe i vecchi schemi*”²⁷ e sancisce la piena equiparazione della prole “naturale” e “legittima”, pur con taluni limiti preordinati alla tutela “dei diritti dei membri della famiglia legittima”. In questa direzione, particolarmente efficace appare la tutela accordata alla **filiazione naturale**, poiché la disposizione in parola estende anche ai “figli nati fuori dal matrimonio” il dovere dei genitori di mantenimento e educazione con la stessa intensità garantita a quelli legittimi. Tale intento risulta altresì rafforzato da quanto sancito dall'art. 30, co. 3, Cost., secondo cui «*la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima*».

L'art. 30, declinato in chiave personalistica, introduce il principio di responsabilità genitoriale per il solo fatto della procreazione, conformemente con quanto sancito già nell'art. 25, comma 2°, della Dichiarazione universale dei diritti dell'umo, secondo cui “*Tutti i bambini nati nel matrimonio o fuori di esso, devono godere della stessa protezione sociale*”. Principio ribadito, ancora esplicitamente, dall'art. 21 della Carta di Nizza che vieta ogni discriminazione basata sulla nascita. Il rapporto di filiazione viene considerato, perciò, “valore originale”, attuando pienamente il principio di eguaglianza di tutti i figli.

Soltanto con la riforma del diritto di famiglia del 1975²⁸ si avvia il percorso di attuazione delle previsioni costituzionali dedicate al rapporto genitoriale. La prima rilevante innovazione riguarda l'eliminazione dalle norme codicistiche del termine “illegittimi” che viene sostituito con la qualificazione di figli “naturali”.

Da quell'epoca l'obbligo dei genitori di mantenere i figli “*sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda o da ogni statuizione del giudice al riguardo*” (così Corte di Cass. sent. n. 15481 del 2003). I tratti salienti dello statuto costituzionale dei diritti dei figli si svelano nel loro autentico significato attraverso una lettura sistematica degli art. 2, 3 e 30 della Costituzione.

Di tal che il rapporto di filiazione sorge a prescindere dalla circostanza che gli stessi siano o non siano nati dentro il matrimonio. L'obbligo dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli è stato dal Costituente – pur nella consapevolezza che questi adempimenti possono costituire fonte di

²⁶ F. GIUFFRÈ, *La solidarietà*, cit. 182.

²⁷ Così, T. AULETTA, *Le ragioni del convegno*, in *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, a cura di T. AULETTA, Milano 2007, 4.

²⁸ La regola dell'accordo sulle decisioni familiari e sull'esercizio della potestà è stata introdotta “*senza cedere alla tentazione di ricorrere a strumenti autoritari per risolvere l'eventuale disaccordo*”, sul punto si rinvia alle considerazioni di T. AULETTA, *Le ragioni*, cit., 4, il quale, tra l'altro osserva, che tale istituto consente di conferire una maggiore flessibilità al contenuto dei doveri coniugali, “*permettendone la concretizzazione alla luce delle esigenze degli sposi, in conformità pur sempre al fine del matrimonio di attuare la comunione di vita della coppia*”.

sacrifici, non soltanto sotto il profilo economico - elevato a diritto-dovere costituzionale, quale concreto svolgimento del principio di solidarietà²⁹. L'essenza di tale rapporto comporta non soltanto gli obblighi di mantenimento, istruzione e educazione ma bensì un più ampio impegno alla cura della persona del figlio, che si configura come un diritto dei figli di ricevere un'educazione ed una formazione intrise dei valori di libertà invertebrati nella Carta costituzionale³⁰.

Ciò, ulteriormente, esclude la possibilità che l'art. 30 della Costituzione possa giustificare l'imposizione autoritativa da parte dei genitori di modelli comportamentali, ideologie religiose o politiche che il minore ritenga di non condividere. Dall'atto procreativo scaturisce, oltre agli adempimenti di carattere patrimoniale a carico dei genitori, altresì, un contributo di sostegno e cura dal punto di vista affettivo nel processo di formazione e di crescita della personalità del minori, quale un vero e proprio diritto all'amore.

Da recente la prospettiva incentrata interamente sull'interesse preminente del minore è stata accolta dal legislatore, che con la legge n. 219 del 2012 ha eliminato ogni discriminazione tra i figli nati dentro e fuori il matrimonio; la nuova formulazione dell'art. 315 c.c., stabilisce che *“tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”*, precisando che *“nel codice civile”*, le espressioni *“figli legittimi”* e *“figli naturali”*, ovunque ricorrono sono sostituiti dalla parola *“figli”* (art. 1, co. 11)³¹.

Con l'ultimo approdo legislativo incentrato sulla filiazione *“senza aggettivi”*³² si è inteso privilegiare il valore e i diritti della persona, espungendo dal sistema differenze ingiustificate tra le varie forme di filiazione. Così, l'art. 1, co. 10 della legge prevede l'abrogazione di tutte le disposizioni codicistiche sulla disciplina della legittimazione dei figli naturali, affermando, nell'art. 1, co. 7, il principio secondo cui *“tutti i figli hanno lo stesso status giuridico”*.

Nel solco già tracciato dalla giurisprudenza costituzionale e accogliendo le preoccupazioni poste in luce dalla dottrina più attenta³³ la legge n. 219 ammette anche il riconoscimento dei figli incestuosi. Il novellato art. 251 del c.c. prevede che *“il figlio nato da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale al secondo grado può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio. Il riconoscimento di una persona minore di età è autorizzato dal tribunale per i minorenni”*. Conseguentemente, il riconoscimento è possibile prescindendo dalla buona o mala fede del genitore, mentre è richiesta l'autorizzazione del giudice per evitare che ne possa derivare al figlio un pregiudizio. In linea con quanto affermato dalla Corte

²⁹ M. BESSONE, *Commento sub art. 30*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Roma – Bologna 1976, 88.

³⁰ Sul punto, ampiamente, F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, in www.gruppodipisa.it, in particolare, 60 ss.

³¹ Ancora,, F. PATERNITI, [op.cit.](http://www.gruppodipisa.it), 56 ss.

³² Così, G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e Procreazione*, in www.gruppodipisa.it, 3.

³³ T. AULETTA, *Le ragioni di un convegno*, in AA., *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, a cura di T. AULETTA, Milano 2007, 12.



Costituzionale³⁴ il legislatore, abbandona una posizione “adultocentrica”³⁵ e si mostra sensibile all’interesse del figlio che non può subire “una *capitis deminutio* perpetua ed irrimediabile” per i comportamenti di terzi soggetti. Finalmente, si è proceduto ad eliminare “un principio profondamente ingiusto, volto a privare dello stato di figlio colui che era generato da rapporto incestuoso intercorso tra genitori”³⁶.

