

# OMOGENITORIALITA' E MINORI<sup>1</sup>

(Università di Brescia 26.9.2014 - dott. Carla Marina Lendaro)

## 1. Introduzione

Nell'iniziare la mia relazione mi piace partire da una citazione tratta dal libro di Stefano Rodotà [1] *"Il diritto di avere diritti"*, un vero e proprio ponte ideale. Scrive l'illustre autore nella prefazione che quello in cui viviamo è: *"...il mondo nuovo dei diritti. Un mondo non pacificato, ma ininterrottamente percorso da conflitti e contraddizioni, da negazioni spesso assai più forti dei riconoscimenti. Un mondo troppe volte e troppo spesso doloroso, segnato da sopraffazioni e abbandoni. E così «i diritti parlano», sono lo specchio e la misura dell'ingiustizia, e uno strumento per combatterla..."*.

Mi piace ricordare quanto, a sua volta, scritto da Antonio Ruggeri [2] in *"Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo"*. Dice l'illustre autore che: *"...La storia della dignità, nel pensiero giuridico (e non), è antica e, di sicuro, può farsi risalire già all'antichità greco-romana (se ne ripercorrono le tappe più salienti in Oehling de los Reyes A. e Ridola P.; ampi riferimenti anche in Mezzetti L.). Negli scritti di diritto, in ispecie, i riferimenti alla dignità dell'uomo ormai non si contano più e vanno anzi crescendo a ritmi incalzanti, specie nel tempo presente segnato da una spiccata attenzione per i diritti fondamentali, le forme del loro riconoscimento (in ambito internazionale e sovranazionale, come pure in ambito interno), i modi della loro tutela. È singolare la circostanza per cui quanto più ci si allontana dalla stagione particolarmente dolorosa degli anni della seconda grande guerra, pur nell'indelebile ricordo degli orrori in essa commessi da uomini innaturalmente trasformati in belve, e si reputa essere ormai una conquista indiscussa, negli ordinamenti di stampo liberal-democratico, il riconoscimento e la salvaguardia dei diritti di libertà, tanto più si avverte ugualmente il bisogno di mettere i diritti stessi al riparo da minacce assai insidiose e viepiù aggravatesi, specie per effetto dello sviluppo scientifico e tecnologico..."*

Nessun ambito quale quello del diritto di famiglia e minorile rappresenta meglio tale stato di bisogni, di incertezze, di contraddizioni, di tentate innovazioni e repentini blocchi, di nuovo che avanza e, al contempo, di mancata od incompleta consapevolezza di ciò che è o che si vuole o non si vuole mutare. Aperture e chiusure, che si susseguono, rispetto al variegato e poliedrico mondo delle "famiglie", fondate sul matrimonio ovvero "di fatto", od anche ricomposte o ristrutturare, ovvero monogenitoriali, gay o multietniche.

Un mondo ove, a taluni passi in avanti, si susseguono repentini ed improvvisi - talora lunghi- balzi indietro.

---

<sup>1</sup> L'articolo costituisce la rielaborazione della Relazione tenuta al convegno sui "Diritti delle coppie omosessuali" tenutosi presso l'Università di Brescia il 26/9/2014.

Assistiamo da tempo all'evoluzione del diritto di famiglia.

E' un percorso iniziato con la Costituzione e il riconoscimento dei diritti fondamentali da essa fatto, un percorso attraverso cui è cresciuta l'importanza "della persona".

In passato non era stato così.

La centralità era il "momento economico", il dare/avere e quanto vi si accompagnava.

Con la Costituzione il diritto di famiglia è divenuto la parte centrale del diritto civile, la sua parte più viva.

Negli anni è cambiata la "famiglia" ed è cambiata anche la posizione della donna nella società, un cambiamento anche questo iniziato nel dopoguerra, solo settanta anni fa, con il riconoscimento del diritto di voto.

Il divenire per la donna "cittadina" [3] ha, pur lentamente, portato anche la società a mutare.

E', anche, stata incrinata l'omo-centralità che sino ad allora la dominava, e con essa, per quanto in questa sede è di interesse, il tabù dell'omosessualità che ne era una espressione.

Oggi, la società e la famiglia sono mutate [4] e il diritto deve confrontarsi con realtà che si è trasformata e che tuttora è in trasformazione.

La dottrina, anche la più autorevole, non sempre ne ha avuto chiara percezione ed ha compiutamente valutato l'evoluzione sociale in atto, talora non ha neppure percepito la portata dirompente dei principi fondamentali voluti dai padri-constituenti nella Costituzione. E' stato detto infatti da Arturo Carlo Jemolo che il diritto "di famiglia" poteva solo lambire la "famiglia" in quanto *"...è un'isola circondata dal mare e il mare non può essere descritto, nè recinto."* [5], lo ha rammentato Cesare Bianca di recente, lo scorso anno, nel corso di una splendida *"Lectio Magistralis"* agli studenti all'Università di Verona il 10.4.2013, ove ha affermato che il diritto serve a *"...garantire socialmente i diritti intersoggettivi"* e che il diritto "di famiglia" è importante perché *"...si colgono i valori etici della nostra esistenza ma, al contempo, è la parte del diritto ove i diritti sono più spesso violati..."*, aggiungendo che abbiamo bisogno di un *"diritto più giusto"*, di un diritto che rispetti davvero il diritto di "uguaglianza" e che superi la *"discriminazione e disuguaglianza"* tuttora presente.

Come allora non ricordare quante "discriminazione e disuguaglianza" erano diritto in passato.

In passato, infatti, non era possibile il matrimonio con cittadini di "altra razza".

In passato, ancora, il marito era il "capo-famiglia" ed a lui si doveva ubbidienza. I rapporti familiari andavano inquadrati negli schemi teorici del *"potere-soggezione"* caratteristici del diritto pubblico [6]. Il marito aveva il dovere di proteggere la moglie e di tenerla presso di sé; la moglie ne assumeva il cognome, era obbligata ad accompagnarlo dovunque ritenesse opportuno fissare la sua residenza, non poteva compiere atti giuridici di rilievo senza l'autorizzazione del marito. Nel caso di morte del padre, la potestà in apparenza passava alla madre, che però doveva essere affiancata da un "consiglio di famiglia" composto dagli ascendenti, dai fratelli e dagli zii di "sesso maschile" dell'orfano, con funzioni

consultive e autorizzatorie. L'adulterio della moglie era reato e legittimava la separazione, diversamente da quello del marito che invece non lo era.

In un passato molto recente vi era diversità tra i figli legittimi ed illegittimi, discriminazione personale pesante per la distinzione delle categorie ed effetti, quali i divieti successori e di donazione. Nel 1975 (finalmente) venne tolta la dizione "illegittimi" e figli nati fuori dal matrimonio divennero "naturali" ma nella realtà rimasero, sul piano sostanziale, gravi discriminazioni, che si traducevano in discriminazioni sociali, non sussisteva "per legge" parentela, solo di recente si è a ciò ovviato con la legge 10.12.2012 n.219.

I tempi cambiano.

Credo che questa giornata debba essere un momento di riflessione, di confronto e di conoscenza, dibattere assieme può aiutare a superare molti (pre)concetti irrazionali e (pre)giudizi sociali, silenti dentro di noi e frutto di stereotipi derivati dal nucleo sociale di appartenenza, quello in cui siamo cresciuti e in cui viviamo, ma anche talora la paura per quanto è "diverso" dal modello in cui ci riconosciamo o vorremmo riconoscerci, di una "diversità" che spesso non conosciamo e che interiormente, forse, temiamo.

Parlarne può aiutare non solo a tollerare ma anche ad accettare, senza distinzioni o discriminazioni.

Solo nel rispetto dell'altro, anche ove questi è "minoranza", è possibile volta per volta contemperare i diversi diritti in contrapposizione, regola fondamentale del vivere civile.

Occorre, anche in questo ambito, dunque un nuovo modo di sentire, più rispettoso e democratico .

## **2. La c.d. funzione di supplenza della magistratura**

Si è soliti sentire imputare alla Magistratura l'esercizio di una funzione c.d. di supplenza, ciò è stato anche di recente ripetuto in tema di omogenitorialità, con riguardo a taluni provvedimenti giudiziari emessi in tema di affidamento di minori a coppie lesbiche o gay e, pochi mesi fa, ad esempio dopo la sentenza capitolina sull'adozione omogenitoriale "non legittimante".

E' preliminare approfondire la questione, ovviamente negli stretti limiti quivi consentiti, ed affrontarla anche in termini comprensibili da tutti i presenti, non solo studiosi od operatori del diritto ma studenti e cittadini.

L'incipit non può che essere la presa d'atto che nel nostro Paese l'omogenitorialità e la questione delle relazioni "same sex" non sono disciplinate dal legislatore e che, in generale, le norme in materia sono risalenti.

