

“I ragazzi stanno bene”

La famiglia omogenitoriale, i *best interests of the child* e il silenzio legislativo

Luca Giacomelli

Abstract: If the relationship between law and practice often ends up being complex and controversial, this is especially so in the case of the legal acknowledgement of non-traditional families and gay parenting. The Italian legal system currently provides inadequate protections for children of homosexual parents, whose familial relationships remain unrecognized and stigmatized in the eyes of the law. By not formally recognizing these parental relationships, the law denies those children many of the privileges currently provided to children of married, heterosexual parents, such as: health coverage pursuant to a parent’s insurance policy; economic security; access to social security in the event of one parent’s death; and, emotional security in the form of visitation and custody. Lately, in circumstances where a non-biological parent wishes to establish a legal parental relationship with a child, the Italian courts, in compliance with the European Court of Human Rights jurisprudence, has started to recognize these relationships, pending a dutiful regulation by the legislator. In all the examined cases, courts evaluate whether or not the decision would be in the “best interests of the child”. The best interests of the child have become the most important factor to be considered in all proceedings in which a child is involved. It is indeed an effective argument, because no one dares to challenge it when invoked. It would be unthinkable to place adults’ interests above the interests of children, wouldn’t it? This principle is suitable for all seasons and occasions, because we are far from agreeing on the matter: what are the best interests of the child after all? This is indeed the question.

[Keywords: best interests of the child, homosexual parenting, step-child adoption, family life, equality, comparative law, constitutional law, Art. 8 ECHR, children’s rights]

*Quando il corso della vita travolge gli sbarramenti che il diritto gli pone,
allora le leggi devono essere riviste, integrate, reinterpretate, rinnovate.*

(M. YOURCENAR, *Le memorie di Adriano*)

1. Il *patchwork* della famiglia e il silenzio legislativo

In relazione alle politiche sulla e della famiglia, le risposte del legislatore italiano sono sempre state caratterizzate da un vistoso ritardo, se non addirittura da una manifesta riluttanza a dare veste giuridica a fenomeni, come quello della pluralizzazione dei modelli familiari, che da molto tempo chiedono a gran voce di essere riconosciuti e tutelati. La vita, tuttavia, procede oltre il diritto, specialmente quando questo si dimostra statico e insensibile all’incessante evoluzione della società e della cultura. La grande



difficoltà che l'ordinamento italiano sta incontrando per riconoscere dignità giuridica alle unioni tra persone dello stesso sesso e alla cosiddetta omogenitorialità¹, quindi, non sorprende, soprattutto se teniamo presente che questi temi rappresentano una sfida notevole per un diritto influenzato da una tradizione religiosa fondata su una concezione di matrimonio, intesa quale unione tra un uomo e una donna finalizzata primariamente alla procreazione. Soltanto nel 2016, dopo un lungo e travagliato dibattito politico, il legislatore italiano è riuscito ad affrontare la questione dell'affettività omosessuale, approvando una legge sulle unioni civili² che rappresenta la prima forma di tutela legislativa della vita familiare delle coppie gay e lesbiche. Si tratta di un passo

¹ Il termine “omogenitorialità” deriva dal francese “homoparentalité” coniato in Francia, nel 1997, 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 uno o più bambini all'interno di una unione di tipo familiare. Quando si parla di omogenitorialità può intendersi sia il desiderio di maternità/paternità di soggetti omosessuali, sia l'esistenza concreta ed attuale in un soggetto omosessuale di genitorialità biologica, con responsabilità materne/paterne nel caso di figli nati da una precedente storia affettiva eterosessuale o nati nell'ambito dell'unione di coppia omosessuale (tramite tecniche di inseminazione artificiale o attraverso una maternità sostitutiva) od anche l'attualità di una genitorialità “sociale” (mediante il ricorso ad un'adozione congiunta o, in caso di convivenza con compagna/compagno già genitore, ad un'adozione co-parentale).

² Il cosiddetto disegno di legge “Cirinnà”, dal nome della sua relatrice, è stato approvato dal Parlamento, a seguito dell'apposizione del voto di fiducia da parte del Governo, l'11 maggio 2016. La legge (n. 2081/2016) ha introdotto l'istituto delle unioni civili riservandolo alle sole coppie formate da persone dello stesso sesso e rappresenta la prima forma di riconoscimento legislativo della vita familiare omosessuale in Italia. Da un lato, per molti profili, le differenze tra matrimonio e unioni civili sono solo nominali, non di contenuto (vengono, infatti, riconosciuti tutti i diritti del matrimonio, dai diritti patrimoniali all'eredità compresa la legittima, dal diritto al mantenimento ed agli alimenti al diritto alla pensione di reversibilità, dal ricongiungimento familiare alla cittadinanza italiana per lo straniero unito civilmente, dal congedo matrimoniale a tutte le prerogative in materia di lavoro, dagli assegni familiari a tutte le disposizioni fiscali), dall'altro lato – e fermo che vi sono anche differenze sostanziali di rilievo – vi è la considerazione che le parole “contano”, specie con riferimento ad istituti per i quali i simboli, le definizioni e i termini assumono grande rilievo sociale (basti pensare al venir meno dell'obbligo di fedeltà dei contraenti l'unione). Il grande assente di questa riforma è il tema della filiazione: il voto di fiducia ha comportato il sacrificio dell'articolo 5 della legge, quello che estendeva alle parti di una unione civile omosessuale – attraverso la modifica dell'art. 44, lett. b), della legge n. 184/83 – la possibilità di chiedere l'adozione del figlio biologico o adottivo dell'altra parte, così garantendo al bambino la stabilità e la certezza giuridica del rapporto con il genitore sociale. È interessante sottolineare, tuttavia, come al ventesimo comma del maxi-emendamento sia stato lasciato un sibillino riferimento alla filiazione adottiva che potrebbe risultare tanto più incomprensibile ove si consideri che segue alla richiamata esclusione dell'applicabilità, alla l. 184/1983, della clausola di equivalenza posta dalla stessa disposizione. Si legge, infatti, che “*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*”. Ora, come è noto, la l. 184/1983 nulla prevede, e nulla consente, con riferimento alle adozioni da parte di coppie dello stesso sesso. Appare quindi evidente che la disposizione debba essere letta – del resto è stato espressamente riconosciuto da chi l'ha proposta – come una sorta di clausola di salvezza, volta a consentire, o meglio a non impedire, il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale manifestatosi di recente, alla stregua del quale è stata riconosciuta l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, lett. d) della legge sulle adozioni, a favore del co-genitore dello stesso sesso quando ciò corrisponda all'interesse del minore.



rivoluzionario che colma un vuoto giuridico costato i numerosi moniti della Corte costituzionale e le ripetute condanne della Corte europea per i diritti dell'uomo e che, soprattutto, ha pesato sulla vita di tante persone e famiglie. La conseguenza di questo silenzio normativo è stata la progressiva sostituzione della tutela giurisdizionale, più vicina e attenta alle trasformazioni della realtà sociale³, a quella legislativa, arroccata ancora su un concetto monolitico e tradizionale di famiglia. Anche alla luce dell'*iter* che ha portato all'introduzione delle unioni civili, sembra che al legislatore italiano continui a sfuggire una verità di fatto, ovvero che oggi ci troviamo di fronte a un *patchwork* della famiglia, suscettibile di assumere la forma della famiglia di fatto, eterosessuale e omosessuale, con o senza figli, della famiglia "ricostruita" o "ricomposta", nella quale uno o entrambi i partner hanno avuto precedenti relazioni stabili, di tipo matrimoniale, e dalle quali hanno avuto uno o più figli, della famiglia fondata sul matrimonio, della famiglia monoparentale o mononucleare, della famiglia omogenitoriale e non solo⁴.

³ Il diritto di famiglia è certamente il settore del diritto civile che ha subito i maggiori cambiamenti rispetto alla formulazione originaria ancora vigente all'avvento della Costituzione. A tale profonda evoluzione ha indubbiamente contribuito anche la coscienza sociale, espressione del costante mutamento della società civile, che ha portato a una maggiore apertura verso figure alternative di famiglia, alla maggior tutela dei figli generati al di fuori del matrimonio, alla dissolubilità del matrimonio con conseguente origine delle c.d. famiglie ricomposte, alla evoluzione del principio di eguaglianza e all'attenuazione dei poteri autoritativi dei genitori verso i figli, al ricorso a pratiche artificiali ai fini della procreazione. Già a pochi anni di distanza dall'entrata in vigore della Costituzione la concezione originaria inizia una lenta e graduale evoluzione, per opera della dottrina e della giurisprudenza, riservando maggiore considerazione alle unioni di fatto. Tale passaggio si coglie anche nella terminologia usata per identificare l'unione: dall'originaria espressione "concubinato", si passa ad altre come "convivenze *more uxorio*" e, più correttamente, "famiglie di fatto". Tra i molteplici esempi che si possono citare con riferimento all'opera della giurisprudenza nell'estendere alla famiglia di fatto norme riferite alle famiglie legittime, vi sono i casi del riconoscimento al convivente del diritto a succedere nel contratto di locazione, purché la convivenza sia stata caratterizzata da serietà e stabilità (Corte Cost. n. 404/1988), del riconoscimento della risarcibilità del convivente per fatto illecito del terzo (*ex plurimis*, Trib. Milano 21 luglio 1998), o del riconoscimento della possibilità ai conviventi di stipulare, nell'ambito dell'autonomia negoziale disponibile, accordi o contratti di convivenza, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 del Codice civile) e non contrastino con norme imperative, ordine pubblico o con il buon costume. Si tratta in genere di accordi di natura patrimoniale che rientrano nella disponibilità delle parti come, ad esempio, la scelta e le spese per l'abitazione comune; la disciplina dei doni e delle altre liberalità; l'inventario, il godimento, la disponibilità e l'amministrazione dei beni comuni; i diritti acquistati in regime di convivenza e via dicendo (così, tra gli altri, Trib. Savona 7 marzo 2001).