La nuova previsione legislativa costituisce, per un verso, una declinazione del principio costituzionale di eguaglianza, nel punto in cui esclude differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali (Corte Cost. [sent. n. 494/2002](#)).

Il riconoscimento dei figli incestuosi, per altro verso, conferisce completa attuazione all’ultimo co. dell’art. 30 Cost., laddove emerge un’opzione costituzionalmente orientata al superamento del *favor legitimitatis* a vantaggio del *favor minoris* e *veritatis*. Essa nel disporre che «la legge detta le norme ed i limiti per la ricerca della paternità», si preoccupa di attribuire al figlio (ad ogni figlio) il diritto di conoscere, ritrovare e stabilire una relazione affettiva e giuridica con i propri genitori naturali. In realtà, tale previsione ha tradotto la mutata sensibilità sociale circa il modo di intendere il rapporto genitori – figli. Essa ha contribuito ad interpretare l’istituto della potestà genitoriale in funzione del preminente interesse alla tutela del minore, piuttosto che, come avveniva in passato, nell’interesse della collettività. Il rapporto di filiazione aveva indotto, nel periodo antecedente alla riforma del diritto di famiglia, a forme di deresponsabilizzazione del padre naturale, nell’intento, peraltro, non celato, di evitare che la procreazione fuori dal matrimonio costituisse “un inutile scandalo”, coinvolgendo i membri della famiglia legittima. Sicché, l’invito rivolto al legislatore di fissare i limiti alla ricerca della paternità era funzionale all’esigenza di preservare i diritti dei componenti della famiglia legittima³⁷.

Probabilmente resta da verificare, anche alla luce delle ultime novità legislative - autentico inveramento del principio della dignità umana e della centralità della persona – se la clausola di “compatibilità” “con i diritti dei membri della famiglia legittima” (art. 30, 3° comma) non sia da considerare, oramai, un “corpo estraneo” rispetto ai valori che sorreggono “lo *status* costituzionale dei figli” e come tale da espungere dalla Costituzione.

³⁴ La Corte Costituzionale, [sent. n. 494/2002](#), aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell’art. 278 c.c. nella parte in cui stabiliva l’inammissibilità delle indagini sulla paternità e sulla maternità relativo al riconoscimento dei figli incestuosi.

³⁵ Così, F. PATERNITI, [op. e loc. cit.](#)

³⁶ Così, testualmente, T. AULETTA, *Commento all’art. 251 c.c.*, in corso di pubblicazione in *Nuove leggi civili commentate*, 2013.

³⁷ In Assemblea Costituente prevalse la tesi di circoscrivere la portata giuridica della disposizione contenuta nell’art. 30, 4° co., per evitare che da essa potesse discendere una responsabilità incondizionata del genitore per il solo fatto della procreazione. Ciò, infatti, avrebbe portato a ritenere incostituzionali tutte le disposizioni del codice civile allora vigenti che limitavano il riconoscimento volontario e la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturale, adulterina ed incestuosa. Sul punto, E. LAMARQUE, *Commento sub art. 30 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, cit. 626 ss.



3.2. LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA. IL DIRITTO DI PROCREARE DINANZI ALLA CONTROVERSA DISCIPLINA CONTENUTA NELLA L. N. 40 DEL 2004.

Com'è noto la legge che contiene norme in materia di procreazione medicalmente assistita riconosce l'accesso alle tecniche di fecondazione soltanto alle coppie sterili o infertili, qualora sia accertata da atto medico l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione.

In tal modo, la legge esclude dal novero dei soggetti legittimati ad accedere alla PMA sia le coppie fertili portatrici sane di gravi patologie trasmissibili, sia quelle che a causa di particolari patologie o dell'uomo o della donna non sono in grado di procreare anche ricorrendo a tecniche di fecondazione assistita senza la donazione di gameti o di ovociti da parte di terzi (cd. PMA Eterologa).

Negli ultimi anni, stante il divieto previsto dalla normativa italiana numerosissime coppie si sono recate all'estero in Paesi dove tali tecniche sono ammesse nella speranza di riuscire ad avere un bambino, ciò con ingenti costi economici³⁸. Così, a fronte dell'assoluta incapacità delle istituzioni parlamentari a fornire risposte convincenti e condivise su temi eticamente sensibili, il dibattito si è spostato nelle aule dei tribunali, ove sovente, attraverso l'analisi dei casi, riesce non agevole fornire soluzioni chiare che possano assurgere a regole generali³⁹. Tanto che per superare i limiti posti dalla l. n.40 sono sempre più frequenti le domande rivolte al giudice. Con i ricorsi alla Corte di Strasburgo la disciplina concernente la PMA oltrepassa i confini domestici, per assumere una dimensione sovranazionale. Una coppia di coniugi italiana non affetta da sterilità si rivolge nel 2010 alla Corte Edu, lamentando l'impossibilità di accedere alla PMA e, conseguentemente, alla diagnosi genetica c.d. pre impianto. Infatti, la coppia portatrice sana di fibrosi cistica aveva messo al mondo una bimba affetta dalla stessa patologia. La successiva gravidanza era stata interrotta dopo che la diagnosi prenatale aveva accertato che anche il nuovo concepito risultava affetto da fibrosi cistica.

L'impossibilità di accedere alla diagnosi pre impianto - ad avviso degli istanti - sarebbe lesiva del diritto al rispetto alla vita privata e familiare riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione, nel quale rientrerebbe anche il diritto al rispetto delle decisioni di divenire o non divenire genitori, atteso che *“l'unica strada percorribile per generare figli che non siano affetti dalla malattia di cui sono portatori sani è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere all'interruzione medica di gravidanza ogniqualvolta una diagnosi prenatale dovesse rilevare che il feto è malato”*⁴⁰. Le parti

³⁸ E. DOLCINI, *Il punto sulla procreazione assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, in *Corriere del merito*, n. 1/2013, 5 ss. Il c.d. turismo procreativo rimane precluso a tutti coloro che non dispongono di risorse economiche necessarie per affrontare le spese di una PMA praticata negli altri Paesi.

³⁹ Tale aporia del sistema viene posta in luce da S. NINATTI - L. VIOLINI, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 24 aprile 2012, 16, in cui si afferma che *“nelle sentenze si gioca oggi l'individuazione di nuovi principi generali della materia, ma è un gioco che per sua stessa struttura si realizza all'interno di confini ben definiti, cioè l'analisi di casi specifici”*.