Va detto ancora che il legislatore sulla questione è da tempo silente, sordo secondo alcuni. Che tuttora non risponde, nonostante promesse elettorali e sempre più frequenti sollecitazioni o richieste che gli provengono dai cittadini (anche di opposto contenuto). Eppure i disegni di legge vi sono, taluno di essi è fermo in Parlamento da molti anni (come quello ad es. dell'On. Concia del 2008).

Orbene, nel nostro sistema il giudice giudica solo i casi posti al suo esame. E' di antica memoria il "da mihi factum, dabo tibi ius"/"narra il fatto e ti dò il diritto", brocardo che chiarisce e descrive i compiti del giudice sin dai tempi di Svetonio. Il

giudice non può mai sottrarsi alla decisione del caso accampando vuoti normativi, inesistenza di leggi od altro ma in ogni caso deve decidere e nel farlo i suoi strumenti sono le norme giuridiche, dunque la Costituzione e le norme nazionali e/o comunitarie in essere. Il giudice nel giudicare è soggetto solo alla legge, entro il cui perimetro deve muoversi, un "...perimetro non circoscrivibile a piacimento dalla politica", per citare ancora Stefano Rodotà [7]. Secondo la gerarchia delle fonti, in primo luogo, dunque decide applicando la Costituzione, che contiene la disciplina dei diritti fondamentali voluta dai costituenti, tra cui il principio fondamentale dell'“uguaglianza”. Uguaglianza formale (art. 3 Cost., 1° comma), individuando la norma le discriminazioni vietate per ragioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Uguaglianza sostanziale (art.3 Cost., 2° comma), posto che è in grado di far emergere le differenze individuali rendendole, al contrario del primo comma, rilevanti per il diritto. Differenze che sono, a ben vedere, "fonte di potere" e "prodotto del potere" e che costituiscono "distribuzione di potere" [8].

Poi le norme codicistiche e le leggi nazionali, ed ancora la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata su sesso, razza, origine etnica o sociale, lingua, religione, opinioni politiche, appartenenza a minoranza nazionale, patrimonio, nascita, handicap, età o tendenze sessuali.

Nel nostro ordinamento, va ricordato, non vi è vincolo dello "*stare decisis*", che esiste invece nei sistemi di "common law".

Le interpretazioni normative espresse in sentenza dai singoli giudici (monocratici o collegiali), per quanto autorevole sia l'organo che le ha emesse, non vincolano altri giudici, che possono decidere difformemente anche in casi analoghi.

Ogni sentenza poi nel nostro sistema "fa stato" solo dopo che è divenuta definitiva con il passaggio in giudicato per mancata sua impugnazione od a seguito della pronuncia dell'ultimo giudice, in caso di impugnazione.

In questo quadro, l'interpretazione sistematica ed evolutiva è il cuore del lavoro del giudice ed è la garanzia più autentica della difesa dei diritti umani.

Il diritto infatti, non è rigido e statico, ma vivente e lo è grazie agli apporti della dottrina ed all'interpretazione della giurisprudenza, specie in presenza di norme oscure o di "vuoti" normativi o di nuovi diritti.

Attraverso l'interpretazione dottrinale e giudiziaria il diritto si adegua ai mutamenti della società.

I giudici, con la loro individuale sensibilità, cultura e professionalità interpretano le norme e, con la lettura costituzionalmente orientata, possono non certo supplire all'inerzia del legislatore ma dare il loro singolo contributo (talora forte) all'evoluzione del diritto e, al contempo, portare all'attenzione del legislatore tematiche trascurate o "vuoti di tutela" spingendolo a legiferare (si pensi alle pronunce sul danno "biologico" oppure ad esempio, in un ambito vicino al tema, all'affidamento dei minori ed alla normativa intervenuta in tema di affido "condiviso").

A fronte pertanto del persistere del "silenzio" su diritti fondamentali (e, per quanto qui di interesse, anche sul tema di minori ed omogenitorialità) il giudice

deve, comunque e sempre, pronunciare sul caso che è posto al suo vaglio. Con la sentenza quindi non si sostituisce al legislatore ma -come già detto e diversamente da quanto ripetuto dalla politica (forse per distogliere l'attenzione l'inadempienza di quanto non si è fatto, non si fa o si attende di fare ascrivendo l'inerzia ad altri)- svolge invece proprio il compito assegnatogli dalla Costituzione (art. 101 Cost), quello di "giudicare", un compito particolarmente importante in uno Stato quale il nostro, che è uno stato costituzionale di diritto (Ferrajoli). L'operare della magistratura, nondimeno, può essere con facilità delimitato dalla politica stante la soggezione/subordinazione del giudice alla legge (la quale è frutto della volontà del legislatore), ma occorre che: *"...la politica, sappia fare il suo mestiere, cioè sappia produrre leggi quanto più possibile chiare e precise, onde siano ridotti quanto più possibile i margini della discrezionalità interpretativa e quindi dell'opinabilità della verità giudiziaria."* [9].

Nessuna forma, infine, di "supplenza giudiziale" è giustificata, trattandosi di violazione della separazione dei poteri, ma al riguardo occorre intendersi perché non vi è alcuna supplenza laddove il giudice *"...nella latitanza della politica, applica correttamente la legge"* [10]

### **3. "Omogenitorialità e minori"**

Il tema dell'omogenitorialità è molto controverso e nel nostro Paese suscita molto clamore e talora reazioni accese, emotive e veementi. E' certo ancora che tocca profondamente la vita delle persone che vi sono coinvolte. Impone pertanto nell'affrontarlo molta delicatezza e tanta tanta pacatezza.

La questione può essere approfondita da punti di vista culturali diversi. Parlarne, per il giurista, non è certo semplice e non lo è perché richiede un "sapere", almeno minimale, sugli approdi di altre scienze umane quali la filosofia, la sociologia, la scienza della politica, la pedagogia, la psicologia, di cui non sempre è a conoscenza, senza contare l'incidenza degli aspetti religiosi[11] e degli aspetti etici o morali, che per il poco tempo concessomi tralascierò di trattare, come parimenti di riferire sulle variegate (talvolta ambivalenti) posizioni della politica [12].

#### **3.1 "Omogenitorialità ed omosessualità, qualche dato statistico"**

Cerchiamo, in primo luogo, di capire cosa si intende per "omogenitorialità".

Il termine "homoparentalità", da cui il corrispondente in italiano "omogenitorialità", venne creato nel 1997 in Francia dall'A.P.G.L.-Associazione dei Genitori e Futuri Genitori Gay e Lesbiche per indicare le situazioni familiari in cui un adulto, auto-definitosi omosessuale, è "genitore" di bambino/i all'interno di una unione di tipo familiare.

Quando si parla di omogenitorialità può intendersi sia il desiderio di maternità/paternità di soggetti omosessuali e sia l'esistenza concreta ed attuale in soggetto omosessuale di genitorialità biologica, con responsabilità paterne/materne, nel caso di figli in precedenza procreati in altra storia affettiva o nati nell'ambito dell'unione di coppia (per ovodonazione o da utero in affitto di madre surrogata) od anche l'attualità di una genitorialità "sociale" (con desiderio

di adozione) in caso di convivenza con compagno/compagna "già genitore" di figli nati in altra relazione o procreati (con il supporto delle "nuove" tecniche) dalla coppia omosessuale.

Dal 1974 la "omosessualità" è stata eliminata dal DSM-Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi al Mentali.

L'omosessualità, dunque, altro non è che una delle possibili forme della sessualità, cioè: l'attrazione erotico-sessuale verso persone dello stesso sesso.

Qualche dato statistico può aiutare a valutare le dimensioni della questione omosessuale, anche se va tenuto conto che il fenomeno è in larga parte sommerso e che molte coppie omosessuali non si palesano e vivono la loro relazione in clandestinità.

Nel nostro Paese, secondo i pochi dati ufficiali, in generale gli omosessuali sono circa il 5% della popolazione, -i gay circa il 5,2% e le lesbiche il 4,7%-, di essi è genitore il 5% dei gay ed il 7% delle lesbiche.

Secondo l'Istituto Superiore della Sanità, sempre in base alla ricerca richiesta ad Arcigay [13], i minori cresciuti in Italia da genitori dello "stesso sesso" era nel 2007 pari al rilevante numero di 100.000. Ed ancora il 17,7% dei gay e il 20,5% delle lesbiche con più di 40 anni ha (almeno) un figlio.

Sono genitori un gay o una lesbica su 20.

Il 49% delle coppie omosessuali desidera adottare un bambino.

### **3.2 "Omogenitorialità/famiglie/minori"**

Si è già osservato che la famiglia tradizionale "patriarcale" nel nostro Paese è quasi scomparsa sopravvivendo solo in poche aree, per lo più rurali, del territorio nazionale e che, al suo posto, da nord a sud, vi sono altre "tipologie" familiari, tra loro molto variegata e complesse, tipologie che sono comuni anche alle coppie omosessuali (salvo, allo stato, ovviamente quella fondata sul rapporto di coniugio).