⁴ È opportuno tenere presenti anche quei modelli familiari che sono da ricondurre a culture diverse da quella strettamente occidentale e che hanno iniziato a proliferare in Europa, ed anche in Italia, a seguito dei fenomeni migratori e della composizione sempre più multiculturale della società. Il fenomeno delle unioni poligamiche, per esempio, è in crescita e, sebbene presenti indubbe criticità in termini di eguaglianza e di tutela dei diritti individuali dei componenti dell'unione, richiederebbe allo stesso modo una regolamentazione da parte del legislatore. Per un approfondimento si vedano, tra gli altri, F. Di Pietro, "La poligamia e i ricongiungimenti di famiglie poligamiche in Spagna e Italia", *Cuadernos de*



Nell'affrontare il problema del se, del come e del quanto il sistema debba occuparsi di tali fenomeni, alcuni potrebbero essere indotti a commettere due tipi di errori: guardando al diritto vigente ci accorgiamo subito della mancanza di una disciplina organica con l'eccezione di qualche legge settoriale⁵ che ne fa menzione. Ne consegue che il giurista potrebbe quasi sentirsi esentato dal riflettere su un tema di cui il legislatore non abbia, fino a quel momento, sentito la necessità di farsi carico. Il secondo errore è quello di considerare determinate questioni – le relazioni affettive, la malattia, il dolore, la maternità, l'isolamento o la stessa omosessualità – semplicemente come casi della vita, che riguardano la sola sfera privata del singolo. Territorio nel quale l'ordinamento non avrebbe ragione alcuna di entrare. Un approccio del genere – formalista, classificatorio, dogmatico e falsamente liberale, nella misura in cui sceglie di non intervenire ma, al contempo, limita l'autonomia degli individui che si pongono al di fuori del modello dominante – produce invero un effetto immediato: il diritto finisce con l'occuparsi poco o nulla dei soggetti più vulnerabili e più bisognosi di tutela. E così, dalla famiglia di fatto (eterosessuale e omosessuale) alle problematiche relative alla procreazione medicalmente assistita, dalla legge sul divorzio sino alla (tanto attesa) parificazione dello *status* di figlio legittimo e figlio naturale, si avverte l'enorme difficoltà, politica e culturale, del legislatore di formalizzare l'effettività di rapporti familiari originati dalle variegate situazioni affettive e di rimettere al centro dell'attenzione la persona e le sue esigenze fondamentali. La scarsità di garanzie legislative trasforma la quotidianità delle famiglie "altre" da quella coniugale in una ripetuta esperienza di lesione di diritti fondamentali che riguardano tanto la vita materiale (dal diritto all'abitazione al diverso trattamento previdenziale e fiscale), quanto la vita intima e personale (dalla condizione di "clandestinità nel diritto" della propria unione all'impossibilità di veder pienamente riconosciuti i propri legami affettivi). Ciò ha conseguenze notevoli anche sui figli delle persone omosessuali, i quali

Derecho Transnacional, 7 (2015), 1, pp. 56-70 e P. Bilancia, "Società multiculturale e diritti delle donne", *Astrid*, (2009).

⁵ Alcuni esempi sono la legge sull'anagrafe che considera "famiglia" non solo quella fondata sul matrimonio, ma anche quella fondata su meri vincoli affettivi e sulla coabitazione (D.P.R. 30/5/1989 n. 223, Nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente, in G.U. 8/6/1989 n. 132) o la legge in materia di accesso alla procreazione medicalmente assistita (L. 19/2/2004 n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, in G.U. 24/2/2004 n. 45).



rischiano di pagare il prezzo più alto. Questi non hanno pieni diritti. La rigidità delle categorie giuridiche “tradizionali” e la carenza di tutele specifiche per le famiglie omogenitoriali crea scenari ingiusti, conseguenza del mancato riconoscimento legale di uno dei due genitori – quello non biologico –, contravvenendo all’idea che sia la responsabilità e non il mero legame genetico a fondare in senso più pregnante il rapporto genitoriale. Supponiamo, infatti, il caso della morte del genitore biologico, o della separazione della coppia, o i vari ostacoli difficilmente sormontabili per quanto riguarda certe questioni patrimoniali o molte altre piccole difficoltà quotidiane determinate dall’estraneità giuridica del figlio e del genitore cosiddetto “sociale”. Così come l’impossibilità di considerare gli omosessuali come possibili genitori adottivi restringe, senza valide ragioni, il dominio dei potenziali genitori che potrebbero fornire una famiglia a tanti bambini in stato di abbandono. Oltre alla limitazione dei diritti del singolo individuo rispetto all’aspirazione a diventare genitore, si deve denunciare, soprattutto, la discriminazione nei confronti dei minori già esistenti che, per il solo fatto di vivere in una famiglia omogenitoriale, sono esclusi dal pieno godimento dei diritti e dalle tutele previste dalla legge.

Famiglie ancora invisibili perché non trovano nell’ordinamento una piena legittimazione; famiglie che, talvolta, hanno anche figli: figli che già c’erano, che nascono o arrivano in altro modo, secondo percorsi che interrogano nuove forme di responsabilità genitoriale; famiglie la cui invisibilità preclude a quei bambini, come ha ricordato anche la Corte Suprema americana nella sentenza *Windsor*⁶, di “comprendere, in seno alla comunità e nella vita quotidiana, l’integrità delle loro famiglie, e la loro vicinanza e armonia con le altre famiglie, con effetti assai rilevanti sulla loro serenità, sul loro sentirsi parte della società e sulla stessa qualità della loro vita familiare”; famiglie, poi, costrette a oltrepassare gli angusti confini di un ordinamento latitante, alla ricerca di diritti, come dimostra il crescente numero di richieste di trascrizione di matrimoni *same sex* contratti all’estero, di atti di nascita di bambini nati in suolo

⁶ *United States v. Windsor*, 570 US 2__ 2013, cit. p. 23. Con tale decisione, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della Sez. 3 del *Defense of Marriage Act* 1996 (DOMA) che, limitando la definizione di matrimonio rilevante per il diritto federale alle sole unioni contratte tra persone di sesso diverso, impediva di estendere alle coppie omosessuali – regolarmente sposate in uno dei 13 Stati dell’Unione che riconoscono il matrimonio *same sex* – diritti, obblighi e responsabilità previsti dalla legislazione federale per le coppie eterosessuali unite in matrimonio.



straniero o di sentenze di adozione emesse dai giudici di altri Paesi. Attraversare il confine può rappresentare quindi la differenza tra l'essere riconosciuti o meno come famiglia, tra il perdere o il mantenere la custodia legale dei propri figli, tra l'aver o meno la facoltà di adottare da parte di una coppia gay e lesbica. Questo problema si pone a maggior ragione a fronte della comune cittadinanza europea, con la conseguente creazione di uno spazio giuridico e politico condiviso, che dovrebbe escludere il potersi ritrovare nella condizione di vivere in un Paese che non concede ai propri cittadini ciò che un altro Paese concede. Perché due gay o due lesbiche danesi, svedesi, francesi, o spagnoli, solo per fare un esempio, possono godere di norme a tutela della loro unione e dei propri figli, mentre ciò sarebbe precluso a due italiani? Questi ultimi non sono forse titolari come gli altri dello stesso diritto di fondare una famiglia e, pertanto, del diritto di essere tutelati nei rapporti con gli altri e di fronte allo Stato? La domanda è ovviamente retorica; e la risposta appare carica di implicazioni giuridiche di non poco conto, che portano per strade diverse (quella giudiziaria e quella legislativa) a un'unica soluzione: il pieno e certo riconoscimento giuridico e la tutela delle unioni tra due gay o tra due lesbiche. Anche perché è proprio da questo riconoscimento "a metà", giuridico ma anche simbolico, che discende non soltanto la sensazione di cittadinanze di serie B (legittimando indirettamente conseguenze omofobiche e discriminatorie) ma anche il dolore della stigmatizzazione per i figli di queste coppie che cresceranno senza la garanzia dei diritti e delle tutele previsti per tutti gli altri.

2. Giudizi e pregiudizi: il ruolo di "supplenza" dei giudici

Uno dei passaggi più interessanti della storica sentenza della Corte Suprema americana che ha riconosciuto il diritto costituzionale delle persone gay e lesbiche di sposarsi, *Obergefell v. Hodges*⁷, riguarda il ruolo delle Corti costituzionali nei confronti del legislatore (colpevolmente omissivo) in un sistema democratico. Scrive così la Corte suprema nell'opinione di maggioranza:

Gli individui non possono attendere l'azione del legislatore perché sia loro riconosciuto un diritto fondamentale. Le corti sono aperte verso i soggetti lesi che vengono di fronte a loro per rivendicare il sostegno della nostra Carta fondamentale. [...] L'idea della Costituzione è "quella di sottrarre certi temi alle vicissitudini della lotta politica e di porli oltre la portata

⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015).



delle maggioranze e dei funzionari pubblici, stabilendo principi giuridici che siano applicati dalle corti”. Per questo motivo, i diritti fondamentali non possono essere rimessi ad un voto; essi non dipendono dall’esito di alcuna elezione⁸.

Questo del rapporto tra democrazia e diritti fondamentali è un tema molto attuale che ha assunto toni decisamente accesi anche in Italia, specie con riferimento alla tutela delle persone omosessuali e delle loro famiglie. Di fronte alla reticenza del legislatore ad occuparsi di questi fatti della vita, la tutela dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere è stata portata avanti in gran parte dagli organi giudiziari che, in più di una occasione, si sono trovati a dover colmare veri e propri vuoti normativi, “inventando” (nel senso del latino “*invenire*”, ossia “trovare”) soluzioni giuridiche adeguate. Il contributo della giurisprudenza europea è stato fondamentale non solo per i contenuti sostanziali delle pronunce ma anche per aver favorito il mutamento della coscienza sociale e stimolato l’emergere di una maggior sensibilità, nell’opinione pubblica e nel mondo politico, verso la condizione delle persone gay e lesbiche. Tuttavia, il riconoscimento dei diritti per via giurisprudenziale, in un ordinamento di *civil law* come quello italiano, non può che procedere per piccole tappe e, non necessariamente, in modo lineare. Tale avanzamento a piccoli passi verso la piena parità dei diritti, che alle persone omosessuali appare frustrante e insoddisfacente, ha reso possibili conquiste che non sarebbero state conseguibili attraverso immediate e radicali riforme legislative. A ciò ha contribuito certamente la progressiva intensificazione dei canali di interazione tra i diversi ordinamenti e tra i giudici delle Corti supreme nazionali e straniere, un dialogo indotto dall’esigenza di dare esecuzione a principi e norme di diritto internazionale o sovranazionale ma anche dall’osmosi tra culture giuridiche la cui vocazione transfrontaliera e multiculturale si è resa sempre più concreta. È, dunque, una tutela di tipo giurisdizionale, conquistata nelle aule di tribunale, quella che è stata ottenuta dalle famiglie omogenitoriali con riguardo a taluni provvedimenti emessi in tema di affidamento di minori a coppie lesbiche e gay, di adozione co-parentale a favore del

⁸ Ivi, p. 24, trad. it. dell’Autore: “The dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right. The Nation’s courts are open to injured individuals who come to them to vindicate their own direct, personal stake in our basic charter. An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea of the Constitution ‘was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts’”.