⁴⁰ Così, Ricorso Costa et Pavan, n. 54270/2010, in www.giustizia.it, Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, 25.3.2013.



lamentano altresì la lesione dell'art. 14 della Cedu, per la discriminazione subita da una coppia fertile, ma portatrice sana di gravi patologie trasmissibili, sia rispetto a quelle sterili o infertili, che a quelle non sterili in cui l'uomo è portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili (H.I.V., epatite B e C). La PMA e la diagnosi pre impianto sono stati riconosciuti a questi ultimi dalle Linee Guida della legge n. 40, modificate nel 2008 dal Ministero della Salute, in quanto *“l'elevato rischio di infezione per la madre e per il feto costituisce di fatto una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infertilità”*.

In realtà, un nuovo ampliamento del novero dei soggetti legittimati è avvenuto con una pronuncia del Tribunale di Salerno che ha consentito la DPI ad una coppia fertile portatrice sana di distrofia muscolare.

In disparte ogni considerazione sui profili di ricevibilità del ricorso⁴¹, la cui interpretazione eccessivamente elastica fornita dai giudici europei rischia di relegare ad un ruolo marginale la Corte Costituzionale, facendo della Corte di Strasburgo il custode dei diritti fondamentali, la Corte Edu ha fondato la sua decisione sulla base del presupposto che la legislazione italiana presenta un *“difetto di sistema”*.

L'incoerenza scaturirebbe dalla circostanza che mentre la l. n. 194 del 1978 consentirebbe la diagnosi prenatale e se la malformazione del feto si riflettesse sulla vita o sulla salute psico - fisica della madre anche l'interruzione della gravidanza, la l. n. 40 vieterebbe la diagnosi preimpianto in tutte le ipotesi diverse da quelle di coppie che hanno accesso alla PMA. Tale schema di ragionamento seguito non è esente da critiche alla luce della diversità di ratio che sottende alle due normative.

In realtà, la coppia istante, essendo fertile, chiede di accedere alla PMA solo al fine di poter effettuare sul feto la diagnosi pre impianto, allo scopo di avere un figlio non affetto dalla specifica patologia di cui essa è portatrice. Non si rivendica da parte dei due coniugi il diritto ad avere un figlio sano, come invece ha affermato con una ricostruzione troppo semplicistica, dinanzi alla Corte

⁴¹ Invero, la Corte Edu ritiene che siano presenti le condizioni richieste dall'art. 35 della Cedu, ai fini della ricevibilità del ricorso. La disposizione richiamata stabilisce che *“la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva”*. Orbene, secondo i giudici europei tale norma non trova applicazione nel ricorso presentato dai coniugi Costa et Pavan, in quanto non si può ritenere che detti rimedi siano effettivi. Ciò per due ordini di ragioni: la prima, poiché esiste un solo precedente di un Tribunale italiano che ha consentito ad una coppia, in condizioni analoghe a quella della ricorrente di accedere alla diagnosi pre impianto; la seconda, in quanto è incontrovertibile che la legge n. 40 del 2004 consente la diagnosi preimpianto solo alle coppie infertili. Oltretutto, la Corte Europea nega ogni precedenza, ai fini della ricevibilità del ricorso, al previo esperimento dello scrutinio di costituzionalità, partendo dall'assunto che l'ordinamento italiano non prevede l'accesso diretto del singolo alla Corte Costituzionale, sul punto, si rinvia a E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i giochi di parole divengono decisivi*, in *AIC* n. 3/2012; C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria della gravidanza, riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *AIC* n. 1/2013; F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte Edu*, in *AIC* n.1/2013.

Edu, il Governo italiano per difendere la posizione dell'Italia, anche perché - come è stato notato⁴², nessuna diagnosi è in grado di escludere le molteplici anomalie cromosomiche che in astratto sono possibili.

Va ricordato che la diagnosi preimpianto, vietata dalla legge n. 40 in ogni caso, è stata ammessa a seguito di una serie di decisioni giurisprudenziali che hanno sottolineato come la stessa sia strumentale alla salvaguardia della salute della donna, al fine di evitare un impianto “al buio” rispetto allo stato di salute dell'embrione⁴³.

La stessa Corte Costituzionale con la [sent. n. 151 del 2009](#)⁴⁴ ha sancito l'illegittimità del 3° comma dell'art.14 della l. n. 40 nella parte in cui non prevedeva che “*il trasferimento di embrioni dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna*”, precisando, altresì, che “*la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze della procreazione*”.

A mio parere la questione concernente l'inconciliabilità delle due discipline ruota intorno al grado di riconoscimento del diritto alla salute della donna. Infatti, a fronte della l. n. 194 in cui si consente l'interruzione volontaria della gravidanza nel caso che una grave patologia del feto si ripercuota sullo stato di salute psico - fisico della donna⁴⁵, la legge n. 40 non contempla la tutela di siffatto diritto fondamentale, laddove esclude l'accesso alla PMA e conseguentemente alla DGPI, costringendo la stessa ad iniziare una gravidanza con il rischio di doversi sottoporre ad un aborto terapeutico, qualora la diagnosi prenatale evidenziasse l'avvenuto contagio del feto⁴⁶.

Ciò nondimeno, entrare nell'ottica di consentire in ogni caso ai soggetti che lo richiedano l'utilizzo della diagnosi preimpianto potrebbe comportare dei rischi, perché aprire la strada ad un “*controllo premeditato sulla qualità dell'embrione*”, mettendo a repentaglio la garanzia del diritto alla vita⁴⁷. La legge n. 40 precisando la finalità che è quella di aiutare a risolvere i problemi posti dalla difficoltà della procreazione naturale, prevedendo il divieto di ogni forma “*di selezione a scopo eugenetico degli embrioni*” (art. 13, co. 3, lett. b). Sicché, il legislatore dovrebbe adoperarsi al fine di ampliare i casi in presenza dei quali consentire la Diagnosi genetica preimpianto a quelle coppie (non sterili) in cui uno o entrambi i soggetti siano portatori di gravi ed incurabili malattie trasmissibili.

⁴² E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo*, cit. 4.

⁴³ Così, E. MALFATTI, *op.cit.*, 5.

⁴⁴ Per un commento, G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto ma non su i diritti nella fecondazione assistita*, in *Forum di quaderni costituzionali*; L. TRUCCO, [La Consulta questa volta decide di \(almeno\) in parte decidere](#), in [Consulta OnLine](#), 2006; D. CHINNI, [La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”](#), *Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in [Consulta OnLine](#), 2009 (20.09.09) e S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte Cost., sent. n. 151 del 2009)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 settembre 2009.