Così oltre alla famiglia "fondata sul matrimonio" vi sono le famiglie "di fatto", "mononucleari" (per scelta o vedovanza), "allargate", od ancora "ricostruite" o "ricomposte" dopo separazione/divorzio od anche "costellazioni familiari", famiglie tutte ove i legami di parentela sono spesso fortemente posti in discussione ed ove talora i minori sono esposti a situazioni conflittuali o perturbanti di certo dannose per la loro crescita e formazione.

Vi sono sempre più minori poi che, dopo separazioni e divorzi, crescono con un solo genitore: figli "senza padre/madre" nonostante le norme sull'affido "condiviso".

Non è nemmeno infrequente che il minore venga cresciuto non dal genitore "biologico" ma da quello "sociale" all'interno della famiglia allargata o ricomposta, da un soggetto con cui non ha alcun rapporto di parentela e solo un legame fattuale, oppure che la sua crescita venga demandata a comunità scolastiche e non, o religiose od altro. Talora, in ambito familiare, il minore viene cresciuto da uno o entrambi i nonni o dagli zii o da altri parenti, spesso con il continuativo supporto di terzi (baby-sitter, colf, "au pair" od altri), evenienza che talvolta ricorre anche quando i genitori siano assenti per lavoro o diletto, fenomeno

questo un tempo molto diffuso nelle famiglie della c.d. buona borghesia.

Va detto ancora che, secondo Gross [14], nel nuovo millennio ricorrono in generale due modelli di "famiglie" (cui, come già detto, le coppie omosessuali non si sottraggono):

- biparentale, in cui la coppia di due adulti (sposati o conviventi) alleva da sola la prole;
- multiparentale, ove più di due persone crescono ed allevano la prole.

A tali tipologie seguono riflessi diversi nella cura e crescita dei minori, che comunque possono essere positivi per lo specifico minore .

In ambito europeo vi sono nozioni diverse di "famiglia". Non vi è infatti unitarietà e, per quanto quivi di interesse, va detto che ad esempio alcuni Paesi membri dell'Ue (ad es. Francia, Germania, Spagna e Gran Bretagna) riconoscono i matrimoni tra persone dello stesso sesso e danno rilevanza ai rapporti di partenariato registrati quanto agli aspetti delle obbligazioni alimentari, che altri hanno trovato soluzioni intermedie e che altri ancora invece nessuna (tra i quali l'Italia). Inoltre le regolamentazioni giuridiche adottate sono variegatae (dai PACS francesi al matrimonio spagnolo).

Va rammentato ancora che la disciplina del diritto di famiglia non è tra quelle rientranti nel diritto dell'Unione, che dunque non può legiferare in tale ambito e che i Regolamenti, che si occupano del tema "familiare", lo fanno comunque sotto l'aspetto della cooperazione giudiziaria civile.

Nel nostro Paese ora le coppie omosessuali chiedono il riconoscimento del matrimonio o dell'unione civile (che comunque è una forma di discriminazione, anche se minore) e del diritto all'omogenitorialità, non vogliono continuare più a vivere in clandestinità occultando il loro legame. Rivendicano una regolamentazione giuridica che disciplini ogni effetto collegato, ponendo una regola giuridica "certa" nel loro rapporto, disciplinante anche gli effetti del loro legame verso i minori nell'evenienza -sempre possibile- della cessazione del rapporto affettivo per la fine e la rottura del legame omosessuale (con possibili susseguenti contese sul diritto di visita al minore o sul suo mantenimento) oppure per la morte di uno dei componenti della coppia (con eventuali contese con i parenti-eredi del/la defunto/a per l'accudimento del minore o per i diritti successori del minore nel caso di genitore sociale).

Le problematiche sollevate sono reali (vi sono stati già diversi giudizi) e, dunque, una loro disciplina appare commendevole ed urgente, anzi oramai improcrastinabile.

Nell'attesa dell'intervento legislativo, quale che sia la tipologia del "nucleo familiare" tra quelli stringatamente prima ricordati, è mia opinione che il bambino, comunque ed in ogni caso, abbia diritto di "vivere nell'amore", dunque abbia diritto alla cura di persone attente ai suoi bisogni e rispettose dei suoi tempi.

Ritengo vada data priorità ai "superiori" bisogni del bambino, "*the best interest of the child*", e che la vita del nucleo familiare vada strutturata con modalità che ne garantiscano prioritariamente la salute, il benessere, l'educazione e la crescita oltre che il "diritto alla felicità" che gli è riconosciuto dalla Convenzione di New York, "a prescindere" ed indipendentemente dagli orientamenti religiosi, culturali

o sessuali dei singoli componenti del nucleo "familiare".

L' idoneità genitoriale va valutata "in concreto" e distinta dall'orientamento sessuale del/i genitore/i, che non può/possono essere discriminato/i per tale sola ragione in assenza di concreta verifica dell'inadeguatezza e dell'effettivo nocimento per il minore, di quel singolo minore (cioè proprio quel bambino o ragazzo), tale da recargli danno nella crescita.

Tali considerazioni valgono tanto nel caso di genitore eterosessuale che in quello di genitore omosessuale. Nel caso di adozione della coppia omosessuale deve essere valutato e tenuto in considerazione, all'evidenza, più che il diritto delle coppie omosessuali, l'interesse del minore ed il suo diritto al "legame con la persona per lui fondamentale" non rilevando, in sé, gli orientamenti sessuali della stessa.

Sono conscia che sul piatto della bilancia vi sono diritti "fondamentali" in potenziale conflitto, quali: il diritto "alla famiglia", quale società naturale fondata sul matrimonio; il diritto "del minore"; il diritto "alla libertà sessuale" dei genitori; il diritto "di uguaglianza" (art. 3 Cost); quelli affermati dalle norme comunitarie, che proteggono l'individuo da ogni discriminazione legata all'orientamento sessuale (art. 8 e 14 CEDU-Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ed art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea); nondimeno ritengo che nella loro comparazione si debba sempre riconoscere "centralità" all'interesse del minore. E' irrinunciabile l'assicurare al bambino affetto e amore, dando quindi forza giuridica al vincolo affettivo che ha consolidato, negli anni, con l'adulto di riferimento .

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la pronuncia del 22.4.1997[15] ha affermato la priorità in forza dell'art. 8 CEDU dell'interesse del bambino, "centralità" che è stata poi ribadita in due decisioni più recenti. Con la pronuncia 22.1.2008[16] ha affermato che nella valutazione del migliore interesse del bambino rientrano le *"...indubbie qualità personali e l'attitudine per l'educazione dei bambini"*, con la pronuncia 21.12.1999 ha affermato che una distinzione "fondata sull'orientamento sessuale del genitore" violava gli artt. 8 e 14 Cedu [17] e con la (molto nota) pronuncia 24.6.2010 Shalk e Kopf c/Austria[18] ha esteso la nozione di "vita familiare" anche alle famiglie composte da persone dello "stesso sesso", evidenziando proprio la necessità per la tutela dell'interesse del minore di *"...valutare la situazione individuale di ogni persona coinvolta nella situazione specifica"*, valutazione nel caso esaminato per la quale aveva deciso di limitare il diritto "di accesso" di un genitore "transessuale" al minore, non per la sua diversità sessuale ma per la verificata sua inidoneità, data la verificata "instabilità emotiva" che poteva danneggiare il bambino nella crescita.

### **3.2. "Giudizi e pregiudizi"**

Le ragioni che vengono opposte al riconoscimento dell'omogenitorialità sono, più che tecniche, ideologiche spesso frutto di pre-giudizi, di irrazionali paure o di stereotipi e luoghi comuni.

Mi limito ad elencare quelle più frequentemente ricorrenti.



Si dice i figli *"devono avere una madre e un padre"* e che la coppia omosessuale deve accettare i limiti che *"per natura"* la sua condizione impone".

Si dice ancora che gli omosessuali, lesbiche o gay *"non sono in grado di crescere un figlio"* e che le loro relazioni affettive *"sono meno stabili di quelle eterosessuali"* e *"non offrono garanzia di continuità familiare"*.

Si dice anche che *"i figli di persone omosessuali divengano, a loro volta, omosessuali"*.

Si dice che *"i figli di persone omosessuali hanno più problemi psicologici di quelli di persone eterosessuali"* e che *"sono oggetto di discriminazione sociale, lesiva per la loro buona crescita"*[19].

Si tratta di affermazioni all'evidenza apodittiche, sulle quali il giudice non può basare la sua sentenza, dovendo decidere in base ad obiettivi riscontri del concreto documento del minore, previo accertamento del se le figure genitoriali di riferimento diano al bambino un effettivo sostegno, lo educino e lo aiutino a crescere ed ancora siano capaci di affetto ed amore e sappiano valutare e rispettare i suoi bisogni e necessità.