partner dello stesso sesso o di trascrizione dell'atto di nascita del minore con due mamme⁹. Del resto, dinanzi alla grave difficoltà di instaurare un serio dibattito politico in seno all'organo rappresentativo, non c'è da stupirsi che di orientamento sessuale, di vita familiare delle coppie omosessuali, di omogenitorialità si sia cominciato a parlare soltanto negli ultimi anni e sotto l'impulso delle trasformazioni sociali e culturali e del processo di integrazione europea. E non c'è dubbio, a parere di chi scrive, che tale impulso proveniente dall'Europa trovi una delle sue più spettacolari manifestazioni nel *judicial activism* delle due grandi Corti sovranazionali (Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo), i cui echi si propagano con forza tra le Corti nazionali, dando vita a "momenti suggestivi di dialogo a distanza e di reciproco arricchimento"¹⁰. La crescente internazionalizzazione della vita delle società statuali si traduce in un frequente ricorso, da parte dei giudici nazionali, all'applicazione di fonti non nazionali postulando, sovente, un'inevitabile presa in considerazione di giurisprudenze internazionali e sovranazionali o il ricorso a strumenti atti ad assicurare una collaborazione in via preventiva (nelle varie tipologie di ricorsi pregiudiziali) o in via interpretativa (mediante interpretazioni costituzionalmente o convenzionalmente conformi). In uno spazio regionale più o meno integrato (qual è l'Europa), il fenomeno della coesistenza (e/o della concorrenza in determinati ambiti) di più istanze giurisdizionali si è tradotto nella mutua alimentazione semantica e nella ricezione di valori giurisprudenziali tra di esse. E il tema del riconoscimento della piena dignità ed eguaglianza alle coppie formate da persone dello stesso sesso ne offre uno degli esempi più chiari. La vicenda stimolante, ma estremamente complessa, del dialogo interordinamentale sui diritti delle persone gay, lesbiche e bisessuali e sulla tutela della famiglia cosiddetta non tradizionale conduce a una revisione del paradigma eterosessuale che pervade il diritto e la produzione normativa e che vede nell'istituto

⁹ Merita menzionare, per la sua grande rilevanza giuridica e politica, la decisione resa dalla Corte d'Appello Milano, sez. Persone, Minori, Famiglia, in data 16 ottobre 2015, con la quale ha ordinato la trascrizione dell'adozione di una minore da parte della propria mamma sociale nell'ambito di una coppia di donne. Si tratta, invero, del primo esempio di *step-child adoption* con pieni effetti legittimanti (qualcosa di diverso e ulteriore rispetto alla mera adozione "in casi particolari" che in Italia era già stata riconosciuta dal Tribunale dei minorenni di Roma nel 2014).

¹⁰ N. Trocker, "L'Europa delle Corti sovranazionali: una storia di *judicial activism* tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici", *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, ESI, 2011, p. 93.

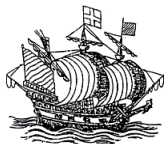


matrimoniale uno dei suoi principali baluardi¹¹. Il paradigma rappresenta al tempo stesso campo di indagine, metodologia di ricerca e oggetto di studio. Decostruirlo significa cambiare le coordinate del campo di indagine, modificare la lente attraverso cui studiare le regole, superare categorie giuridiche troppo rigide e, pertanto, inadeguate a descrivere la complessità della realtà umana. La pretesa neutralità del diritto non riconosce il valore della differenza, del confronto e dell'interazione tra le differenze e, di fatto, perpetua la subordinazione degli individui e dei gruppi sociali che non si conformano al paradigma identitario, sociale e culturale dominante. Da qui la necessità di liberarsi da etichette e ruoli socialmente imposti, da categorizzazioni giuridiche implacabilmente rigide, da connotazioni negative o sfavorevoli frutto di stereotipi e pregiudizi, e di vedere riconosciuta la propria identità con la stessa considerazione e rispetto delle altre contro quelle forme di oppressione (sistemiche e, spesso, istituzionalizzate) che si celano dietro il velo di universalità e imparzialità del diritto¹². Tuttavia, il fatto che quest'opera di decostruzione sia portata avanti dai giudici (e non, come sarebbe più opportuno, dal legislatore) ne accentua il carattere frammentario, registrando la presenza di elementi talvolta ambigui e tra loro contraddittori con la conseguenza di decisioni oscillanti o confliggenti e, più in generale, di una tutela dei diritti fondamentali “a macchia di leopardo”, che viola le esigenze di parità di trattamento e di certezza del diritto. Negli ultimi anni, e in Italia a partire soprattutto dal 2010, anno della prima sentenza della Corte costituzionale in materia di matrimonio *same sex*¹³, la giurisprudenza ha assunto un ruolo più attivo nella tutela dei diritti

¹¹ Il termine “eteronormatività” indica l'esistenza di un paradigma a fondamento di norme morali, sociali e giuridiche basato sul presupposto che vi sia un orientamento sessuale “corretto”, quello eterosessuale, che vi sia una coincidenza fra il sesso biologico e il genere e che sussista una naturale e necessaria complementarietà fra uomo e donna, sia con riferimento ai ruoli sessuali che sociali e culturali. Tra i primi a usare questo termine M. Warner, “Introduction: Fear of a Queer Planet”, *Social Text*, 29 (1991), pp. 3-17.

¹² Cfr., per esempio, L. Gianformaggio, “Eguaglianza, e differenza: sono veramente incompatibili?”, in A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch (a cura di), *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005; T. Pitch, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Torino, Giappichelli, 2004; M. Minow, *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1990 e C.A. MacKinnon, “Reflections on Sex Equality under the Law”, *Yale Law Journal*, 100 (1991), pp. 1281-1328.

¹³ Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro italiano*, 2010. Tale sentenza è stata, per molte ragioni, tra le più commentate degli ultimi anni e ha ricevuto valutazioni assai diverse. Tuttavia, andando oltre il dibattito sulla reale apertura o meno a favore della causa omosessuale, è indubbio il passo in avanti compiuto dalla Corte, specie se calato nel contesto dell'ordinamento italiano fino ad allora quasi del tutto insensibile al fenomeno. E la riprova sono i riflessi che la sentenza ha avuto sulle corti italiane. La



fondamentali, ha lentamente metabolizzato le acquisizioni provenienti dall'Europa, soprattutto dalla Corte di Strasburgo, ed è giunta, in taluni casi e se pur con cautela, a renderle effettive sul piano dei diritti, rispondendo ai bisogni che la realtà ad essa poneva¹⁴.

C'è anche da dire che l'argomento si presta, più di altri, a un confronto/scontro tra argomentazioni e ragioni più ideologiche che tecniche, che non facilitano il compito dei giudici non certo immuni dall'influenza di pregiudizi e luoghi comuni. Sono ricorrenti, infatti, affermazioni come “i figli devono avere una madre e un padre” e “la coppia omosessuale deve accettare i limiti che, per natura, la sua condizione impone”; come “le relazioni affettive tra persone dello stesso sesso sono meno stabili di quelle eterosessuali” e “non offrono garanzia di continuità familiare”; e ancora come “i figli di

pronuncia della Corte costituzionale ha il merito di aver abbattuto il muro del silenzio e di aver fissato un principio di estrema importanza: le coppie omosessuali sono titolari del *diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*, e il riconoscimento e la garanzia di tale diritto inviolabile postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolarne i diritti e i doveri, secondo la discrezionalità del legislatore. In altri termini, la sentenza ha il merito di aver fornito ai giudici ordinari gli strumenti argomentativi essenziali per tutelare future violazioni e discriminazioni a danno delle coppie di persone dello stesso sesso. Nel 2014 la Corte costituzionale è tornata a occuparsi, se pur indirettamente, di matrimonio tra persone dello stesso sesso, nella decisione n. 170 sul cosiddetto “divorzio imposto”. La Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 2 e 4 della Legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso), perché non consentono a due coniugi “di proseguire nella loro vita di coppia pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi con conseguente rettificazione anagrafica”. Ancora una volta, la sentenza conferma l'incorporazione del paradigma eterosessuale nella nozione di matrimonio “presupposta dal costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.)”. Perciò esclude che il parametro di riferimento della fattispecie in esame possa essere l'art. 29 e, di conseguenza, indirizza la questione entro il perimetro dell'art. 2. La difesa del paradigma eterosessuale del matrimonio nella sentenza 170 risulta molto netta. La Corte respinge la possibilità di ammettere la sopravvivenza del matrimonio del transessuale dopo la rettificazione anche solo nei termini di una mera e circoscritta eccezione al carattere eterosessuale dell'istituto del matrimonio, che pure avrebbe continuato a valere come principio nel sistema ordinamentale, continuando a riservare l'accesso al matrimonio alle sole coppie di persone di sesso diverso: “una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda (...) equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.” ed il legislatore è chiamato a trovare “una forma alternativa (e diversa dal matrimonio)” per garantire alla coppia, già coniugata, la protezione costituzionale dell'art. 2 ed evitarle l'approdo ad una condizione di “assoluta indeterminatezza”.

¹⁴ Particolarmente significativo, tra gli altri, è l'esempio fornito dalla sentenza n. 221 del 5 novembre 2015, pronunciata dalla Corte costituzionale italiana. La Consulta ha stabilito che la legge italiana non impone alcun intervento chirurgico quale presupposto per la rettificazione anagrafica. Per i giudici costituzionali, una volta posta sotto la luce dei diritti della persona, la legislazione vigente non sembra imporre affatto un intervento di sterilizzazione coatta, ma indica nel trattamento chirurgico “solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali”, affidate alla libera scelta della persona in transizione. Per la Corte, dunque, “l'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione”.



persone omosessuali corrono il rischio, a loro volta, di diventare omosessuali” e “avranno più problemi psicologici di quelli di persone eterosessuali, dato anche che saranno oggetto di discriminazione sociale, dannosa per la loro buona crescita”¹⁵. In altri termini, è per il bene dei/delle minori che bisogna impedire il riconoscimento giuridico delle famiglie formate da persone dello stesso sesso. Si tratta di affermazioni all’evidenza apodittiche, sulle quali il giudice non può basare la propria 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 e ancora se siano capaci di affetto ed amore e se sappiano valutare e rispettare i suoi bisogni e necessità. L’obiezione che, nonostante le nuove frontiere della medicina, all’origine della vita vi sia, tuttora, l’unione dei due gameti nell’utero femminile è incontestabile. Tuttavia, tale fatto va distinto dalla “idoneità genitoriale” (eterosessuale od omosessuale, che sia) e non può, da solo, portare alla negazione dell’omogenitorialità¹⁶. Il giudice, pertanto, nel decidere il singolo caso concreto, è tenuto ad accertare con rigore l’esistenza o meno di ragioni preclusive oggettive e di un effettivo e concreto documento ai *best interests* di quel minore.