⁴⁵ Sul punto, volendo si può leggere, I. NICOTRA, *Vita e sistema dei valori nell'ordinamento costituzionale*, Milano 1997.

⁴⁶ C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano fra procreazione artificiale e interruzione volontaria della gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan C. Italia*, in [AIC](#), n. 1/2013.

⁴⁷ Così F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan*, cit., 9.



Del resto, il passaggio centrale della motivazione della Corte Edu si regge proprio sulla necessità di separare nettamente la questione legata alla richiesta della coppia alla diagnosi di una specifica malattia genetica, come tale inidonea a scongiurare la presenza di ulteriori patologie dell'embrione e, come tale legittima, dalle pratiche di selezione eugenetica degli embrioni, vietate espressamente dalla l. n. 40.

Al Parlamento spetta il compito di realizzare la “sintesi”, tra le differenti situazioni meritevoli di apprezzamento, attraverso un'opera di bilanciamento tra diritto alla vita del feto (avendo presente che - come la Corte puntualizza nella [sent. n. 151 del 2009](#) - la legge n. 40 “*rileva un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza*”) e della salute psico - fisica della donna, rendendo la normativa più aderente alle aspettative delle coppie affette da patologie importanti e, più in generale, di prevedere aperture in favore di una gamma di situazioni particolari di aiuto alla coppia a procreare⁴⁸, per le quali può esistere un comprensibile interesse ad accedere alla PMA.

3.3. LA FECONDAZIONE ETEROLOGA.

Altra delicata questione, concernente le vicende procreative, discende dal divieto di fecondazione eterologa (fecondazione dell'embrione con gameti maschili e/o femminili provenienti da donatore esterno alla coppia) contenuto nell'art. 4, comma 3 della legge n. 40. Tale tecnica, peraltro, ammessa in numerosi ordinamenti europei, costituisce una forma di sostegno per le coppie affette da gravi forme di patologie che comportano l'infertilità. Proprio per tale ragione si ritiene che il divieto di fecondazione eterologa si ponga in contrasto con la previsione costituzionale contenuta nell'art. 32 che tutela il diritto alla salute.

Fra gli argomenti a sostegno del divieto - ripresi da recente dalla Grande Camera Edu, nella decisione del 3 novembre del 2011⁴⁹ - vi è quello riconducibile alla necessità di scongiurare il pericolo di una “selezione eugenica”, in conseguenza di un possibile preventivo esame dei caratteri genetici dei donatori e del coniuge non sterile, anche al fine di individuare la presenza di geni alterati produttori di gravi malattie del nascituro.

Ciò, evidentemente, potrebbe determinare inaccettabili “*discriminazioni tra categorie di persone a patrimonio genetico selezionato e non selezionato*”. In secondo luogo, una presa di posizione contraria all'uso di tecniche di fecondazione eterologa si faceva discendere dalla difficoltà di

⁴⁸ Si pensi al caso in cui uno dei partner stia scontando una pena detentiva. Qui si aprirebbe l'altra questione relativa alla necessità di riconoscere ai detenuti il diritto alla propria vita affettiva e sessuale.

⁴⁹ La Grande Camera ha ribaltato l'esito della Corte Edu in primo grado, sostenendo che il divieto di fecondazione eterologa disposto dalla legislazione austriaca, in mancanza di un consenso radicato a livello europeo a favore di tale tecnica procreativa, non si pone in contrasto con il margine di apprezzamento che consente agli Stati membri della Convenzione di limitare la tutela dei diritti fondamentali e in particolare il diritto alla vita privata e familiare.

predisporre un regime giuridico rispettoso, ad un tempo, del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche e del diritto del donatore di conservare l'anonimato.

Il contesto normativo, d'altra parte, preclude al coniuge o al convivente sterile, il cui consenso sia ricavabile anche da atti concludenti, di agire per il disconoscimento di paternità o di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità⁵⁰. Il padre sociale, tuttavia, potrebbe subire il disconoscimento da parte del figlio, desideroso di affermare il rapporto di sangue con il genitore biologico. E, invero, il diritto del nascituro di conoscere, una volta divenuto adulto, l'identità del padre naturale ha da sempre ricevuto un'attenzione particolare nel dibattito sull'ammissibilità della fecondazione eterologa. Ciò anche in considerazione del fatto che i numerosi progetti di legge che nel tempo si sono occupati della disciplina della procreazione medicalmente assistita prescrivevano il divieto assoluto di rendere nota l'identità del donatore anche di fronte alla richiesta del figlio "naturale"⁵¹. Infatti, il principio dell'anonimato del padre genetico appare funzionale alla tutela della famiglia "legittima", sebbene mostri dei punti di criticità rispetto alle previsioni costituzionali che delineano lo *status* della filiazione e più in generale il diritto di ogni persona di conoscere le proprie origini biologiche.

Il punto merita di essere approfondito e riguarda, innanzitutto, l'esigenza di comporre i valori in conflitto con un ragionevole bilanciamento dei singoli interessi coinvolti nella complessa questione delle tecniche riproduttive di tipo eterologo. Una disposizione legislativa che impedisse al figlio, generato con gameti provenienti da un donatore esterno, la conoscenza dell'identità del genitore naturale sarebbe da condividere ove si riflettesse sugli effetti che la "scoperta" del padre biologico da parte del figlio potrebbe determinare sugli equilibri della famiglia legittima. Si fa osservare, infatti, che in una società in cui la paternità e la maternità sono sempre più strettamente legati al principio di procreazione responsabile, non è possibile stabilire un legame tra figli e donatori, anche di semplice conoscenza, senza che ciò non comporti conseguenze personali e patrimoniali.

Da parte sua, il giudice europeo giustifica il divieto dell'eterologa, posto dall'ordinamento austriaco, proprio al fine di evitare il rischio di frammentazione della figura genitoriale e di costituire una parentela estranea ai rapporti di sangue.

Al riguardo, viene richiamata la normativa in materia di adozione, presente in Italia dal 2001⁵², laddove prevede nell'art. 24 un'apposita disciplina che contempla il diritto del minore di essere informato di tale sua condizione dai genitori adottivi che "*vi provvedono nei modi e termini che essi ritengono più opportuni*". In ogni caso, l'adottato può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici, al raggiungimento dei 25 anni di età, e qualora sussistano gravi motivi che attengono al suo stato di salute psico fisica, anche con il compimento della maggiore età.

⁵⁰ U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 10 ottobre 2012, 636 ss.

⁵¹ In proposito rinvio a I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2002, 795.

⁵² Legge 28 maggio 2001, n. 149, recante modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, "*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*".