Certo, nonostante le nuove frontiere della medicina, si obietterà, all'origine della vita vi è (tuttora) l'unione dei gameti maschili e femminili nell'utero femminile.

Tale fatto è innegabile ma va distinto dalla "idoneità genitoriale" (etero od omosessuale, che sia) e mai, da solo, può portare alla negazione dell'omogenitorialità.

Nel vuoto legislativo e nell'assenza di certezze scientifiche[20] il giudice nel decidere il caso di "quel singolo minore" è tenuto -lo ripeto- ad accertare con rigore l'esistenza o meno di ragioni preclusive e di effettivo e concreto documento al suo *"best interest"*. Sono, devo dire, valutazioni usuali, che i giudici hanno effettuato in tutti i casi che ho esaminato (e di cui parlerò a breve).

### **3.3 "Omogenitorialità e minori nella (scarna) giurisprudenza italiana"**

I relatori che mi hanno preceduto hanno già parlato di "matrimonio/unione civile/rapporti di parternariato (e loro effetti) nella giurisprudenza italiana e comunitaria", oltre che del dibattito americano sul *"same sex marriage"*, dunque passo subito ad affrontare il tema "omogenitorialità e minori".

Il quadro giurisprudenziale è scarno e sono pochi gli arresti giurisprudenziali (taluni molto controversi) in materia di affido o di adozione "non legittimante".

Spesso, a fronte di tali tematiche, vengano tirati in ballo il c.d. diritto naturale o le ragioni "famiglia del sangue" ovvero quelle della "famiglia degli affetti".

La magistratura non ne è immune.

Faccio, al proposito, una breve digressione per rammentare quanto accadde dopo la legge 5.6.1967 n. 431 intitolata *"Dell'adozione" ed inserimento del nuovo capo III con il titolo "Dell'adozione speciale"*, legge che ebbe forza dirompente, avendo introdotto nel nostro ordinamento l'adozione "speciale", e che rivoluzionò i rapporti genitori-figli (finalmente) considerati soggetti, titolari del diritto inviolabile a diventare "persona".

La nuova normativa sull'adozione "speciale" suscitò immediatamente resistenze e

contrasti, fronteggiandosi i sostenitori della "famiglia del sangue" e quelli della "famiglia degli affetti".

I giudici che sostennero i diritti assoluti della famiglia "di sangue" ricorrevano nel farlo soprattutto a motivazioni ideologiche più che ad argomentazioni tecniche[21] e il loro primo attacco alla legge fu quello al "*potere del giudice di recidere coattivamente il rapporto di filiazione*" con un argomento suggestivo, quello dell'adozione "*...come espropriazione dei bambini delle famiglie povere per darli alle famiglie ricche...*", tuttora (purtroppo) utilizzato da taluna parte della stampa e non.

La Corte d'appello di Palermo ad inizio anni settanta sollevò la questione di costituzionalità basata proprio su tale argomento, questione dichiarata "non fondata" dalla Corte costituzionale con sentenza n. 234 del 1975, che affermò "*...Pur dovendosi riconoscere che la situazione di abbandono materiale e morale di minori di anni otto, più facilmente si verifica nell'ambito delle famiglie meno abbienti, che non si può tuttavia non tener presente che detta situazione, nella previsione normativa e nella sua pratica verificaione, non è necessariamente collegata alla condizione economica familiare e può non sussistere anche se i genitori non siano in grado di mantenere i figli (arg. ex art. 314/4, 2° comma). Non si presta, perciò, ad essere condivisa dalla Corte l'affermazione, contenuta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui "la legge colpisce unicamente le classi povere, accentuando, rispetto ai genitori, le disuguaglianze determinate da situazioni di ordine economico, anziché contribuire a rimuoverle..."*", così ponendo bene in luce lo stereotipo culturale nascosto.

Passiamo ora all'esame delle poche decisioni giurisprudenziali in materia di omogenitorialità.

**1.** Il primo caso che vi espongo è stato oggetto di ben due decreti del Tribunale per i Minorenni di Milano ed è relativo a bambini, nati a seguito di inseminazione artificiale di amico comune alla coppia composta da donne e cresciuti dalla madre biologica e dall'ex sua convivente, sino alla separazione. Dopo qualche anno di legame, infatti, le donne si separarono ed a seguito di ciò la madre "non biologica" si rivolse ex art. 317 bis c.c. al T.M. per ottenere l'affidamento "condiviso" ed il riconoscimento del suo diritto di visita ai minori.

Il Tribunale per i Minorenni di Milano il 2.11.2007 [22] reputò la ricorrente non legittimata "ad agire" in quanto "*...non titolare del diritto potestativo di ottenere una decisione nel merito, posto che la titolarità della potestà parentale spetta unicamente ai "genitori" presupponendo un rapporto di filiazione, biologica o legale (si vedano le ipotesi di adozione) e la ricorrente non era portatrice di "responsabilità genitoriale" quale insieme dei poteri-doveri tesi ad assicurare il benessere materiale e morale del minore e neppure legittimata a chiedere un provvedimento che sia espressione dell'esercizio della potestà genitoriale..*" ma nondimeno trasmise gli atti al P.M. "*...perché valutasse l'eventuale richiesta di apertura di un procedimento ai sensi degli artt. 330 e ss. c.c.*" a tutela dei minori.

Il P.M. il 14.12.2007 chiese allora procedersi per "*...acquisire più approfonditi accertamenti sulle condizioni di vita e sulla situazione psicologica dei minori al*

*fine di offrire agli stessi supporti sia per sostenere la confusività della situazione, sia per meglio comprendere se sia necessario tutelare il rapporto...".*

Il Tribunale per i Minorenni di Milano il 20.11.2009 [23] ritenne sussistere la sua competenza al fine di "... proteggere il minore nel caso di un uso distorto o inappropriato della potestà genitoriale che implichi comportamenti pregiudizievoli al figlio..." e, dopo avere disposto c.t.u., escluse la sussistenza di nocimento della madre "biologica" "...tali da giustificare l'assunzione di provvedimenti limitativi della potestà genitoriale" pur affetta da "...problematiche di personalità ... dinamiche relazionali idonee a creare un potenziale rischio evolutivo per i minori..." e archiviò il procedimento, non essendo "...ravvisabili comportamenti della madre tali da giustificare una limitazione della potestà genitoriale; tanto meno nella relazione tra i bambini e la sig.ra xxxx . In particolare non vi è l'insuperabile necessità di disporre oggi la ripresa della relazione tra xxx e xxx e la sig.ra xxx non essendo emerso che l'assenza di rapporti tra gli stessi sia causa di quel grave pregiudizio che solo giustificerebbe l'intervento del T.M. ai sensi degli artt. 330 e segg. c.c..." con monitoraggio tuttavia della situazione per "...evitare che il rischio evolutivo potenziale..." in quanto, pur avendo la madre biologica bisogno di sostegno psicologico, non poteva che "...prendere atto delle difficoltà della madre di accettare questo verificato bisogno e che l'assenza di alleanza terapeutica vanificherebbe ogni effetto positivo dell'eventuale percorso intrapreso ma non può esimersi dal considerare gli aspetti salienti della personalità della madre, connessi anche al suo vissuto, e i rischi di pregiudizio alla sana crescita evolutiva dei minori che le sue modalità comportamentali e relazionali possono provocare e dall'invitare la madre a seguire le indicazioni dei CTU...", cosicché i servizi sociali dovevano vigilare sul percorso evolutivo dei bambini riferendo "...nel momento in cui il rischio potenziale ravvisato dai CTU dovesse divenire rischio concreto e di offrire alla madre un sostegno psicologico". A seguito di tali decisioni venne reputato di prioritario interesse dei minori restare con la sola (pur problematica) madre "biologica" sia pure sotto monitoraggio dai servizi sociali, senza riconoscimento della frequentazione o del diritto di visita alla madre "sociale".

**2.** Il secondo caso è stato deciso dalla Corte di Appello di Brescia il 1-26.7.2011 [24], la cui sentenza è stata poi confermata dalla Corte di Cassazione con la nota sentenza 11.1. 2003 n. 603.

Dopo la separazione dalla compagna, un padre musulmano contestò il mancato affidamento "condiviso" del figlio minore e l'avvenuto suo affidamento "esclusivo" alla madre, senza valutazione a suo dire del "negativo contesto familiare" ove il piccolo era costretto a vivere e delle ripercussioni conseguenti sul piano educativo e di crescita per la "...relazione sentimentale della madre, ex tossicodipendente con la ex educatrice della comunità di recupero...", rammentando di essere "...cittadino del Marocco, di religione e cultura musulmana" che gli impedivano di accettare tale nuovo contesto familiare.