I giudici, quindi, con la loro individuale sensibilità, cultura e professionalità, devono interpretare le norme e, con la lettura costituzionalmente orientata, dovrebbero 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 porvi rimedio (si pensi alle pronunce sul danno biologico oppure, ad esempio, in un ambito vicino al tema, all’affidamento

¹⁵ Sono tra le risposte più frequenti tra coloro che si oppongono al riconoscimento giuridico delle famiglie omosessuali come emerge, per esempio, dalle considerazioni di G. Manera, “Se un’elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l’applicazione in concreto dell’affidamento condiviso”, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4 (2007), pp. 1677-1706. Per la disamina approfondita delle contrapposte ragioni vedasi C. Lalli, *Buoni Genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Milano, Il Saggiatore, 2009.

¹⁶ In questo senso argomentano numerosi autori tra i quali F. Bilotta, “Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare”; A. Lorenzetti, “La tutela della genitorialità omosessuale fra dignità e uguaglianza”; C. Lalli, “Gli aspetti bioetici dell’essere genitori”, tutti in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità. Filiiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, Mimesis, 2011. Ed ancora E. Falletti, “Affidamento dei minori e pregiudizi”, tratto da *Quotidiano Giuridico*, www.personaedanno.it, (2013); Id., “Orientamento sessuale e genitorialità: un’analisi comparata tra la giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani e della Corte Europea dei diritti umani”, *Questione Giustizia*, 1 (2014), pp. 159-172.



dei minori ed alla normativa intervenuta in materia di affido condiviso). L'operare della magistratura può essere in qualche modo contenuto dalla politica stante la soggezione/subordinazione del giudice alla legge ma, allo stesso tempo, occorre anche 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"¹⁷. Non si cada, quindi, nell'errore di ritenere tale attivismo giudiziario un'indebita invasione nella sfera di poteri altrui, poiché non vi è alcuna supplenza laddove il giudice "nella latitanza della politica, applica correttamente la legge"¹⁸.

3. La tutela dei minori all'interno delle famiglie omogenitoriali in alcune pronunce giudiziarie

Una delle motivazioni principali che ha spinto la Corte Suprema americana a riconoscere il diritto di sposarsi anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso ha riguardato proprio – e non a caso – la tutela dei minori che vivono in queste famiglie.

Scrive così la Corte:

Dando riconoscimento e stabilità sul piano giuridico alle unioni tra i loro genitori, il matrimonio permette anche ai bambini di comprendere l'integrità e l'intimità della propria famiglia e la sua armonia con le altre famiglie della loro comunità e della loro vita quotidiana. Il matrimonio permette, inoltre, quella stabilità e permanenza che è importante per la tutela degli interessi del bambino¹⁹.

Dopo aver, dunque, richiamato la realtà delle molte coppie omosessuali con figli, la maggioranza conclude che "escludere le coppie dello stesso sesso dal matrimonio contraddice una premessa centrale dello stesso diritto al matrimonio. Senza il riconoscimento, la stabilità, e la prevedibilità che il matrimonio offre, i loro bambini soffrono lo stigma derivante dal ritenere le loro famiglie come qualcosa di minore importanza. [...] Le leggi sul matrimonio che vengono in considerazione ai fini di questa pronuncia dunque danneggiano ed umiliano [anche] i bambini delle coppie dello stesso sesso"²⁰. Il profilo relativo alla tutela dei diritti dei figli delle coppie omosessuali ha

¹⁷ B. Pezzini, S. Troilo (a cura di), *La Costituzione riscritta. Ombre e luci della revisione del 2005*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 71.

¹⁸ *Ivi*, p. 73.

¹⁹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015), p. 3, trad. it. dell'Autore.

²⁰ *Ibid.*



probabilmente rivestito un peso determinante ai fini della scelta della Corte di concludere per l'incostituzionalità del divieto. In questa pronuncia, il giudice Kennedy è attento alle difficoltà che incontrano le famiglie omogenitoriali e respinge con decisione l'argomento secondo cui la finalità procreativa sarebbe un carattere essenziale del matrimonio.

In effetti, l'argomento dei *best interests of the child*, quale parametro fondamentale per orientare i provvedimenti del giudice in materia di responsabilità genitoriale, di affidamento, di adozione o di ogni altra decisione o scelta fondamentale che concerna il benessere del minore, ha giocato un ruolo decisivo anche nelle più recenti pronunce di alcuni giudici italiani in materia di omogenitorialità. Si tratta delle primissime sentenze che, pur in assenza di una legislazione specifica, conferiscono legittimità giuridica al rapporto genitoriale della co-madre o del co-padre nel contesto di famiglie omogenitoriali e lo fanno nell'ottica di tutelare quanto più ampiamente possibile il minore coinvolto e il suo interesse alla continuità delle relazioni affettive. Dall'ammissibilità dell'adozione in casi particolari del minore a favore del genitore sociale omosessuale alla trascrizione dell'atto di nascita del figlio con due mamme nato all'estero sino al riconoscimento degli effetti della sentenza di adozione, piena e legittimante, dei figli della coniuge a favore di ciascuna madre richiedente, la prospettiva è sempre quella del minore: i giudici evitano ogni valutazione del legame di coppia tra le due donne o i due uomini e si concentrano invece sul rapporto tra il minore e l'aspirante adottante, partner del genitore biologico.

Così, nella decisione del Tribunale dei minorenni di Roma del 30 luglio 2014 è stata per la prima volta riconosciuta in Italia la genitorialità sociale della partner dello stesso sesso della madre biologica di una bambina, concepita all'estero mediante fecondazione eterologa nel quadro di un progetto procreativo condiviso. Il giudice ha fatto ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari per "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" di cui all'art. 44, comma primo, lettera *d*), della legge 184/1983. Sono casi che prescindono dalla prova dello stato di abbandono del minore e realizzano l'interesse del minore ad essere adottato, pure sussistendo genitori o parenti che se ne possano prendere cura. La *ratio* profonda dell'istituto è dare veste giuridica a rapporti di fatto, fondati sull'accudimento del minore, prolungato nel tempo. Le ipotesi



sub a), c) e d) sono consentite anche a chi non è coniugato e dunque anche al singolo. La motivazione della sentenza ruota giustamente tutta intorno al benessere della minore e al rapporto tra questa e l'aspirante adottante, partner della madre biologica. A dire di questo giudice, la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", presupposto per questa tipologia di adozione, dovrebbe intendersi correttamente non soltanto come "impossibilità di fatto", che ricorre quando, per esempio, l'affidamento preadottivo è rifiutato per le difficoltà caratteriali del minore o per una sua grave disabilità fisica o psichica, ma anche come "impossibilità di diritto". L'adozione *ex art. 44, comma primo, lettera d)*, dovrebbe essere consentita anche a chi conviva stabilmente col genitore del minore e condivide con questo i compiti di mantenimento, istruzione ed educazione.

La decisione si distingue per almeno tre passaggi che non hanno mancato di suscitare un acceso dibattito tra gli studiosi: 1. l'assimilabilità, nell'interesse del minore, delle situazioni di genitorialità sociale del partner coniugato e del partner convivente *more uxorio* con il genitore dell'adottando; 2. l'assimilabilità delle coppie di fatto eterosessuali e omosessuali anche per quanto attiene alla genitorialità; 3. la lettura estensiva dell'art. 44, lettera *d)* e l'impossibilità "di diritto" di affidamento preadottivo. In particolare, il Tribunale evidenzia come il matrimonio non sia di per sé idoneo a tutelare il minore adottato meglio di quanto possa fare una convivenza *more uxorio*, stante anche il fatto che l'adozione del figlio del coniuge è possibile (e ammessa senza difficoltà) anche dopo la separazione e il divorzio della coppia, data la dissolubilità del vincolo matrimoniale. Ciò dimostra, invero, che la *ratio* di questo istituto normativo è quella di fornire una copertura giuridica a una genitorialità sociale consolidata con il partner del genitore e favorire così l'interesse del minore alla più ampia protezione giuridica possibile. Questo punto diventa ancora più significativo in considerazione della recente riforma della filiazione (l. 219/2012 e d.lgs. 154/2013) che, equiparando lo *status* giuridico di tutti figli, ha vietato ogni discriminazione che possa derivare dal dato astratto dello stato civile del genitore.

Il giudice nega anche l'ammissibilità di qualunque discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale con riferimento alla capacità genitoriale, sociale o biologica che sia: come riconosciuto dalla Corte di Cassazione proprio in materia di affidamento



di un minore a un genitore omosessuale²¹, l'assunto per cui il corretto ed armonioso sviluppo psichico del minore possa essere garantito soltanto dal suo inserimento in una dinamica di coppia eterosessuale resta espressione di un pregiudizio (come tale inaccettabile socialmente e ancor di più privo di spessore giuridico) laddove esso non sia suffragato da adeguati riscontri scientifici o da dati di esperienza, ragion per cui – in assenza di tali riscontri – non vi è motivo per ritenere dannosa per un minore la sua permanenza all'interno di una nucleo omosessuale. Del resto, numerose sono le decisioni dei giudici di merito che hanno proceduto all'affidamento di minori a coppie formate da persone dello stesso sesso²², spesso in un dialogo fruttuoso con le pronunce delle corti sovranazionali²³. Pertanto, se chiunque, anche chi non è coniugato, può adottare nei casi speciali, il solo orientamento sessuale non può precludere l'accoglimento del ricorso, purché, come è stato dimostrato nel caso concreto, l'adottante abbia una capacità genitoriale adeguata a soddisfare le esigenze dell'adottando. Infine, con riferimento all'obiezione della necessità dello stato di abbandono del minore ai fini della sussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 44 lettera *d*), l'esistenza della madre biologica (ovviamente attiva nell'accudimento della figlia) rende giuridicamente impossibile la dichiarazione di abbandono e l'affidamento preadottivo e dunque pienamente applicabile l'ipotesi di cui alla lettera *d*), fra l'altro azionabile anche da un singolo, come la ricorrente madre "sociale". Una soluzione, questa, che appare pienamente conforme sia alla lettera che alla *ratio* della legge, la cui interpretazione restrittiva ostacolerebbe in una molteplicità di situazioni – ivi compresa quella *de qua* – il perseguimento del massimo benessere possibile del minore che, come

²¹ Corte di Cassazione, sez. I civile, sentenza 8 novembre 2012 – 11 gennaio 2013, n. 601.

²² Nello stesso senso sono le decisioni dei Tribunali di Genova (ordinanza del 30 ottobre 2013), di Nicosia (ordinanza del 14 dicembre 2010) e di Firenze (ordinanza del 30 aprile 2009).