Tuttavia, la disposizione non consente l'accesso alle informazioni se “*l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori abbia dichiarato di non voler essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo*”. Se l'acquisizione delle informazioni sulle proprie origini “*comporti grave turbamento dell'equilibrio psico fisico*” del figlio, il tribunale per i minorenni può non autorizzare l'accesso alle informazioni. Tale disposizione, in linea con quanto previsto dall'art. 30 Cost., pone dei limiti alla ricerca della paternità, ammettendo restrizioni al diritto di conoscere le proprie origine biologiche, nel precipuo intento di salvaguardare il “*preminente interesse del minore*”. Al riguardo, infatti, la Corte di Cassazione ha affermato che il “*favor veritatis*” non costituisce “un valore di rilevanza costituzionale assoluta” ma si presta ad essere bilanciato con altri valori di rango costituzionale, allo scopo di giungere alle soluzioni più adeguate per la tutela dell'interesse del minore.

Il *favor veritatis*, quindi, deve essere perseguito dal legislatore fin quando trovi coincidenza nel *favor minoris*, consistente nell'interesse del figlio al pieno esplicarsi della sua personalità, alla luce degli artt. 2, 3, 2° co e 30, 2° co. Cost.

Orbene, per quel che qui interessa, viene affermato che il rapporto discendente dalla fecondazione eterologa tra genitore e figlio sia assimilabile a quello che sorge con l'istituto dell'adozione.

La Corte costituzionale ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici remittenti a seguito della sopravvenuta pronuncia della Grande Camera che ha ritenuto non contraria al diritto alla vita privata e familiare *ex art. 8 Cedu* la disciplina austriaca che vieta il ricorso alla fecondazione eterologa⁵³. Invero, la sopravvenuta modifica di norme costituzionali o di discipline che integrano il parametro costituzionale o il quadro normativo di riferimento non consente alla Corte di decidere alla luce del mutato sfondo normativo, spettando, piuttosto, al giudice a quo la verifica della permanenza del requisito della non manifesta infondatezza della questione.

La Corte mantiene fermo tale orientamento anche nella circostanza in cui sia il Giudice di Strasburgo a fornire una determinata interpretazione delle disposizioni convenzionali contenute negli art. 8 e 14 della Cedu. Dal canto suo, la Corte Edu ha poggiato la propria decisione sulla considerazione che i divieti della fecondazione eterologa imposti dall'ordinamento austriaco sono espressione di quel margine di apprezzamento che consente agli Stati membri di limitare la portata dei diritti fondamentali, che sia comunque frutto di un bilanciamento con altri valori meritevoli di particolare attenzione, come quello legato al rischio per la salute della donna donatrice di ovuli. Qualora allo stato attuale delle conoscenze mediche il pericolo per la salute della donna donatrice di ovuli trovasse conferma, secondo un orientamento si potrebbe valutare la possibilità di prevedere trattamenti differenziati con riferimento alla fecondazione eterologa con donazione di gameti e quella con donazione di ovociti.

⁵³ Corte Cost., [ordinanza n. 150 del 22.5.2012](#), con commenti a margine di A. RUGGERI, *La Corte Costituzionale, i parametri “conseguenzari” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata*, in [www.diritticomparati](#); A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali?*, in *Contr. e impr.*; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in [www.forumcostituzionale.it](#).

Ad ogni modo, stante la complessità della materia, nonché i molteplici interessi coinvolti sembra difficile poter avanzare pronostici sulla futura decisione della Corte, chiamata dal Tribunale di Milano (con ordinanza del 29 marzo 2013, dep. 9 aprile 2013⁵⁴) a pronunciarsi nuovamente sulla questione relativa alla legittimità del divieto di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (contenuto nel 3° co. dell' art. 4 della l. n. 40 del 2004) per contrasto con gli artt. 2, 29 e 31 della Costituzione, nella parte in cui il divieto normativo non garantisce alle coppie affette da sterilità o infertilità irreversibile *“il diritto fondamentale alla vita privata e familiare e il diritto all'autodeterminazione in ordine alla medesima”*.

Il tribunale di Milano precisa che la frattura fra genitorialità genetica e legittima non può costituire ostacolo alle tecniche di fecondazione eterologa essendo, peraltro, la stessa ben conosciuta all'ordinamento italiano, che ammette da tempo l'istituto dell'adozione, riconoscendo e tutelando rapporti parentali fondati non sul legame di sangue, bensì su quello affettivo.

Tuttavia, le perplessità riguardano proprio la presunta assimilazione dell'istituto dell'adozione con quello delle tecniche di fecondazione eterologa. Infatti, le norme codicistiche in materia di adozione traggono origine proprio dal bilanciamento di interessi ugualmente meritevoli di tutela e dalla prevalenza del preminente interesse del minore, mentre nelle tecniche di fecondazione eterologa, non esiste un figlio da tutelare, neanche nel suo stadio iniziale di embrione. Sicché, le tecniche di fecondazione eterologa finirebbero per soddisfare soltanto il diritto della coppia di procreare, declinato secondo un criterio di discutibile illimitatezza⁵⁵.

Il diritto della coppia alla procreazione potrebbe trovare soddisfacimento con *“la donazione a fini di nascita”*. Anche le posizioni emerse in seno al Comitato nazionale di Bioetica, fin dal 1996, individuano soluzioni per colmare le numerose incongruenze contenute nella l. n. 40 del 2004. In un articolato parere su una delle questioni più delicate, concernente la sorte degli embrioni comunemente definiti *“soprannumerari”* o anche *“abbandonati”*, *“avanzati”*, *“residuali”*, che le tecniche di crioconservazione consentono di mantenere in vita per alcuni anni, in vista di successivi utilizzi, viene individuata l'opzione di destinarli *“allo sviluppo con utilizzo nel procedimento procreativo da parte di terzi richiedenti”*.

La tutela di tutti gli interessi coinvolti nella vicenda procreativa e, in particolar modo, del diritto alla vita dell'embrione potrebbe essere salvaguardato con la c.d. *“donazione a fini di nascita”*, proprio *“mettendoli a disposizione di soggetti estranei alla coppia, singoli o coppia, intenzionati ad*

⁵⁴ Per leggere il testo dell'ordinanza cfr. www.dirittocontemporaneo.it, del 15 aprile 2013. Il collegio milanese ha richiamato, nell'ordinanza di rimessione, la pronuncia della Grande Camera, la quale, sebbene abbia rigettato il ricorso, ha affermato la necessità per il legislatore nazionale di tener conto del progresso della scienza e del consenso della società, da valutare in una prospettiva dinamica, auspicando che il decisore politico prenda atto dei loro mutamenti e delle progressioni maturate con il decorso del tempo.