La Corte bresciana ritenne il reclamo carente sotto il profilo della "...specificità dei motivi" per la mancata dimostrazione dei fatti esposti, rilevando che non erano state dedotte "...quali particolari ripercussioni non avrebbe il primo giudice

*considerato sul piano educativo e di crescita del minore che deriverebbero dal contesto familiare in cui vive, che avrebbero dovuto consigliare la soluzione dell'affidamento condiviso tra i genitori ed escludere quello esclusivo alla madre". Ed ancora che il minore pacificamente aveva "...assistito all'episodio della violenza da agita dall'appellante nei confronti della compagna della madre ed avendo il bambino conseguentemente maturato una rabbia nei confronti del padre..." e giudicò che il T.M. di Brescia aveva ben valutato "...il miglior interesse del minore nel ritenere che l'episodio abbia per lui costituito una situazione di pregiudizio, a prescindere dal fatto che l'aggressione non sia stata realizzata nei confronti della madre, essendo, in ogni caso, stata realizzata a danno di una persona pur sempre ad egli familiare, trattandosi della convivente...e che la difficoltà di accettare per nascita e formazione culturale il contesto familiare in cui il proprio figlio cresce... non può rendere meno grave la valutazione della sua condotta violenta, stante la reazione che ha provocato nel bambino...", essendosi il padre anche allontanato, da oltre un anno, dal figlio e non avendo mai lo stesso accettato gli incontri "protetti", fatti questi che "...confermavano un comportamento non improntato ad una volontà di positivo recupero delle proprie funzioni genitoriali e poco coerenti con la richiesta di affidamento e di incontri liberi con il figlio".*

La Corte di Cassazione, nel confermare la decisione, con sentenza del 11.1.2013 n. 601[25] ha rilevato che "...Alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino, che dunque correttamente la Corte d'appello ha preteso fosse specificamente argomentata", così autorevolmente affermando la necessità che l'idoneità genitoriale vada distinta dall'orientamento sessuale e l'irrilevanza giuridica della stessa "salvo sia in concreto effettivamente pregiudizievole per il bambino", essendo significative solo le qualità personali del genitore e il suo rapporto con il figlio. Ha dato rilievo alla "centralità" del minore, come riconosciuto (supra) nelle decisioni della Corte Europea di Strasburgo.

**3-** Il terzo caso che voglio ricordare è il decreto del giudice tutelare del Tribunale Parma del 3.7.2013 [26] che decidendo in un caso di affidamento etero-familiare di minore a coppia "di fatto", i cui componenti erano omosessuali, ha reputato prioritario individuare "...l'esatto significato del termine "famiglia" nell'ambito dell'ordinamento vigente", ai fini dell'affido consensuale eterofamiliare temporaneo..." istituito "... non ... preordinato all'adozione, ma al perseguimento del benessere dei bambini, assicurando a quelli in gravi difficoltà un contesto di cura amorevole da parte di persone a ciò idonee. Le caratteristiche fondamentali dell'istituto in commento sono, infatti: l'eccezionalità e la temporaneità; il consenso formalizzato degli esercenti la potestà; il mantenimento dei rapporti con i genitori in previsione del rientro nella famiglia d'origine; l'inserimento del minore viene in una "famiglia" che non ha con lui legami di parentela (oppure oltre il 4° grado)...". Il giudice, effettuato un approfondito ed attento esame della normativa

nazionale, oltre che comunitaria, regionale e comunale (citata), ha rilevato la "...assenza.. di una precisa definizione legislativa volta a escludere un nucleo composto da persone dello stesso sesso dal concetto di "famiglia" rilevante ai fini dell'affido del minore non in stato di abbandono; ...mancanza di qualsivoglia richiamo al matrimonio quale vincolo che unisca gli affidatari, diversamente da quanto avviene, come noto, nell'art. 29 della Costituzione, coerentemente con la possibilità, espressamente contemplata, di assegnare il minore a una persona singola..." e quindi concluso che era "...ragionevole interpretare la nozione di famiglia rilevante in questa sede prendendo le mosse proprio dall'omissione di cui si è ora detto; invero, la normativa ordinaria che disciplina la materia...è intervenuta tutta in un momento successivo all'entrata in vigore della Carta Costituzionale e ciò consente di ritenere che la lacuna in questione sia frutto di una scelta deliberata. Siffatta conclusione trova d'altronde conferma nell'articolo 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184, laddove ai fini dell'adozione il legislatore richiede, al contrario, che i futuri genitori siano uniti in matrimonio. In altri termini, ciò che rileva in questa sede è la sussistenza di una situazione di fatto paragonabile al contesto familiare sotto il profilo accuditivo e di tutela del minore; in ipotesi, persino un nucleo composto da due consanguinei del medesimo sesso potrebbe essere valutato idoneo a tal fine dal competente Servizio Sociale..". Ha, in conseguenza, affermato "...che scopo dell'affido eterofamiliare è il perseguimento del miglior interesse del minore, come si evince dall'ultimo comma dell'articolo 1 della legge 4 maggio 1983, n. 183, modificato dalla legge 28 marzo 2001, n. 149; sotto altra prospettiva, deve senz'altro escludersi un diritto di adottare in capo ai soggetti adulti, a maggior ragione laddove trovi applicazione l'istituto in questione, che presuppone non già uno stato di abbandono ma un transitorio momento di difficoltà dei genitori effettivi (o, come nel caso di specie, dell'unico genitore esercente la potestà). Alla luce di quanto sinora premesso si deve, dunque, ritenere che il fatto che i componenti del nucleo abbiano il medesimo sesso non possa considerarsi ostativo all'affidamento di un minore. Ciò, anche tenuto conto che, come rilevato da recente giurisprudenza di legittimità, in assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza, costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale..." e quindi, stante le positive informazioni avute dai servizi sociali sull'idoneità della coppia affidataria, ha coerentemente dichiarato esecutivo il provvedimento di affidamento familiare della minore.

**4-** Il quarto caso che vi propongo è quello deciso dal Tribunale per i Minorenni di Bologna, che con decreto del 31.10.2013 [27] ha rigettato il ricorso del P.M. avverso un decreto del Giudice Tutelare, che aveva dichiarato esecutivo il provvedimento di affido "consensuale" di una minore a coppia omosessuale. Il P.M. aveva lamentato, oltre ad irregolarità procedurali, anche l'assenza di stabilità della coppia, il non essere stata privilegiata una "coppia con figli" e il vivere "...la sedicente coppia...l'esperienza dell'affido come un surrogato di genitorialità...", concludendo che era "...incredibile... la circostanza assunta dell'impossibilità di reperire una coppia con figli idonea all'affido" e che "...la scelta

*degli affidatari...era frutto di una vera e propria sperimentazione socio-giuridica più che frutto di una ordinaria prassi".*

Il T.M. di Bologna, dopo avere rammentato la diversità dei presupposti e delle finalità tra l'affido e l'adozione, ha osservato che nell'affido erano potenziali affidatari anche "singoli individui" *"...quindi, in base ad un necessario passaggio logico-giuridico, anche le coppie di fatto (cioè composte da due singoli individui alla cui unione il Legislatore non connette la produttività di effetti giuridici) come quelle di consanguinei ovvero dello stesso sesso, legate da qualunque tipo di rapporto, purché... stabili e con caratteristiche tali da apparire idonee ad assicurare al minore il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno.."* e ritenuto assenti gli impedimenti all'affido alla coppia "same sex" in quanto l'omosessualità non era *"...ostativa all'affidamento della minore"* richiamando la giurisprudenza di legittimità surricordata, atteso anche che il caso esaminato era relativo ad un istituto di carattere strettamente temporaneo come quello dell'affidamento consensuale. Ha evidenziato a corredo: che i genitori biologici della bimba avevano dato il loro consenso all'affido; che la coppia "di fatto" era stabile essendo legata da 12 anni e convivente da 6; che non era stata reperita altra coppia disponibile e che per "quella minore" era comunque preferibile la soluzione adottata rispetto a quella della *"comunità familiare completa"* per la personale sua "storia di vita" e per la composizione del gruppo familiare originario (convivendo con la madre e la sorella in stabile assenza del padre, che ritornava in famiglia una volta l'anno), inoltre avendo i servizi sociali accertato che la bimba *"..si era sempre relazionata a figure familiari femminili sia in comunità sia nel nucleo originario, così da apparire opportuno un suo inserimento in un contesto esclusivamente maschile del tutto dedicato a lei seppur a tempo determinato..."* e che la madre (con l'altra figlia) era una "abituale" frequentatrice della coppia di affidatari.