²³ Il riferimento è al famoso caso della Corte europea per i diritti dell'uomo, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portogallo*, decisione del 21 dicembre 1999, in cui la Corte ha affermato che costituisce violazione dell'articolo 14 qualunque discriminazione che non abbia una oggettiva e ragionevole giustificazione, che non persegua, cioè, un obiettivo legittimo o per la quale manchi comunque una relazione di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e l'obiettivo che si intende raggiungere; porre l'orientamento sessuale di uno dei genitori alla base di una decisione circa la custodia di un figlio costituisce un'interferenza ingiustificabile con la vita privata del genitore, protetta dall'articolo 8, e confligge con la necessità di adottare una decisione unicamente nell'esclusivo, reale, interesse della prole.



non manca di ricordare il giudice nelle motivazioni della sentenza, deve essere sempre il principio guida in ogni decisione che lo riguarda²⁴.

Il principio dei *best interests* è il fulcro argomentativo anche di un'altra significativa, nonché senza precedenti, decisione della giurisprudenza italiana in tema di omogenitorialità. Con decreto del 29 ottobre 2014, la Corte di Appello di Torino ha ordinato la trascrizione del certificato di nascita di un bambino nato da due donne in Spagna. Mentre nel caso precedente, il Tribunale per i minorenni di Roma aveva consentito alla co-madre di adottare la figlia della compagna, qui siamo di fronte al riconoscimento della doppia maternità sin dall'atto di nascita. La coppia di donne aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa in Spagna: la madre italiana aveva trasferito il proprio ovulo alla madre spagnola che, dopo la fecondazione con seme proveniente da un donatore anonimo, aveva portato a termine la gravidanza. La coppia successivamente aveva divorziato e il Tribunale di Barcellona aveva statuito l'affidamento condiviso del figlio. La madre italiana, volendo tornare in Italia, aveva richiesto quindi la trascrizione dell'atto di nascita del figlio alle autorità locali così da ottenere il riconoscimento legale del suo rapporto di filiazione anche in Italia e poter portare il proprio bambino con sé legittimamente. Il Tribunale di Torino aveva però negato la trascrizione perché in contrasto con l'ordine pubblico: infatti, secondo la legge italiana, la madre è soltanto colei che partorisce il bambino, in questo caso la madre spagnola, e dunque al figlio non può essere riconosciuta nemmeno la cittadinanza italiana per il principio dello *ius sanguinis*.

La Corte di Appello smentisce la decisione di primo grado, rilevando che il perseguimento del massimo benessere possibile del minore è principio fondamentale dell'ordinamento italiano e che, nel caso di specie, questo può essere raggiunto solo consentendo al bambino di mantenere uno stabile rapporto con entrambe le madri, tenuto conto anche che senza tale trascrizione il minore non potrebbe ottenere la cittadinanza italiana e non potrebbe quindi venire in Italia con la madre italiana. In via preliminare viene sottolineato come la procedura disciplinata dall'ordinamento dello

²⁴ L'interpretazione risulta avallata da Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, secondo cui la *ratio* dell'effettiva realizzazione degli interessi del minore consente l'adozione per "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" anche quando i minori "non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili".



stato civile (d.p.r. 396/2000), ai fini della trascrizione dell'atto, sia finalizzata soltanto a regolare l'attività di certificazione, mentre l'individuazione del rapporto di filiazione deve desumersi nel caso in esame secondo le norme del diritto internazionale privato (l. 218/1995). Ne consegue che lo stato di figlio, in base all'art. 33, deve essere determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita, e che lo *status* di figlio legittimo acquisito alla luce della legge nazionale di uno dei due genitori non può essere contestato che alla stregua di detta legge. Ora, nel caso in esame, il minore è nato in Spagna e, secondo la legge spagnola, è figlio legittimo di entrambe le madri e, poiché vige certamente nel nostro sistema il principio del *favor filiationis* (confermato dall'art. 13, III comma l. 218/1995 che consente il rinvio alla legge straniera "soltanto se esso conduce all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione"), il minore deve essere ritenuto, anche per l'ordinamento italiano, figlio di entrambe le madri ed ha, dunque, assunto la cittadinanza italiana *ius sanguinis* in quanto figlio (anche) di madre italiana²⁵.

Ad avviso dei giudici di secondo grado, inoltre, è da escludere che la trascrizione del certificato di nascita possa essere impedita dai principi dell'ordine pubblico internazionale. I giudici rammentano al riguardo come tali principi, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, debbano intendersi come "principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un dato periodo storico" e fondati su esigenze, comuni ai diversi ordinamenti, "di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale". Fra i principi che concorrono a determinare l'ordine pubblico internazionale ricorrono, allora, anche quelli desumibili dalla Convenzione europea dei diritti umani secondo l'interpretazione

²⁵ Dopo la decisione della Corte d'Appello di Torino, gli Uffici Anagrafe di altri comuni (Roma e Napoli) hanno iniziato a trascrivere l'atto di nascita di bambini di coppie dello stesso sesso sposate all'estero, senza che fosse stata intrapresa alcuna azione giudiziaria. L'Anagrafe di Roma, con provvedimento in data 4 febbraio 2015, ha provveduto alla trascrizione del certificato di nascita di un bambino di tre anni, nato a Buenos Aires, da una madre italiana e da una madre argentina, in seguito a procreazione medicalmente assistita. Il minore ha acquisito la cittadinanza italiana ed un cognome composto dal cognome di ciascuna madre. Similmente a Napoli, con provvedimento del 30 settembre 2015, il figlio di due donne sposate in Spagna da dieci anni e residenti a Barcellona risulta ora avere anche sui certificati italiani due mamme e ha potuto così ottenere il passaporto e la cittadinanza italiani.



delle Corti europee, oltre che ovviamente quelli desunti dalla Costituzione e dai principi fondamentali dell'ordinamento posti a garanzia dei diritti fondamentali. Non sorprende, quindi, il richiamo alla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, – che ha riconosciuto alle coppie omosessuali il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia e di ottenere il riconoscimento e la garanzia di tale diritto inviolabile secondo la discrezionalità del legislatore –, seguito dalla menzione della decisione della Corte di Strasburgo che ha sancito espressamente che l'art. 12 CEDU ricomprende, seppur non in termini di riconoscimento del diritto, anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso e che una coppia omosessuale convivente, con una stabile relazione di fatto, rientra a tutti gli effetti nella nozione di famiglia, come vi rientrerebbe la relazione eterosessuale nella medesima condizione. Un dialogo tra Corti, questo, già fatto proprio dalla Corte di Cassazione, anch'essa qui richiamata, che, nella sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, in tema di trascrivibilità del matrimonio omosessuale contratto all'estero²⁶, ha chiarito la possibilità di adire i giudici comuni per ottenere, ove necessario, un trattamento omogeneo a quello previsto per la coppia coniugata.

Passata quasi in sordina, ma particolarmente rilevante dal punto di vista giuridico e politico, è poi la decisione della Corte di Appello di Milano (Sez. Persone, Minori, Famiglia) che, in data 16 ottobre 2015, ha ordinato la trascrizione dell'adozione di una minore da parte della propria mamma sociale nell'ambito di una coppia di donne²⁷. Pur rilevando l'impossibilità di disporre la trascrizione del matrimonio

²⁶ Corte di Cassazione, Sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184.

²⁷ Corte di Appello di Milano, 16 ottobre 2015, n. 2543, reperibile su *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 13842 – pubblicata il 10 dicembre 2015. Analogamente, con ordinanza depositata il 5 aprile 2016, la Corte di Appello di Napoli ha stabilito la trascrizione di due sentenze francesi che hanno disposto l'adozione – “piena e legittimante” ai sensi dell'ordinamento del luogo – dei figli della coniuge a favore di ciascuna madre richiedente. Rispetto alla sentenza della Corte di Appello di Milano, in commento, qui si tratta di trascrizioni concernenti una fattispecie di adozione co-parentale incrociata, in coppia omosessuale coniugata in Francia e che ha ottenuto, peraltro, la trascrizione del matrimonio in Italia. Entrambe le madri hanno infatti ottenuto, in Francia, l'adozione co-parentale del figlio biologico della coniuge, domandandone poi la trascrizione all'ufficiale dello stato civile italiano. Correttamente il caso viene definito in base alla legge n. 218/95 ed, in particolare, dei suoi articoli 65 e 66, relativi al riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri, con conseguente esclusione della competenza del Tribunale per i minorenni. Ne consegue che al giudice adito in sede di impugnazione del diniego di trascrizione compete unicamente verificare che il provvedimento di cui si richiede la trascrizione produca effetti nell'ordinamento in cui è stato pronunciato e non sia contrario all'ordine pubblico. Cosicché, conclude il giudice napoletano, “in considerazione dell'intreccio dei piani nazionale, sovranazionale e internazionale, deve dedursi che non vi è alcuna ragione per ritenere in linea generale contrario all'ordine



celebrato in Spagna fra le due mamme e, per conseguenza, del divorzio nel contempo intervenuto fra le due donne, la Corte ha ritenuto invece meritevole di accoglimento la domanda di trascrizione nei registri dello Stato Civile, in base al disposto di cui all'art. 28 del DPR 396/2000, dell'ordinanza del giudice spagnolo che ha dichiarato l'adozione piena, con effetti legittimanti, della minore attribuendole anche il doppio cognome. I giudici milanesi sottolineano come la legge sulle adozioni "all'art. 25 preveda che l'adozione possa essere disposta, nell'esclusivo interesse del minore, nei confronti anche del solo coniuge che, per libera scelta, come consentito nel nostro ordinamento, nel corso di un affidamento preadottivo alla coppia, abbia deciso di porre fine alla convivenza coniugale con il coniuge e di separarsi" e come, dunque, "anche alla stregua di tale previsione normativa debba quindi concludersi che non possa ritenersi contraria all'ordine pubblico interno un'adozione da parte di una persona singola". Rilevato che l'adozione nell'ambito di una coppia dello stesso sesso non è in astratto contraria all'interesse del minore, per quanto riconosciuto dalla stessa Corte di Cassazione con sentenza n. 601/2013 (nella quale la Suprema Corte ha affermato come costituisca *mero pregiudizio* ritenere che "sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale") e che "ogni situazione deve essere valutata singolarmente, tenuto conto del preminente interesse del minore rispetto alle figure genitoriali e al suo diritto di convivere e/o mantenere regolari rapporti significativi con tutte le figure adulte di riferimento, indipendentemente dalle loro tendenze sessuali, ritenute in concreto adeguate ad assicurargli l'affetto e la cura indispensabili per la sua armoniosa crescita", la Corte ha affermato la piena conformità nel caso di specie dell'adozione legittimante all'interesse della minore. Si tratta, invero, del primo esempio di *step-child adoption* con pieni effetti legittimanti (qualcosa di diverso e ulteriore rispetto alla mera adozione "in casi particolari" che era stata riconosciuta già dal Tribunale dei minorenni di Roma). In effetti, precisano i giudici milanesi, "non vi è alcuna ragione per ritenere in linea generale contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra una persona non coniugata e il figlio riconosciuto del partner, anche dello stesso

pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra persone coniugate e i rispettivi figli riconosciuti dei coniugi, anche dello stesso sesso".



nesso, una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell'adozione, e quindi il riconoscimento di tutti i diritti e doveri scaturenti da tale rapporto, corrispondono all'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative che con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e del provvedimento di adozione". L'adozione "piena", difatti, appare idonea ad attribuire alla minore un insieme di diritti molto più ampio e vantaggioso di quello garantito dall'adozione disciplinata dagli artt. 44 e segg. della legge 184/1983. Pare allora a chi scrive che una decisione come questa non possa essere sottovalutata, in quanto: (I) ribadisce che l'adozione del figlio del partner, anche omosessuale, è conforme all'ordine pubblico internazionale, (II) consolida l'indirizzo già inaugurato dal Tribunale dei minorenni di Roma, confermando il ruolo determinante del principio dei *best interests* di contemperare l'esigenza di flessibilità delle regole legislative e, (III) attraverso la trascrizione del provvedimento straniero, ammette, per la prima volta in Italia, una adozione piena o legittimante della minore da parte della madre sociale.