⁵⁵ In tal senso, v. anche le considerazioni di T. AULETTA, *Relazione di sintesi, Dai principi costituzionali al “diritto vivente”, Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future* (versione provvisoria), di prossima pubblicazione in questo sito.



assicurare, ricorrendo alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la loro nascita”⁵⁶.

In casi di questo tipo il ricorso all’adozione di gameti, attraverso la c.d. “fecondazione eterologa”, sarebbe un sistema idoneo a garantire il diritto della coppia sterile alla procreazione e, allo stesso tempo, il diritto alla vita dell’embrione che, diversamente, sarebbe destinato alla distruzione o alla utilizzazione per fini di ricerca⁵⁷.

4.1. LE MISURE DI SOSTEGNO ALLA FAMIGLIA.

La particolare posizione accordata alla famiglia dalla Carta del ’48 è altresì rinvenibile nel disposto di cui all’art. 31, co. 1, Cost., chiaro nell’attribuire alla Repubblica (e quindi sia allo Stato che alle Autonomie locali ex art. 114 Cost.) il compito di «agevolare con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l’adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose».

La posizione centrale della famiglia nel tessuto sociale del Paese, quale luogo primario di sviluppo della personalità dell’individuo, giustifica il **dovere** assegnato ai pubblici poteri di **promuoverne e favorirne** la creazione e il ruolo. Ciò non già in termini di ingerenza dello Stato sulla famiglia, ma di sostegno e di rafforzamento con le opportune misure economiche.

Nel caso in cui i genitori versino in condizioni socio economiche particolarmente svantaggiate alle istituzioni spetterà l’onere di intervenire per il soddisfacimento dei diritti del figlio. In vista della tutela del minore lo Stato è chiamato ad intervenire con un intervento di carattere suppletivo. Muovendo da tali premesse la Corte Costituzionale, anche recentemente, (sent. n. 31/2012) ha affermato che la stessa Costituzione prevede, se uno o entrambi i genitori si rivelino incapaci di assolvere i loro compiti, che il legislatore disponga “interventi sostitutivi”.

La scelta di inserire in Costituzione la disposizione contenuta nell’art. 31 ha segnato il passaggio dalla tradizione liberale, tipica delle Carte ottocentesche, alle teorie dello Stato sociale. La promozione della famiglia da parte dei pubblici poteri costituisce una coerente declinazione dell’impegno di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno sviluppo della personalità umana nell’ambito dei rapporti economici e sociali. Durante i lavori dell’Assemblea Costituente emerse chiaramente l’idea che l’intervento a favore della famiglia avrebbe trovato concretizzazione in una serie di misure volte a facilitare ad ogni cittadino la formazione di una famiglia e rendere economicamente meno gravoso il peso degli oneri familiari, con particolare riguardo ai ceti meno abbienti e alle famiglie numerose.

⁵⁶ Parere del Comitato nazionale della bioetica del 12 luglio 1996 in tema di “*Identità e statuto dell’embrione umano*” citato in I. Nicotra, *Vita e sistema dei valori*, cit., 223, nota 215; per una soluzione di questo tipo anche T. AULETTA, *Le ragioni di un convegno*, 12.

⁵⁷ Parere del Comitato nazionale, *op. e loc. cit.*



Lo Stato era chiamato ad attivarsi per realizzare un sistema di salari adeguato alle necessità familiari, provvedimenti di natura fiscale, contenenti sgravi economici per le famiglie, nonché una serie di incentivi adeguati a favorire l'istruzione e la formazione della prole⁵⁸.

I timori furono espressi da coloro che, in sede di lavori preparatori, guardavano con preoccupazione alla possibilità che tale disposizione, per un verso, potesse rappresentare un incentivo alla creazione di famiglie numerose e costituire l'idea fuorviante di continuità con il regime fascista, secondo cui il rafforzamento dello Stato passasse anche da una intesa politica demografica⁵⁹ e per altro verso, favorire la costituzione di famiglie, al solo scopo di ricevere sovvenzioni da parte delle istituzioni pubbliche⁶⁰.

In tale approccio argomentativo non è difficile cogliere la più generale diffidenza del pensiero liberale verso l'ampliamento del modello di welfare. Essa derivava, principalmente, dalla preoccupazione degli effetti negativi che un siffatto tipo di protezione dell'ordinamento potesse avere nei confronti del singolo, togliendogli ogni spirito d'iniziativa e mortificando le sue potenzialità⁶¹.

Da questa prospettiva il collegamento tra l'art. 31 e la disposizione contenuta nell'art. 36 riesce ad evidenziare la particolare caratterizzazione delle due norme, in quanto strumento di affermazione e di sviluppo del *Welfare State*, che risponde non solo al progetto tendente all'eliminazione della povertà e dell'emarginazione sociale, ma anche a quello di promozione delle condizioni socio – economiche dei singoli e delle famiglie.

Il principio "di sufficienza" arricchisce di ulteriore significato il concetto di retribuzione rispetto all'impostazione tradizionale incentrata sulla funzione di corrispettivo dell'attività di lavoro oggettivamente valutata. Esso – in attuazione al 2° co. dell'art. 3 – collocando in posizione strumentale la retribuzione rispetto allo scopo del sostentamento al lavoratore e alla sua famiglia, mira ad assicurare agli stessi un'esistenza libera e dignitosa.

Il collegamento tra prestazione lavorativa e diritto alla retribuzione costituisce l'accoglimento dell'esigenza di garantire al lavoratore e alla sua famiglia, comunque, un'esistenza libera e dignitosa, specificando che, al di là, del criterio della proporzionalità tra retribuzione e livello quantitativo e qualitativo del lavoro prestato, risulta prevalente (se non addirittura "insuperabile in

⁵⁸ In proposito, L. CASSETTI, *Commento art. 31 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, cit., 642.

⁵⁹ Per una ricostruzione del dibattito svolto prima dell'approvazione dell'art. 31 v. L. CASSETTI, *Commento art. 31*, cit., 642.

⁶⁰ G. MAJORANA, *Il patto tra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei. Dallo sviluppo sostenibile all'equilibrio finanziario: la necessità di un lungimirante rapporto tra generazioni*, Torino 2012, 82 ss.