**5-** Il quinto caso è quello del Tribunale per i Minorenni di Palermo, che con decreto del 4.12.2013 [28] ha affidato un "quasi maggiorenne" (da tempo in comunità) ad una coppia omosessuale, da un lato posto che l'età del ragazzo comportava *"...maggiori difficoltà nel reperire soggetti disponibili all'affido etero familiare, che ben potevano essere affidatarie le coppie "di fatto" e, al contempo, considerato che "...la circostanza che tali adulti abbiano il medesimo sesso non può per ciò solo considerarsi ostativa all'affidamento eterofamiliare, tenuto conto, per un verso, dell'assenza nella normativa nazionale di una precisa disposizione al riguardo specificamente riferibile all'affido del minore che non versi in stato di abbandono, e, per altro verso, dell'ampio concetto di legame familiare quale elaborato - con esplicito richiamo alle unioni omosessuali - anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (24.6.2010, Schalk e Kopf c/ Austria), in aderenza ai dettami della Carta di Nizza, che impedisce le discriminazioni fondate sul sesso e sull'orientamento sessuale..."*. Il T.M. di Palermo nel decidere lo specifico caso al suo esame, non ha nascosto *"...che l'inserimento di un minore in tenera età all'interno di una coppia di persone dello stesso sesso potrebbe attivare dinamiche ben diverse rispetto all'inserimento di un giovane con una personalità strutturata e con orientamenti sessuali già ben definiti..."* ma ha

affermato di avere accertato che, per le risorse personali, la qualità della relazioni intrafamiliari, le informazioni della coppia (convivente da 12 anni ed iscritta nel registro comunale), la entusiastica adesione del ragazzo, questi aveva *"...strumenti necessari per distinguere nettamente il ruolo dei componenti della famiglia di sangue da quello degli aspiranti affidatari, il cui orientamento sessuale gli è noto da sempre e risulta non svolgere alcuna significativa incidenza sul legame instaurato con gli stessi... (...iscritti nel registro delle coppie di fatto istituito nel Comune di Palermo) denotano una sensibile capacità di apertura e di accoglimento consapevole della specifica storia personale del giovane, e si sono mostrati in grado di garantirlo nelle sue esigenze di sviluppo, offrendogli una base sicura e consentendogli di fruire al momento di una adeguata funzione genitoriale"*. I giudici, dunque, anche nel caso esaminato hanno tenuto conto della "centralità" dell'interesse del minore e della carenza di elementi probanti l'esistenza, anche solo eventuale, di un qualsivoglia documento per "quel ragazzo" correlato all'affido in questione [29].

**6-** Vi sono poi casi più risalenti nel tempo, quali il decreto Tribunale di Bologna del 15.7.2008 [30] che, in un caso di separazione coniugale e affidamento della bambina di quattro anni ad entrambi i genitori (il cui padre, dopo anni di matrimonio, aveva scoperto di essere omosessuale), ha ritenuto che non vi erano elementi ostativi all'applicazione del regime ordinario di affidamento essendo *"...del tutto generiche, o indimostrate, sono le affermazioni circa una presunta inadeguatezza o la mancanza di interesse del padre (al contrario, il padre chiede di poter trascorrere più tempo con la figlia e di avere più informazioni dalla madre e riconosce l'utilità di un percorso «progressivo, supportato da uno psicologo» che aiuti i genitori a preparare e informare correttamente la figlia; la stessa madre si dice favorevole a che (...) veda di più il padre), il semplice fatto che uno dei genitori sia omosessuale...non giustifica e non consente di motivare- la scelta restrittiva dell'affidamento esclusivo...D'altronde, la stessa convenuta dichiara di non avere «niente contro gli omosessuali»*. In realtà, nel caso di specie i genitori, che comunicano poco e male (del tutto insufficiente è lo scambio di SMS), non sono ancora riusciti ad affrontare in modo profondo di efficace la questione relativa ai modi e ai tempi da seguire nel presentare a (...) il tema dell'omosessualità paterna. Sarà cura di entrambi genitori quella di attivarsi con l'ausilio di esperti che godano della loro fiducia, senza rimuovere un problema che riguarda in primo luogo proprio la coppia genitoriale e che il semplice trascorrere del tempo non aiuterà a risolvere..." ed ha disposto l'affido "congiunto" della minore ad entrambi i suoi genitori.

Ed ancora va rammentata la sentenza della Corte Cassazione 25.7.07 n. 16417 [31] che, pur pronunciando in diversa materia, ha ritenuto l'omosessualità quale *"..condizione dell'uomo degna di tutela in conformità ai precetti costituzionali"* e manifestazione del *"diritto alla realizzazione della propria personalità"* [32].

Ed ancora la sentenza del Tribunale di Napoli del 28.6.2006 [33] che, pronunciando in un complesso caso di separazione giudiziale, ha accolto la

domanda di "addebito" della separazione al marito per episodi di violenza "domestica" in danno della moglie e rigettato, invece, quella formulata a carico della moglie per la pretesa sua relazione con altra donna, affermando in un lunghissimo "obiter dictum" che *"...la relazione omosessuale può dare luogo "in casi specifici" ad un giudizio negativo sull'idoneità genitoriale solo se posta in essere con modalità tali da pregiudicare l'equilibrato sviluppo psicofisico del figlio dodicenne, così come può valere in caso di una nuova relazione o convivenza eterosessuale..."* e che *"...prima ancora della valutazione dell'idoneità genitoriale, è di per sé irrilevante e giuridicamente neutra sia la condizione omosessuale del genitore di riferimento, sia la circostanza che questi abbia intrapreso relazioni omosessuali. L'atteggiamento di ostilità, più o meno velata, nei confronti dell'omosessualità, nel settore in oggetto, è ormai frutto di meri stereotipi pseudoculturali, espressione di moralismo, e non di principi etici condivisi. Soprattutto non vi è, né può esservi, alla base di siffatta prevenzione, alcun fondamento normativo..."* e che *"...L'omosessualità infatti, e beninteso, è una condizione personale, e non certo una patologia, così come le condotte\relazioni omosessuali non presentano, di per sé, alcun fattore di rischio o di disvalore giuridico, rispetto a quelle eterosessuali. L'omosessualità del genitore si pone – ai fini che qui interessano – in termini non diversi dalle opzioni politiche, culturali e religiose, che pure sono di per sé irrilevanti ai fini dell'affidamento. Ciò è tanto più vero con riferimento a contesti socio-culturali elevati, quale è quello delle parti, in cui le antiche prevenzioni verso l'omosessualità dovrebbero essere superate. Beninteso, la relazione omosessuale del genitore potrà in concreto, vale a dire in casi specifici, fondare un giudizio negativo sull'affidamento o sull'idoneità genitoriale, solo allorquando (ma si tratta di ipotesi residuali, e non a caso la giurisprudenza rinvenuta non è recente) sia posta in essere con modalità pericolose per l'equilibrato sviluppo psico-fisico del minore. Tanto però può affermarsi anche per una relazione eterosessuale..."*.

**7-** Va ora rammentata la recentissima sentenza del Tribunale per i Minorenni di Roma del 30.6.21014, che si è occupata del primo caso nazionale di "stepchild adoption", il caso di due donne conviventi da più di dieci anni e sposate in Spagna, che avevano avuto un figlio in Spagna con fecondazione "eterologa" ed in cui la madre "sociale", dopo quattro anni, aveva chiesto l'adozione "non legittimante in casi particolari" della bimba, onde ottenere il riconoscimento del suo legame genitoriale e l'attribuzione alla piccola del suo cognome nonché il riconoscimenti dei diritti e doveri correlati alla genitorialità.

Il T.M. di Roma nel decidere il ricorso ex art. 44 lett. d) legge adozioni ha affermato che *"..non possono esservi pregiudizi legati alla discriminazione basata sull'orientamento sessuale..."* e che *"...una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato e l'adeguatezza degli adottanti di prendersene cura, un'interpretazione dell'art. 44 lett. d, l 184/83, che escludesse l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità....sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di eguaglianza e della tutela dei diritti fondamentali..."* e che *"..il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari*



*non sia tanto legato alla forma che il gruppo assume quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno ...non sono né il numero né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì, le loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano...*" e, pertanto, ha accolto il ricorso reputando applicabile alla fattispecie la norma invocata e rispondente al superiore interesse del minore l'adozione "non legittimante" richiesta. Dunque ancora una volta giudicando in concreto e valutando la centralità del minore, quel minore.

In precedenza la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la decisione del 15.3.2012 si era occupata di "*step-parent adoption*" nel caso di una coppia dello stesso sesso, legata da un "Pacte civile de solidarité"-PACS (che prevedono effetti giuridici quanto al legame omosessuale ed al diritto successorio, ma non anche sui diritti genitoriali e l'adozione), la cui domanda di adozione era stata rigettata "*...nonostante la verifica della presenza delle condizioni per l'adozione secondo la legge nazionale...*" in quanto i giudici dello Stato l'avevano ritenuta "*contraria al "best interest" del minore*", l'attribuzione infatti della potestà genitoriale alla "madre sociale" avrebbe comportato la privazione alla madre "biologica". Ha affermato ancora che la discriminazione nei confronti della coppia "same sex" sarebbe potuta sussistere ove la legge francese avesse invece permesso questo tipo di "*adozione semplificata*" ad una coppia eterosessuale legata da PACS[34].