E veniamo, infine, a un'ultima importante pronuncia, ancora una volta ad opera dell'attivissimo Tribunale dei minorenni di Roma, emessa il 23 dicembre 2015 e resa pubblica il 21 marzo 2016, che ha disposto l'adozione in casi particolari da parte del padre sociale. La sentenza ha particolare rilievo, oltre che per l'accurata ricostruzione, in motivazione, della vicenda che ha condotto alla nascita del bambino, per una serie di indicazioni preziose per fare chiarezza su molte questioni che sono state agitate sulla scena pubblica nel corso dell'*iter* che ha portato all'approvazione della legge sulle unioni civili, giunta dopo un travagliato dibattito e a seguito dell'apposizione del voto di fiducia da parte del Governo l'11 maggio 2016. La sentenza è divenuta definitiva e si è prodotto l'effetto costitutivo della creazione di una doppia genitorialità di due persone dello stesso sesso (si tratta, ovviamente, per il genitore biologico di genitorialità piena e per il genitore non biologico, o sociale, di genitorialità con gli effetti dell'adozione in casi particolari). Il bambino adottato ha poco più di tre anni ed è stato concepito in Canada attraverso la "gestazione per altri", a titolo gratuito. I due papà – che in Canada si sono regolarmente sposati – subito dopo la nascita sono rimasti per un paio di mesi con la madre partoriente e hanno mantenuto i contatti con la donna, recandosi in questi



anni con il bambino a trovarla. La coppia di papà sta insieme stabilmente da dodici anni e l'ambiente familiare dei due uomini è stato ritenuto idoneo allo sviluppo del bambino, come dimostrato dalla relazione degli psicologici e degli assistenti sociali che hanno seguito il caso. Leggendo la sentenza, è netta la sensazione che non venga mai perso di vista il benessere del bambino. Lo si evince laddove il giudice afferma che dagli accertamenti in fatto discende che il minore “è nato e cresciuto con il ricorrente e il suo compagno, suo padre biologico, instaurando con loro un legame inscindibile che, a prescindere da qualsiasi “classificazione giuridica”, nulla ha di diverso rispetto ad un vero e proprio vincolo genitoriale”²⁸. Allo stesso tempo, la decisione di disporre l'adozione deriva dalla constatazione che, in caso contrario, questi “dovrebbe vivere una doppia rappresentazione di sé, una giuridica e una sociale, motivo di sicuro pregiudizio per la sua identità”²⁹ e dunque del suo superiore interesse. In altre parole, i giudici ritengono 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”; di conseguenza, “ciò che è importante per il benessere psicofisico dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro indipendentemente dal fatto che siano dello stesso sesso”³⁰.

Il Tribunale affronta infine la questione del ricorso alla gestazione per altri e dei suoi effetti nel nostro ordinamento. La corte esclude la possibilità di promuovere l'azione di rettificazione dell'atto di nascita, chiesta dal pubblico ministero “per violazione dell'ordine pubblico internazionale”, non ritenendone sussistenti i presupposti, essendo il bambino indicato in tale atto, del tutto legalmente, come figlio del solo suo genitore biologico. Ma non solo: la preoccupazione di “ratificare” ciò che nel nostro ordinamento è considerato illegale, e dunque dichiarare un bimbo nato da GPA all'estero figlio di entrambi i genitori che erano parti di un progetto procreativo inammissibile secondo la legge italiana, viene totalmente superata con una lettura delle norme applicabili attraverso il principio dei *best interests of the child*, come affermato

²⁸ Trib. Min. Roma, Sentenza del 23 dicembre 2015 e pubblicata il 21 marzo 2016, p. 15.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ivi*, pp. 16-17.



dalla Corte europea dei diritti umani nel caso *Paradiso e Campanelli v. Italia*³¹ e nelle sentenze “gemelle” *Menesson v. Francia* e *Labassee v. Francia*³². In quei casi, la Corte ha infatti ritenuto sì inclusa nel margine di apprezzamento degli Stati contraenti la possibilità di disciplinare la GPA secondo il più ampio spettro di soluzioni giuridiche, ma con il limite del diritto fondamentale del bambino “di definire la propria identità come essere umano”³³. Il modo in cui il bambino sia stato generato, insomma, non è di ostacolo al riconoscimento giuridico del rapporto che lo lega al co-padre, a ciò opponendosi il principio dei *best interests* che trova realizzazione assicurando al bambino il diritto alla stabilità e continuità degli affetti e rendendolo prevalente su ogni altra considerazione (sia essa più o meno fondata o condivisibile), relativa al rilievo dell’ordine pubblico interno o internazionale. La sentenza, quindi, sintetizzando il quadro giurisprudenziale italiano ed europeo sul tema, riporta sul piano dell’argomentazione giuridica le molto dibattute questioni della genitorialità omosessuale, delle unioni civili e della cosiddetta *step-child adoption* e lo fa in modo chiaro e ben argomentato, distinguendo desiderio e “diritto” di essere genitore, soggettività del bambino e sua riduzione a “oggetto” di condotte degli adulti e privilegiando la qualità dei legami affettivi di fatto contro la rigida “categorizzazione giuridica” dei vincoli parentali.

3.1 Segue. Il dialogo con la Corte europea per i diritti dell’uomo e il ruolo dei *best interests of the child*

Questa rassegna giurisprudenziale ci riporta alla figura del *patchwork* della famiglia, i cui confini appaiono sempre più “mobili” e frastagliati, e ci consegna un’immagine del giudice come “filtro principale” tra norma e realtà sociale, area di mediazione fondamentale tra il sistema giuridico e il sistema sociale all’interno del quale si sviluppano dinamiche e aspettative interiorizzate dai singoli, come quelle che stanno alla base delle relazioni affettive secondo la portata dei profondi cambiamenti che le

³¹ Corte europea per i diritti dell’uomo, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli v. Italia*, causa n. 25358/12. Si veda, tra gli altri, il puntuale commento di M. Winkler, “Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia”, *GenIUS*, 1 (2015), pp. 243-257.

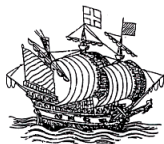
³² Corte europea per i diritti dell’uomo, 26 giugno 2014, *Menesson v. France* e *Labassee v. France*, cause n. 65192/11 e 65941/11.

³³ Cfr. anche Trib. di Milano, Sentenza del 15 ottobre 2013 e depositata il 13 gennaio 2014, per il quale non sussiste alterazione di stato e non vi è violazione dell’ordine pubblico interno o internazionale.



stanno caratterizzando. Nei diversi casi esaminati, le corti italiane hanno riconosciuto una qualche forma di tutela alla cosiddetta “genitorialità sociale o psicologica” del genitore adottivo omosessuale o del partner omosessuale del genitore biologico, mantenendo sempre come obiettivo primario il benessere dei bambini inseriti in quei contesti familiari. Il principio dei *best interests of the child* echeggia più volte nelle motivazioni dei giudici così come più volte viene richiamata la giurisprudenza di Strasburgo che, indubbiamente, ha esercitato una forte influenza. Il sistema della Convenzione europea ha costituito uno straordinario volano per il riconoscimento dei diritti dei bambini perché consiglia o impone un *rights-based approach* anche nei confronti dei minori di età, i quali in quanto persone sono destinatari di tutti i diritti e le libertà in essa enunciati. Il *leading case* che conferma la straordinaria portata della Convenzione, e cioè appunto il riconoscimento in capo ai minori della titolarità di diritti fondamentali, è il notissimo caso *Marckx* del 1979, nel quale avevano adito la Commissione una madre e una figlia minore. In quell’occasione la Corte europea dei diritti dell’uomo afferma, tra le altre cose, che il combinato disposto degli artt. 8 (vita privata e familiare del figlio, anche minore) e 14 Cedu (non discriminazione del figlio, anche minore) impone di eliminare ogni residua differenza tra figli nati all’interno e fuori dal matrimonio nei loro rapporti personali, patrimoniali e successori con i genitori e con i parenti dei genitori³⁴. Negli ultimi anni, la giurisprudenza della Corte europea in materia di famiglia e di diritti dei minori è diventata sempre più copiosa e articolata ed ha affrontato anche alcune questioni attinenti alla genitorialità omosessuale. Ne è scaturita una giurisprudenza tutt’altro che omogenea e lineare e che, tuttavia, ha affermato alcuni importanti principi, nonostante la difficoltà di rinvenire un generale consenso all’interno dei singoli Stati tale da giustificare operazioni al rialzo e la costante necessità di rispettare il loro più o meno ampio margine di apprezzamento. Ne è scaturito, inoltre, un dialogo tra le corti (e tra le carte dei diritti) che, nel caso italiano, appare certamente fruttuoso non soltanto in tema di tutela dell’orientamento sessuale e

³⁴ Corte europea per i diritti dell’uomo, 13 giugno 1979, *Marckx v. Belgio*, n. 6833/74, par. 45. Sul punto si vedano, tra gli altri, A. D’Aloia, A. Romano, “I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione (art. 30 Cost.)”, in G.F. Basini, G. Bonilini, P. Cendon e M. Confortini (a cura di), *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Milano, Utet, 2011, e J. Long, *Il diritto italiano di famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, Giuffrè, 2006.



di vita familiare³⁵, ma anche su certe più delicate questioni che riguardano l'omogenitorialità e la protezione del minore, complice anche il quadro normativo lacunoso e l'ostinato silenzio legislativo che ha relegato nel non-giuridico siffatti legami familiari.