⁶¹ Molto efficaci, a riguardo, le considerazioni di N. BOBBIO, *Stato liberale e stato di benessere. Alcune note critiche*, in *Trasformazione e crisi del Welfare State*, 373. Nonostante la diffusione del benessere sia oggi rivolta al miglioramento della qualità di vita dei cittadini, diversamente che nello Stato di polizia in cui si parlava di benessere per la crescita dello Stato nel suo complesso, l'A. fa notare, come le perplessità espresse da Kant su quel modello di ordinamento, definendolo "Stato paternalistico" – "poiché esso si comporta nei riguardi dei sudditi come il padre nei confronti dei figli minorenni" – si possono facilmente rivolgere all'assetto dei rapporti creato dallo Stato sociale. Invero, lo sviluppo di un equilibrato rapporto tra governanti e governati esige che i primi garantiscano a tutti una sfera di libertà "affinché ognuno possa perseguire la felicità a suo talento", 374.

assoluto”) l’interesse della dignità umana, il cui piano di apprezzamento va correlato ad una soglia di compenso che non sia inferiore agli standard minimi necessari per vivere una vita a misura della persona⁶².

In tal modo, la retribuzione assume, secondo il dettato costituzionale, valore “etico”, facendo assurgere a inderogabile dovere di solidarietà economica l’impegno della Repubblica a garantire il soddisfacimento dei bisogni fondamentali, nei confronti di chi versa in situazioni di disagio economico. Ciò, in conformità con quanto stabilito dall’art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, ove s’insiste sull’esigenza che *“ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all’alimentazione, al vestiario, all’abitazione, alle cure mediche e ai servizi sociali necessari”*.

Sotto questo profilo le norme contenute negli artt. 31 e 36 Cost. sembrano, per molti versi, costituire la riprova dell’assunto secondo cui la Repubblica deve tener fede all’impegno di liberare dalle condizioni di bisogno non solo i singoli, in quanto tali, ma anche le famiglie, operando un peculiare intreccio tra gli interventi destinati agli uni e alle altre. Le disposizioni richiamate mostrano la tensione dell’ordinamento nell’assicurare il rispetto assoluto ed effettivo della dignità umana, attraverso il riconoscimento di quei diritti definiti *“a soddisfacenti condizioni (...) materiali al fine di rendere la propria vita degna dell’uomo”*⁶³.

Il modello costituzionale che viene, così, a delinearsi costituisce la traduzione del diritto al benessere materiale, quale concreta garanzia di condizioni di esistenza che non scendano oltre una determinata soglia. Da tale angolazione, la Costituzione disegna una serie di coordinate dalle quali verificare la linea che separa l’esistenza dignitosa dall’altra, che sotto a siffatto limite, non può considerarsi tale, ledendo il significato che il valore costituzionalmente garantito ha inteso esprimere e, allo stesso tempo, assicurare.

Si tratta, insomma, del diritto *“ad un minimo accettabile di risorse”*, che, comunque, per sua natura appare limitato (e sottoposto ad un criterio di gradualità) dall’esigenza di salvaguardare ulteriori interessi pubblici, primo fra tutti quella dell’equilibrio economico generale, al fine di scongiurare gli effetti di un sempre crescente indebitamento pubblico, secondo la previsione contenuta nel novellato art. 81 Cost.⁶⁴

⁶² T. TREU, *Commento sub art. 36*, in *Commentario della Costituzione*, Roma – Bologna 1979, 115.

⁶³ Così, F. MODUGNO, *I nuovi diritti*, cit., 55.

⁶⁴ La recente legge cost. n. 1 del 2012 ha profondamente innovato la previsione costituzionale, nell’ottica del c.d. “principio del pareggio di bilancio”. Nel nuovo testo dell’art. 81 si legge che *“lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico”*. La nuova previsione costituzionale mostra una certa dose di elasticità. Il legislatore, infatti, facendo riferimento al rapporto tra entrate e spese dello Stato, ha preferito esprimersi con la parola “equilibrio”. La necessità di tener conto delle fasi avverse e di quelle favorevoli impone l’obbligo di praticare, con legge, politiche anticicliche. In questi termini, dunque, in presenza di momenti di recessione, durante i quali si riduce il gettito delle entrate e aumenta la spesa pubblica legata ai c.d. ammortizzatori sociali, l’equilibrio di bilancio sarà rispettato anche in presenza di spese eccedenti rispetto alle entrate. Diversamente, l’arrivo di una ripresa dell’economia comporterà, per rispettare l’equilibrio, maggiori entrate a fronte di minori spese. Il principio di equilibrio di bilancio ammette anche il ricorso all’indebitamento pubblico,

In secondo luogo, le misure di Welfare, anche quelle di sostegno alla famiglia, devono trovare un contemperamento con la necessità di limitare l'imposizione fiscale, per promuovere gli investimenti e l'iniziativa economica privata garantiti nell'art. 41 Cost⁶⁵.

Ad ogni modo, non pare sia revocabile in dubbio che il legislatore nazionale non abbia mai provveduto a dare attuazione all'art. 31 della Costituzione⁶⁶.

Soltanto, con la l. n. 328 del 2000, la disciplina costituzionale ha trovato, almeno in parte, inveramento, laddove la Repubblica assicura, in omaggio al principio di sussidiarietà, alle persone e alle famiglie provvedimenti per la realizzazione integrata d'interventi e servizi sociali, comunque, compatibilmente con le disponibilità finanziarie dello Stato. L'art. 16, intitolato, "*Valorizzazione e sostegno delle responsabilità familiari*", si sofferma sul ruolo peculiare delle famiglie nella formazione e nella cura della persona, nella promozione del benessere e nel perseguimento della coesione sociale, sostiene e valorizza i molteplici compiti che le famiglie svolgono sia nei momenti critici e di disagio, sia nello sviluppo della vita quotidiana; sostiene la cooperazione, il mutuo aiuto e l'associazionismo delle famiglie; valorizza il ruolo attivo delle famiglie nella formazione di proposte e di progetti per l'offerta dei servizi e nella valutazione dei medesimi.

I livelli essenziali delle prestazioni sociali erogabili nel territorio nazionale tengono conto dell'esigenza di favorire le relazioni, la corresponsabilità e la solidarietà fra generazioni, di sostenere le responsabilità genitoriali, di promuovere le pari opportunità e la condivisione di responsabilità tra donne e uomini, di riconoscere l'autonomia di ciascun componente della famiglia.

La famiglia, quale sede primigenia di aiuto alla persona, richiede l'intervento dei pubblici poteri con contributi in denaro o, in alternativa, con finanziamento a tasso agevolato. In particolare, il comma 4 dell'art. 16, prevede che "*per sostenere le responsabilità individuali e familiari e agevolare l'autonomia finanziaria di nuclei monoparentali, di coppie giovani con figli, di gestanti in difficoltà, di famiglie che hanno a carico soggetti non autosufficienti con problemi di grave e temporanea difficoltà economica, di famiglie di recente immigrazione che presentino gravi difficoltà di inserimento sociale, nell'ambito delle risorse disponibili. In alternativa a contributi assistenziali in denaro, possono essere concessi prestiti sull'onore, consistenti in finanziamenti a tasso zero secondo piani di restituzione concordati con il destinatario del prestito*".