Successivamente, con la sentenza del 19.2.2013, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha diversamente deciso il caso di una coppia di donne omosessuali, ove la madre "sociale" voleva adottare il figlio "biologico" nato alla sua compagna in contrasto con l'art.182, secondo comma, codice civile austriaco (ABGB), che allora prevedeva l'adozione solo per le coppie eterosessuali "*anche non coniugate*" ed ha ritenuto che tale esclusione violasse gli artt. 8 e 14 della CEDU, essendo il punto decisivo quello del riconoscimento della "relazione" tra i genitori e che il consentire l'adozione del figlio "sociale" solo alle coppie di fatto eterosessuali integrasse una discriminazione ingiustificata nei confronti dei minori membri di una famiglia composta da una coppia dello stesso sesso.

L'Austria dopo la decisione CEDU si è adeguata ed ha modificato la normativa interna nazionale.

#### **4. Conclusioni**

Nell'attesa dell'intervento del Legislatore [35] va in conclusione riconosciuto che, quale che sia la tipologia del "nucleo familiare", debba essere sempre privilegiato il diritto del bambino alla cura di persone attente ai suoi bisogni e rispettose dei suoi tempi e del suo diritto a "vivere nell'amore".

La "centralità" del minore va affermata per ogni tipo di coppie genitoriali, sia eterosessuali che "same sex", legami nei quali la vita del nucleo familiare comunque va strutturata con modalità che garantiscano prioritariamente la salute, il benessere, l'educazione e la crescita, oltre che ovviamente il diritto alla felicità del bambino. Un diritto che gli è riconosciuto dalla Convenzione di New York e che è del tutto indipendente dagli orientamenti religiosi, culturali o sessuali

dei singoli componenti del nucleo "familiare", salvo venga verificato un concreto suo nocumento.

Quanto ai diritti delle coppie "same sex", occorrerà tempo per superare giudizi e (pre)giudizi o gli stereotipi esistenti, come già avvenuto in altri Paesi.

Lo confermano le recenti dichiarazioni rese in una intervista dal giudice della Corte Suprema Americana Ruth Bader Ginsburg, che ha affermato che il cambiamento di percezione dei cittadini americani rispetto al divieto di matrimonio fra persone "same sex" è stato determinato "...dal venire allo scoperto delle coppie omosessuali" e che "...avere persone a noi vicine che ci dicono quel che sono, sta facendo cambiare l'atteggiamento di questo Paese" [36] .

Qualcosa anche in Italia sta già cambiando.

La società italiana è in mutamento, lo si percepisce sempre maggiore frequenza, se non usualità, della presenza di famiglie "same sex" nella pubblicità o nei programmi televisivi di successo, ovvero in film o nei quotidiani di stampa e riviste ad alta tiratura.

Il mutamento di cultura appare più evidente nei giovani, così desidero lasciare loro la parola finale di questo mio intervento facendovi ascoltare un frammento, piccolo piccolo, tre minuti appena, delle (variegata) voci di adolescenti ed universitari che compongono l'interessante lungometraggio "Non tutti sono eterosessuali" [37], realizzato nel 2013 dal Parlamento degli Studenti della Regione Toscana (tra le poche regione italiane che ha istituito il detto organismo) e da Ireos mediante interviste a studenti effettuate da altri studenti toscani.

Sono parole spontanee, sincere, pacate, chiare, talora argute, prive di imbarazzo o timori e, tanto meno, di aggressività od emotività.

Sono le voci dei giovani, i nostri giovani, il futuro di questo Paese, le cui parole meglio di altre aiutano a comprendere e rendono evidente l'irreversibilità del cambiamento in atto.

Vi ringrazio per l'attenzione

Carla Marina Lendaro [38]

[1] Stefano RODOTA' "Il diritto di avere diritti", Laterza 2012

[2] Antonio RUGGERI ""Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo", [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it) Università degli Studi Cassino e Lazio Meridionale

file:///D:/Ruggeri%20%20appunti%20per%20una%20voce%20di%20enciclopedia%20sulla%20dignit%C3%A0%20dell'uomo.pdf

[3] A. ROSSI DORIA, Diventare cittadine, Il voto alle donne in Italia, Giunti, Firenze 1996

[4] Chiara SARACENO - "La famiglia nella società contemporanea", Loescher, 1975 e di recente, "Coppie e famiglie. Non è questione di natura", Feltrinelli, Milano 2012

[5] Arturo Carlo JEMOLO - "La famiglia e il diritto", in Ann. Sen. Giur. Università di Catania, 1948, III

- [6] Antonio CICU - *"Il Diritto di Famiglia"*, 1914, ristampa Rizzoli
- [7] Roma 30.5.2014 "La Costituzione e la discriminazione matrimoniale delle persone gay, lesbiche e delle loro famiglie", giornata di studio organizzata da Magistratura Democratica, Articolo 29 e Rete Lenford.
- [8] B. PEZZINI e S. TROILO (a cura di), *La Costituzione riscritta*, Giuffrè, Milano, 2006.
- [9] L.Ferrajoli,2014, [http://unacitta.it/newsite/intervista\\_stamp\\_a.asp?rifpag=homeecosasuccede&id=2369&anno=2014](http://unacitta.it/newsite/intervista_stamp_a.asp?rifpag=homeecosasuccede&id=2369&anno=2014)
- [10] L. Ferrajoli, ibidem
- [11] Ma come tuttavia dimenticare le parole di Papa Francesco " *...Se una persona è gay e cerca il Signore e ha buona volontà, chi sono io per giudicarla?*" (Corriere della Sera 23.7.2013, con intervista-video, vedasi [http://www.corriere.it/cronache/13\\_luglio\\_29/intervista-papa-lobby-gay-ratzinger-scarano\\_6c99664c-f83d-11e2-a59e-96a502746665.shtml](http://www.corriere.it/cronache/13_luglio_29/intervista-papa-lobby-gay-ratzinger-scarano_6c99664c-f83d-11e2-a59e-96a502746665.shtml)) ? E, al contempo, come non ricordare le parole qualche anno prima di Papa Benedetto XVI, che nella Esortazione Postsinodiale *"Sacramentum caritatis"* invocò invece che i *"...politici e legislatori cattolici di tutto il mondo...consapevoli della loro grave responsabilità sociale...niente leggi che vadano contro la "natura" umana..."*? Mi sembra di interesse tuttavia rammentare che, come verificato dallo studioso D. BORILLO in *"Matrimonio e differenza sessuale: un'evidenza che si dissolve"* in Manifesto libri, 2004 e prima ancora da J.BOSWELL *"Le union de même sex dans l'Europe antique et médiévale"* Fayard, Paris, nella Chiesa tra il IV<sup>^</sup> ed il XII<sup>^</sup> secolo erano in uso diverse formule sacerdotali proprio per benedire le coppie dello "stesso" sesso.
- [12] Al riguardo non si può tuttavia omettere di ricordare le parole di Rosi Bindi che, al Convegno "Tempi Moderni e Famiglia" di Roma del 12 marzo 2007, disse " *...il desiderio di maternità e di paternità un omosessuale se lo deve scordare. [...] il legislatore deve tutelare il bambino, compreso quello che vive solo, dalle suore, o in un istituto trattato male, o in Africa. Paradossalmente è meglio che stia in Africa nella tribù, piuttosto che cresca con due donne o con due uomini. Non ho dubbi da questo punto di vista...*"
- [13] <http://www.arcigay.it/report-omofobia-italia-2008-2009/>
- [14] Gross, M., *"L'Homoparentalité"*, 2003, Presses Universitaires de France (PUF), Paris
- [15] [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_20\\_1.wp?facetNode\\_1=0\\_8\\_1\\_41&previousPage=mg\\_1\\_20&contentId=SDU630973](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=0_8_1_41&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU630973), <http://www.osservatoriodedu.eu/Database/Sentenze/SH%20e%20altri%20c%20Austria.pdf>  
M.G. Ruo "Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dei Diritti dell'Uomo" [https://www.unirc.it/documentazione/materiale\\_didattico/697\\_2011\\_1174\\_12620.pdf](https://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/697_2011_1174_12620.pdf)

[16] <http://www.respamm.it/filesoss/167447.pdf> , <http://www.retelenford.it/articolo/la-corte-europea-dei-diritti-delluomo-sulle-discriminazioni-danno-di-persone-omosessuali>

[17] Per una veloce disanima della giurisprudenza comunitaria vedasi Elena FALETTI "*Orientamento sessuale e genitorialità: una analisi comparata tra la giurisprudenza della corte interamericana dei diritti umani e delle corte europea dei diritti umani*", in *Questione Giustizia* n. 1/14 - Angeli

[18] [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{\"itemid\":\[\"001-99605\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{\) , <http://www.rivistaaic.it/il-matrimonio-omosessuale-al-vaglio-della-corte-di-strasburgo-ovvero-la-negazione-virtuosa-di-un-diritto.html> ,

[19] Per la disamina delle contrapposte ragioni, vedasi: Chiara LALLI "*Buoni Genitori. Storie di mamme e di papà gay*", 2009, Il Saggiatore; M. GANDOLFINI e R. MARCHESINI "Omogenitorialità" in *Scienza & Vita Nazionale* pag. 14..