Un primo punto fermo viene posto nel caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portogallo* del 1999, dove la Corte ritiene che porre il solo orientamento sessuale di uno dei genitori alla base di una decisione sulla custodia di un figlio costituisca un'interferenza ingiustificabile con la vita privata del genitore, protetta dall'articolo 8, e confligga con la necessità di adottare una decisione unicamente nell'esclusivo, reale, interesse della prole. Successivamente, con le sentenze *Fretté v. Francia* ed *E.B. v. Francia*, relative alla possibilità di adozione da parte di soggetti omosessuali, il giudice europeo afferma che, laddove sia prevista l'adozione da parte delle persone singole, questa non può essere preclusa ad alcuno sulla base del suo orientamento sessuale. È chiaro, in questi ultimi casi, che la questione si pone soltanto per quei Paesi che abbiano normativamente esteso l'istituto anche ai single e che, in base all'articolo 14 CEDU, non possono poi discriminare sulla base di una delle caratteristiche da esso protette. Ma è certamente con la decisione del noto caso *X & Altri v. Austria*³⁶ del 2013 che la Corte si confronta direttamente con il problema dell'idoneità della famiglia formata da persone dello stesso sesso ad accogliere e crescere un bambino. Qui la Corte, dopo aver

³⁵ La giurisprudenza della Corte EDU, in particolare, ci consegna al riguardo un copioso patrimonio di giurisprudenza che presenta numerose sfaccettature: dalla decriminalizzazione dei comportamenti omosessuali (*Dudgeon v the United Kingdom*, 1981) alla tutela antidiscriminatoria del singolo individuo (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portogallo*, 1999), sino al riconoscimento della vita privata e familiare delle coppie formate da persone dello stesso sesso (*Karner v. Austria*, 2003). Merita ricordare, in particolare, la decisione della Corte di Strasburgo adottata nel caso *Schalk & Kopf v. Austria* (del 24 giugno 2010, n. 30141/04), con la quale il giudice europeo perviene alla conclusione che la Convenzione non esclude ma neppure impone il matrimonio tra persone dello stesso sesso, riconoscendo però la dignità di "famiglia" anche alle unioni formate da persone dello stesso sesso e il diritto a vedere tutelata la propria condizione. In *Vallianatos & Altri v. Grecia* (del 7 novembre 2013, n. 29381/09 e 32684/09), la Corte EDU riconosce la discriminazione in base all'orientamento sessuale dovuta al divieto di accesso alle unioni civili registrate stabilito in Grecia per le coppie composte da persone dello stesso sesso, ritenendosi doveroso garantire un, se pur minimo, riconoscimento giuridico a tali unioni. Da ultimo in *Oliari & Altri v. Italia* (del 21 luglio 2015 e divenuta definitiva il 21 ottobre 2015, n. 18766/11 e 36030/11) la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per la mancata previsione da parte del legislatore, nonostante i numerosi solleciti delle sue superiori Corti, di un istituto giuridico, anche diverso dal matrimonio, che riconosca una relazione tra persone dello stesso sesso, poiché la mancanza di riconoscimento giuridico di tali unioni determina una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare come enunciato dall'articolo 8 della Convenzione.

³⁶ Corte europea per i diritti dell'uomo, 19 febbraio 2013, *X & Others v. Austria*, causa n. 19010/07.



ribadito che anche le unioni omosessuali godono del diritto alla vita familiare (art. 8 CEDU), ha chiarito espressamente che le coppie dello stesso sesso non possono essere ritenute a priori inidonee a crescere un figlio³⁷. Se fino a quel momento si era trattato di riconoscere la dignità di “famiglia” del legame affettivo tra persone dello stesso sesso, ora i giudici europei aggiungono un altro tassello assicurando tutela anche ai rapporti verticali, in questo caso al legame tra il partner del genitore biologico e il figlio di quest’ultimo. Pertanto, si condanna l’Austria per non aver garantito alle coppie omosessuali la medesima possibilità di accedere alla *second-parent adoption* (o *step-child adoption*) così come riconosciuto delle coppie non coniugate eterosessuali. Più che il diritto di adottare, la sentenza ha ad oggetto il diritto a non essere discriminati, in relazione alla possibilità di adottare il figlio del proprio compagno, una possibilità ammessa per una coppia eterosessuale, anche se non sposata, ma ingiustificatamente esclusa ad una coppia gay, nella medesima situazione specifica³⁸.

In questa, così come nelle altre sentenze, il giudice di Strasburgo, tra gli altri argomenti, insiste sul principio dei *best interests of the child* per rafforzare le proprie conclusioni: il governo austriaco viene condannato non soltanto perché non è stato in grado di provare che essere cresciuto da due madri o da due padri è sempre dannoso per un bambino, ma anche perché in tal modo ha impedito al giudice *a quo* di valutare concretamente ciò che meglio avrebbe risposto all’interesse del minore. Di conseguenza, e in mancanza di altre serie ragioni che giustifichino un divieto assoluto di adottare da parte del compagno omosessuale del genitore, la Corte europea afferma che è meglio lasciare che i giudici interni valutino caso per caso se disporre o meno l’adozione, come la legge austriaca prevede se la coppia è eterosessuale. Se in gioco c’è il diritto della coppia e del minore a una relazione affettiva stabile non è possibile che un ordinamento vieti l’ulteriore formalizzazione di tale relazione esclusivamente per ragioni di orientamento sessuale e non si comporti allo stesso modo per le coppie eterosessuali che si trovano nelle medesima situazione. Pertanto, una legislazione che

³⁷ Si veda, tra gli altri, il commento di A.M. Lecis Cocco-Ortu, “La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio”, www.forumcostituzionale.it, 15 marzo 2013.

³⁸ Di questo avviso, per esempio, R. Conti, “La CEDU, l’adozione e le coppie dello stesso sesso”, *Questionegiustizia*, 2013 e S. Rossi, “Possibile l’adozione del figlio del partner gay – CEDU, X & Altri v. Austria”, *Personaedanno*, 2013.



escluda a priori le sole coppie omosessuali dall'accesso all'adozione (o, come in questo caso, alla *step-child adoption*) ammettendovi invece le coppie eterosessuali, ancorché non coniugate, risulta discriminatoria in base all'art. 14 CEDU. In via generale, la Corte ribadisce che la tutela della famiglia "tradizionale" è un fine legittimo, idoneo astrattamente a giustificare una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Nondimeno, non c'è stato fino ad ora un solo caso, nell'ultimo decennio almeno, in cui la Corte abbia considerato concretamente fondata tale giustificazione. Lo Stato deve "provare che escludere una determinata categoria di persone appare come una misura necessaria al fine di raggiungere tale scopo"³⁹; in altre parole, che per proteggere la famiglia tradizionale è necessario (e non semplicemente proporzionale) escludere le coppie gay e lesbiche dall'adozione del figlio del partner. Infatti, prosegue la Corte, "in assenza di argomenti, di studi scientifici o di altri elementi di prova in grado di dimostrare che le famiglie omogenitoriali non possono in alcun caso occuparsi di un figlio"⁴⁰, la supposta inidoneità delle coppie omosessuali a crescere un figlio non può essere legittimamente addotta come giustificazione alla disparità di trattamento tra coppie conviventi. Ne consegue che l'obiettivo della tutela della cosiddetta famiglia tradizionale, per quanto legittimo possa essere, non può essere perseguito andando a discapito della garanzia minima di tutela delle altre tipologie di famiglia, riconosciute e protette dall'art. 8 CEDU, secondo l'interpretazione evolutiva che ne è stata data dalla Corte.

Dalla lettura della giurisprudenza europea emerge un massiccio utilizzo del principio del superiore interesse del minore al quale, tuttavia, non si accompagna un'altrettanta chiarezza sul significato, sulla funzione e sulla collocazione da attribuirgli⁴¹. A volte la Corte lo considera come un mero limite al diritto alla vita familiare degli adulti, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 8 CEDU, in funzione della protezione di un soggetto debole che in quel contesto sembra sfornito di altre autonome

³⁹ Corte europea per i diritti dell'uomo, *X & Others v. Austria*, par. 138-139.

⁴⁰ *Id.*, par. 142 e 146.

⁴¹ Tra le molte Corti europee per i diritti dell'uomo, *Raban v. Romania*, 2010, n. 25437/08, par. 28, V; *Van Den Berg e Sarri v. Olanda*, 2010, n. 7239/08 (dec.); *Šneerson e Kampanella v. Italia*, 2011, n. 14737/09, par. 85; *B. v. Belgio*, 2012, n. 4320/11, par. 62; *M.R. e L.R. v. Estonia*, 2012, n. 13420/12, par. 37, V; *G.S. v. Georgia*, 2015, n. 2361/13, par. 45; *Mamchur v. Ucraina*, 2015, n. 10383/09, par. 100; *N.P. v. Moldavia*, 2015, n. 58455/13, par. 66.



tutele, e in questo senso lo fa agire solo in casi gravi, in cui vi è pericolo per la salute fisica o psichica del bambino. Altre volte, invece, lo invoca come un corollario, un'estensione o meglio un rinforzo dell'uno o dell'altro diritto convenzionale del minore di età, e così se ne serve per condizionare le operazioni di bilanciamento con altri diritti convenzionali sia dello stesso minore, sia di altri soggetti. In quest'ultima evenienza, la conseguenza possibile è lo spostamento dell'esito del bilanciamento a favore del minore, e a scapito degli adulti, anche al di fuori delle situazioni di grave pericolo che legittimano l'intervento del principio dei *best interests* nella prima delle due versioni. Un simile ambiguità concettuale fa sì che il richiamo ai *best interests of the child* funzioni davvero come una scatola vuota, perché consente alla Corte europea di accedere a ogni possibile soluzione del caso concreto senza argomentare i motivi della sua scelta. Per esempio, nel caso *X & Altri v. Austria*, la maggioranza ricorre alla formula dei *best interests* per stigmatizzare il governo austriaco che, discriminando le coppie omosessuali, ha impedito al giudice di valutare nel caso concreto cosa meglio rispondesse al bene del bambino. La critica dei giudici dissenzienti muove proprio da questo stesso argomento per ribaltarlo a proprio favore: si afferma infatti che, nel caso di specie, quel minore aveva già una famiglia, e cioè una madre legale, convivente con la donna che voleva adottarlo, e un padre legale, con cui egli manteneva buoni rapporti, e dunque “nessun elemento provava che fosse nei *best interests of the child*” modificare il suo equilibrio familiare. Il rischio è che il richiamo al principio del preminente interesse del minore costituisca una scappatoia per i giudici della Corte europea dall'onere di offrire un'adeguata motivazione per le proprie scelte: in altri termini, dalle enunciazioni di principio non emerge chiaramente quale trattamento essa ritenga di dover riservare, all'interno di un simile bilanciamento, all'interesse del minore. Traspare allora più un uso retorico che non sostanziale del principio in parola allorché la considerazione dei *best interests of the child* sembra non spostare l'ago della bilancia, e che le decisioni dei casi concreti prese a Strasburgo dipendano quasi esclusivamente da un bilanciamento tra diritti fondamentali delle persone coinvolte, adulte e minori, ed eventualmente interessi generali della società, che potrebbe essere identico anche se non fosse presente, nella motivazione della sentenza, un rimando testuale a tale principio⁴².