A seguito della revisione intervenuta con la legge cost. n. 3 del 2001, l'art. 31 va letto congiuntamente con il novellato l'art. 114. Quest'ultima disposizione ridisegna la fisionomia della Repubblica, sulla base di una articolazione territoriale che in armonia con il principio di sussidiarietà, attribuisce allo Stato, alle Regioni e agli Enti locali il compito di erogare servizi alle persone e alle famiglie. Ciò, unitamente, alla competenza legislativa riservata alle Regioni in

sebbene soltanto al verificarsi di due circostanze: in ragione "degli effetti del ciclo economico" e in presenza di eventi eccezionali". Questi ultimi sono esplicitamente individuati dall'art. 5, co. 1, lett. d) della legge cost. n. 1 del 2012 che vi include le "crisi finanziarie", le "gravi calamità" e le "gravi recessioni economiche". Troverebbero ingresso, dunque, misure di tipo keynesiano che, oltre a compensare gli effetti della recessione evitando una contrazione dell'intervento pubblico, ammettono la possibilità di sostenere la domanda, mediante un incremento di tale intervento.

⁶⁵ P. BARCELLONA, *Sistema politico e sistema economico*, 455.

⁶⁶ M. TROISI, *Famiglie e misure di sostegno: la legislazione regionale*, in www.gruppodipisa.it 2.



materia di servizi sociali ed assistenziali, traccia un percorso di condivisione, nell'impegno a sostenere misure in favore delle famiglie.

Il rinnovato ruolo assunto degli Enti territoriali nella cornice costituzionale, delineata dalla riforma del 2001, ha conferito maggior vigore agli interventi promossi dalle Regioni in materia di politiche familiari, che hanno contribuito in maniera efficace all'adempimento dei doveri di solidarietà, peculiare aspetto della Repubblica e di ciascun Ente che la costituisce⁶⁷.

Le legislazioni regionali in materia di promozione dei diritti sociali sembrano avere come comune denominatore la valorizzazione del ruolo della famiglia, in un'ottica di sussidiarietà orizzontale.

Le carenze più vistose riguardano la mancata attuazione di una riforma del sistema contributivo che tenga conto del principio del "prelievo fiscale sociale". Si tratta del "minimo vitale" concernente i "carichi familiari". Con particolare riferimento alle "agevolazioni" di cui parla il Costituente, a proposito delle famiglie numerose, esse potrebbero trovare concreto svolgimento con l'adozione di un regime di tassazione che assicuri l'effettività del diritto al c.d. "*minimo vitale*"⁶⁸.

La realizzazione di tale meccanismo sarebbe possibile facendo in modo che l'imposizione non sottragga ai nuclei familiari le risorse necessarie per soddisfare le esigenze fondamentali dei figli. Va detto che il nostro ordinamento si distingue, nel panorama europeo, per la quasi totale assenza di politiche sociali riservate alla famiglia. Ed, invero, come efficacemente posto in luce, dalla Corte di Karlsruhe le politiche di sostegno alle famiglie svolgono una funzione di garanzia anche sotto il profilo previdenziale, in quanto l'ininterrotta successione di generazioni, di padre in figlio, permette la tenuta del patto posto alla base del sistema⁶⁹. Muovendo da tale prospettiva la Germania ha approvato, nel 2007, una modifica del sistema previdenziale che ha spostato in avanti l'età pensionabile nell'ottica di giustizia intergenerazionale.

La giurisprudenza costituzionale tedesca pone in stretta correlazione il divieto di assoggettare ad imposizione fiscale il reddito minimo necessario per il fabbisogno vitale della famiglia con la funzione sociale che essa è tenuta a svolgere.

Una riforma del sistema impositivo che prevedesse l'applicazione del c.d. "quoziente familiare", spalmando i redditi percepiti su tutti i componenti della famiglia, compresi i figli, potrebbe rappresentare una soluzione appropriata.

In Francia, l'applicazione del quoziente familiare consente di calcolare l'imposta sul reddito in funzione delle persone fiscalmente a carico. Grazie a tale metodo le entrate delle famiglia devono essere sommate e poi divise per il numero dei componenti della famiglia stessa, in modo da tassare non tanto il reddito unitario percepito, quanto il reddito disponibile per ogni componente la famiglia. Così, l'aliquota si applicherà alla sola porzione di reddito, eventualmente più bassa di quella applicabile al reddito complessivo.

Siffatta scelta, dunque, finirebbe per sortire un effetto perequativo, in sintonia con la funzione di promozione della famiglia prevista nell'art. 31 Cost.

⁶⁷ Sul punto, cfr. il contributo di M. TROISI, [op.cit.](#), 2.

⁶⁸ G. RAZZANO, *Lo statuto costituzionale dei diritti sociali*, in www.gruppodipisa.it, 46.

⁶⁹ Sul punto sent. 1, BvR 756/90 citata da G. MAJORANA, *Il patto tra generazioni*, cit. 218.

Soltanto procedendo su questo percorso di riforme sarà possibile valorizzare quel ruolo di welfare assunto dalla famiglia nella società, ancor di più in periodi di acuta crisi economica. Il sostegno della famiglia rappresenta la chiave per la stessa tenuta dei sistemi di protezione sociale⁷⁰, che si reggono sulla disponibilità della donna a mettere al mondo figli e sulla crescita dell'occupazione femminile⁷¹.

Il sensibile decremento della natalità, verificatosi negli ultimi decenni, costituisce la principale causa delle gravi disfunzioni dello Stato sociale. Questo stato di cose amplifica gli squilibri tra generazioni; quelle future, proprio a causa della minore natalità, riceveranno di meno e saranno costretti a pagare di più di quelle precedenti.

La presa di coscienza da parte dell'ordinamento italiano della necessità di approntare un adeguato sistema di protezione sociale per la famiglia significa edificare un modello di Repubblica che dia soluzioni affidabili sul versante della crescita e dell'equità, anche in vista della tutela delle generazioni future.

⁷⁰ In argomento, per una disamina più generale, si rinvia a P. COSTANZO, [Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea](#), in [Consulta OnLine, 2008](#) (26.08.08)

⁷¹ G. RAZZANO, *Lo Statuto*, cit., 53.