[20] Al riguardo si richiamano le autorevoli conclusioni della ricerca dell'AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRIC "*Effetti delle leggi su matrimonio, unioni civili e domestic partnership sulla salute e il benessere dei bambini*", in *Pediatrics*, 2006

[21] G. SALME' - "Evoluzione del diritto di famiglia e ruolo del giudice. Dalla disciplina dei codici alle norme della Costituzione" in AA.W, *Diritto Giurisprudenziale*, Giappichelli

[22] Vedasi: <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-per-i-minorenni-di-milano-decreto-2-novembre-2007/>

[23] Vedasi: [http://www.personaedanno.it/attachments/allegati\\_articoli/A\\_A\\_020019\\_resource1\\_orig.pdf](http://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/A_A_020019_resource1_orig.pdf)

vedasi anche: <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-per-i-minorenni-di-milano-decreto-del-20-ottobre-2009/>

[24] Corte Appello Brescia 1-26.7.2011 (conf. Tribunale per i Minorenni di Brescia 15.2-16.3.2011) [http://openfiler.jus.unibs.it/files/Teoria-e-tecnica-della-interpretazione-giuridica/2013-2014/Documenti%202013-2014/2.%20Corte%20d'Appello%20di%20Brescia,%20affidamento%20di%20minori%20e%20capacit%C3%A0%20genitoriali%20\(2011\).pdf](http://openfiler.jus.unibs.it/files/Teoria-e-tecnica-della-interpretazione-giuridica/2013-2014/Documenti%202013-2014/2.%20Corte%20d'Appello%20di%20Brescia,%20affidamento%20di%20minori%20e%20capacit%C3%A0%20genitoriali%20(2011).pdf)

[25] Sez. 1, *Sentenza n.601 del 11/01/2013 Presidente: Luccioli MG. Estensore: De Chiara C. Relatore: De Chiara P.M. Fucci C. (Conf.) E. (Bettinelli ed altro) contro B. (Rigetta, App. Brescia, 26/07/2011)* In tema di affidamento del figlio naturale, è generico, e quindi inammissibile, il motivo di ricorso per cassazione che, denunciando violazione degli artt. 342 cod. proc. civ. e 155-bis cod. civ., censura la statuizione di inammissibilità di un motivo di appello laddove, alla base della doglianza volta a censurare la decisione circa l'affidamento, non siano poste certezze scientifiche, dati di esperienza o l'indicazione di specifiche

ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del medesimo in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, atteso che l'asserita dannosità di tale inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio.

<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/civile/famiglia/primiPiani/2013/allaffido-alla-coppia-omosessuale-il-bambino-cresce-bene.php>

[26] <http://www.articolo29.it/7252-2/>

[27] <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/civile/famiglia/primiPiani/2013/11/il-caso-a-coppia-gay-il-commento-di-giorgio-vaccaro.php?uuid=ABLwekC> e [http://www.personaedanno.it/index.php?option=com\\_content&view=section&layout=blog&id=16&Itemid=294&mese=11&anno=2013](http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=section&layout=blog&id=16&Itemid=294&mese=11&anno=2013)

[http://www.tribunaleminorimilano.it/dettaglio.asp?id\\_articolo=751&id\\_categoria=G](http://www.tribunaleminorimilano.it/dettaglio.asp?id_articolo=751&id_categoria=G)

[28] <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-per-minorenni-di-palermo-decreto>

[29] *Il Corriere della Sera ha la scorsa settimana, il 19.9.2014, pubblicato l'intervista al ragazzo affidato, dopo che era divenuto maggiorenne. L'articolo è visibile anche in <http://27esimaora.corriere.it/articolo/adozioni2marco-e-quei-genitori-inaspettati-io-in-affido-a-una-coppia-gay/>*

[30] in Dir. Fam. Pers., 2009, n. 2, pp. 690 sgg., con commento di D. BIANCHINI, *"Omosessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore"* ed ancora <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-bologna-decreto-del-7-luglio-2008/>

[31] [http://www.personaedanno.it/?option=com\\_content&view=section&layout=blog&id=16&Itemid=294&mese=07&anno=2008](http://www.personaedanno.it/?option=com_content&view=section&layout=blog&id=16&Itemid=294&mese=07&anno=2008)

[32] Sez. 1, Sentenza n. 16417 del 25/07/2007 (Presidente: Adamo M. Estensore: Piccininni ), in materia di Divieto di espulsione verso uno Stato in cui lo straniero può essere oggetto di persecuzione - Omosessualità - Pena detentiva prevista nel Paese destinatario - Carattere persecutorio - Possibilità - Fattispecie., ha affermato il principio: *"Nell'ambito delle disposizioni relative al trattamento degli stranieri, l'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998 vieta l'espulsione verso uno Stato nel quale lo straniero possa subire persecuzioni per motivi, tra l'altro, sessuali, essendo a tal fine sufficiente la previsione di un reato (il cui oggetto deve essere identificato dal giudice di merito), senza che sia necessaria anche la concreta emanazione di una condanna. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio il decreto del giudice di pace che, avendo accertato che nel Senegal l'omosessualità è punita con la reclusione, aveva accolto il ricorso dello straniero contro il provvedimento di espulsione. In motivazione, la S.C. ha rilevato che, per affermare l'esistenza di un trattamento persecutorio, occorre accertare se la legislazione di quel Paese preveda come reato il fatto in sé dell'omosessualità ovvero l'ostentazione di*

*tali pratiche in modo non conforme al sentimento pubblico del Paese stesso).*

[33] Giur merito, 2007 n. 6, pagg. 1581 e ss. con nota di G. Fava, vedasi anche <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-napoli-sentenza-del-28-giugno-2006/>

[34] All'atto della decisione, peraltro, il giudice Villiger aveva espresso il suo dissenso, affermando che il bilanciamento degli interessi andava concentrato "*...non sulla natura del PACS nei confronti del matrimonio*" ma solo sul "*...migliore interesse del minore, indipendentemente dalla composizione della coppia degli adottanti, poiché i minori non devono soffrire discriminazioni basate su concetti giuridici di siffatta natura*".

[35] Secondo notizie di stampa, allo stato, orientato non al riconoscimento del matrimonio ma alla legalizzazione dell'unione, con totale esclusione pertanto di normazione dell'omogenitorialità.

[36] Vedasi la recentissima intervista pubblicata in [http://www.huffingtonpost.com/2014/09/16/ruth-bader-ginsburg-gay-marriage\\_n\\_5833090.html](http://www.huffingtonpost.com/2014/09/16/ruth-bader-ginsburg-gay-marriage_n_5833090.html) (Huffpost23.9.2014). Ad integrazione di quanto scritto nella relazione, segnalo ancora che successivamente (il giorno dopo il convegno bresciano) con sentenza del 27.9.2014 ha deciso di non accogliere l'appello di cinque Stati americani: Indiana, Utah, Oklahoma, Virginia, Wisconsin contro le nozze omosessuali, una decisione che apre definitivamente la strada alla legalizzazione delle unione tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti. La Suprema Corte Americana già nel 2013, pur senza dichiararsi a favore o contro le nozze gay, aveva dichiarato incostituzionale il DOMA (*Defense of Marriage Act*), una legge federale introdotta sotto l'amministrazione del presidente Bill Clinton, che obbligava il governo federale a considerare matrimoni solo le unioni fra persone di sesso "diverso", reputando incostituzionale negare agli omosessuali in coppia quei benefici federali riconosciuti agli eterosessuali.

[37] "*Non tutti sono etero-sessuali*" realizzato dal Parlamento degli Studenti e da Ireos, per conto della Regione Toscana [www.youtube.com/watch?v=06Qy8Z798KU](http://www.youtube.com/watch?v=06Qy8Z798KU) (di cui è proiettato il frammento dal minuto 6.35 al minuto 9.40). Per un'informazione sul Parlamento degli studenti: <http://www.teladoiofirenze.it/gay-lesbian/non-tutti-sono-eterosessuali-un-video-tutto-fiorentino-contro-lomofobia/> Per una maggiore informazione su cos'è il Parlamento degli studenti: <http://www.teladoiofirenze.it/gay-lesbian/non-tutti-sono-eterosessuali-un-video-tutto-fiorentino-contro-lomofobia/>

[38] Consigliere C.A. Brescia-prima sez. Civile e sez. Famiglia e Minorenni, già consigliere Lavoro C.A. Venezia e per un decennio prima, giudice della Famiglia- Tribunale Verona. Presidente dell'A.D.M.I.-Associazione Donne Magistrato Italiane, componente Commissione Pari Opportunità