⁴² Di questo avviso, per esempio, C. Danisi, “Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto



L'ambiguità sul contenuto e sulla collocazione dei *best interests* si ritrova anche nella giurisprudenza italiana, anche se in misura minore: come i giudici europei anche quelli italiani invocano il principio dei *best interests* per stabilire l'affidamento del figlio al genitore omosessuale, per consentire l'adozione co-parentale anche alle coppie dello stesso sesso, per ordinare la trascrizione degli atti di nascita di minori nati all'estero mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita o gestazione per altri, riconoscendo nel mantenimento e nella stabilizzazione giuridica del (formando o già formato) rapporto genitoriale il miglior interesse del bambino. La differenza sostanziale, tuttavia, risiede nel fatto che la Corte europea si trova sempre più lontana dal caso concreto di quanto non lo siano i giudici nazionali di merito e priva di strumenti istruttori per accertare i fatti ancora non chiariti. I giudici nazionali, inoltre, hanno ben saldo il riferimento allo specifico sistema sociale e culturale che consente loro di valutare in modo attendibile le decisioni politiche che si esprimono attraverso le leggi statali che contengono misure inderogabili di garanzia dell'infanzia in generale⁴³. A Strasburgo, di conseguenza, manca la preziosa possibilità, che invece le corti nazionali hanno, di contemperare l'esigenza di flessibilità delle soluzioni concrete per la tutela del singolo minore con l'esigenza di rigidità assoluta di alcune regole legislative poste a tutela di tutti i minori, intesi come categoria di soggetti bisognosi di speciale protezione.

Sebbene sul piano concettuale e culturale sia oggi pressoché unanime la centralità del principio dei *best interests of the child*, il dibattito che sta investendo la sua formulazione, il suo significato, nonché la sua portata applicativa, ha messo in luce i molteplici problemi, teorici e pratici, che contribuiscono a frammentare il terreno normativo e giurisprudenziale soprattutto nell'ambito del diritto di famiglia, laddove il riferimento all'interesse del minore è maggiormente ricorrente. Esso costituisce, infatti, il criterio guida per l'adempimento del dovere di educazione dei genitori (art. 147 c.c.),

all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo", www.articolo29.it, 2014, che, con riferimento alle sentenze *Labassee v. Francia* e *Mennesson v. Francia* del 2014 in tema di trascrizione del certificato di nascita del bambino nato da gestazione per altri, sostiene che la Corte europea "avrebbe potuto raggiungere la stessa conclusione facendo unicamente uso della giurisprudenza in materia di identità personale".

⁴³ Su queste divergenze di orientamento dei giudici minorili italiani rispetto alla Corte europea si sofferma, per esempio, L. Lenti, "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: espansione e trasformismo", *La nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 155 ss.



il principio fondamentale in base al quale decidere dell'affidamento dei figli in occasione della separazione e del divorzio (art. 155 c.c.), la bussola per orientare i provvedimenti del giudice in materia di potestà genitoriale, di adozione o di ogni altra decisione o scelta fondamentale che concerna il benessere del minore stesso. Ma cosa realmente siano i *best interests of the child* e quale funzione debbano assumere nelle decisioni concernenti il benessere materiale e morale del minore, appare per molti aspetti controverso. I *best interests of the child* sono così divenuti in pochi decenni la locuzione sotto la quale ricomprendere (acriticamente) quell'unanime riconoscimento a livello internazionale dei diritti dei minori e della necessità prioritaria di perseguire il loro bene. Tuttavia, la difficoltà già accennata di trovare un preciso significato al principio in parola ha alimentato le preoccupazioni di chi già guardava con sospetto una nozione vaga e indeterminata, una nozione che, per usare le parole di Ronfani, appare come una "formula magica"⁴⁴ a disposizione del giudice per raggiungere un qualsiasi risultato. Ed in effetti la sua intrinseca indeterminatezza attribuisce agli organi giudicanti la massima discrezionalità di decidere caso per caso in base alla situazione particolare, agli interessi in gioco di volta in volta, alla società e alla cultura di riferimento.

Questo indubbiamente apre problemi interpretativi e applicativi, soprattutto nei sistemi di *civil law* (e, tra questi, il nostro) in cui, secondo molti, lo stesso principio di legalità verrebbe messo a dura prova. In qualsiasi ordinamento giuridico risulta necessario, quindi, tenere sotto stretto e attento controllo l'impiego e i contenuti della clausola dei *best interests* per evitare, da un lato, che da strumento di flessibilizzazione diventi il fondamento di una serie di regole generali e astratte, connotate conseguentemente da un certo grado di rigidità e, dall'altro, per evitare di perdersi nella molteplicità di significati che generano profonda ambiguità e impediscono di individuare effetti certi e costanti dalla sua applicazione. In altri termini, è necessario che tale clausola continui a servire al giudice come strumento per considerare la specificità delle diverse situazioni e per operare le necessarie valutazioni del caso

⁴⁴ P. Ronfani, "L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?", *Sociologia del diritto*, 1 (1997), pp. 47-93. La famosa definizione del superiore interesse del minore come "formula magica" si deve, a sua volta, a J. Carbonnier, *Droit Civil, I.2, La famille, les incapacités*, Parigi, Presses Universitaires de France, 1969.



concreto, senza al contempo trasformarsi in una scatola “magica” fonte di assoluta arbitrarietà. La giurisprudenza italiana sembra avere maggiormente chiara questa esigenza che consiste nella difficile ma necessaria sintesi, nella ricerca del punto di equilibrio, tra le due opposte esigenze di rigidità e di flessibilità delle regole. Entrambe devono essere sempre tenute presenti, soppesate e infine poste in ragionevole bilanciamento tra loro e, di conseguenza, resta vietato ogni irragionevole e ingiustificato squilibrio nell’una o nell’altra direzione. Così, per esempio, nelle sentenze del Tribunale dei minorenni di Roma, quelle che hanno accolto la richiesta di adozione del minore da parte della co-madre o del co-padre sociale in coppie dello stesso sesso, troviamo sempre una scrupolosa ricostruzione del caso concreto, un’attenta analisi dei legami familiari e del benessere psico-fisico del minore condotta da esperti, una precisa argomentazione logico-giuridica che giustifica quello specifico bilanciamento degli interessi e la conseguente flessibilizzazione dell’istituto adottivo. Il principio del superiore interesse del minore è sì presente e richiamato, ma soltanto al termine della motivazione, a coronamento di un ragionamento giuridico che ha individuato in quello specifico assetto di interessi la soluzione migliore a garantire il massimo benessere possibile per il bambino in questione.

La determinazione di quali siano i “migliori interessi” del bambino non è quindi univoca e, soprattutto, non è detto che sia quella “ideale” in assoluto. Lo standard dei *best interests* nasce per esigenze di giustizia sostanziale nel caso concreto, per dare voce agli interessi di soggetti “incompetent or incapacitated”, affidando a un terzo imparziale la risoluzione del conflitto. Pensare a questo standard come allo strumento per trovare la soluzione “perfetta” per ogni situazione è fuorviante e anche improprio: si tratta piuttosto di un criterio di ragionevolezza. Nel momento applicativo, il ricorso ai *best interests* può, infatti, condurre a un risultato positivo così come a uno negativo: in primo luogo, perché il bilanciamento tra i diversi interessi e la conseguente valutazione costi/benefici potrebbero essere effettuati in maniera errone, sia per mancanza di informazioni rilevanti da parte del giudice, sia a causa di pregiudizi o stereotipi che, più o meno consapevolmente, lo influenzano; in secondo luogo, perché di fronte alle sfide sempre più complesse di realtà sociali composite, nella commistione di tradizioni culturali e religiose, diventa molto più complesso conciliare le diverse visioni di ciò che



è bene e ciò che è male per il minore; e, in terzo luogo, perché spesso potrebbe non essere chiara o potrebbe essere fraintesa l'interpretazione dei diritti e dei doveri dei soggetti coinvolti e della loro posizione giuridica.

Si pone, in particolare, il problema del ruolo dell'interprete, cioè del giudice, nello stabilire cosa sia o meno nel miglior interesse del bambino, perché è evidente che "ogni qualvolta si stabilisce che qualcosa è, più di qualcos'altro, nell'interesse del bambino inevitabilmente si segue una certa concezione della persona umana e della vita piuttosto che un'altra"⁴⁵. Ciò diventa ancora più complesso nella società globalizzata attuale, dove entra in gioco anche il fattore della diversità culturale e religiosa, cosicché "i giudici di uno Stato islamico e i giudici italiani possono raggiungere risultati perfettamente opposti pur applicando entrambi con coscienza il principio del miglior interesse del bambino, i primi seguendo la *sharia* e i secondi i diritti fondamentali di matrice occidentale"⁴⁶. Certamente, non si può negare una certa plausibilità alla critica di vuotezza del principio in parola, il quale, quindi, preso di per se stesso non è in grado di dirci quando una certa soluzione sia accettabile e quando invece non lo sia e questo perché necessita di essere riempito di significato, necessita cioè di una previa valutazione normativa. Attualmente gli unici punti fermi, elaborati anche in sede internazionale dal Comitato sui diritti del fanciullo, definiscono in negativo alcuni contenuti dei *best interests*, ovvero ci dicono ciò che sicuramente non è nell'interesse del minore: le punizioni corporali in famiglia, a scuola o in altre istituzioni⁴⁷; le mutilazioni genitali femminili; la fissazione per legge di un'età matrimoniale troppo bassa, la discriminazione; il ritorno in famiglia a rischio di abusi e maltrattamenti e così via. Nella sua accezione di principio generale, come è stato per lo più interpretato nei sistemi di *civil law*, forse sarebbe più corretto parlare di *best interests of children*, rappresentando un *asset* di valori, culturalmente e socialmente condivisi, che

⁴⁵ C. Focarelli, "La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di 'best interests of the child'", *Riv. Dir. Intern.*, 4 (2010), pp. 985-986.

⁴⁶ Ivi, p. 986.

⁴⁷ Estremamente interessante, a tal riguardo, è la decisione della Corte costituzionale del Sud Africa, *Christian Education South Africa v. Minister of Education*, del 4 maggio 2010, che ha sancito l'incostituzionalità del ricorso a punizioni corporali sui minori all'interno delle scuole cristiane evangeliche. Pur riconoscendo la libertà religiosa e il carattere multiculturale della società sudafricana, la Corte ha ritenuto prevalente l'interesse dello Stato a proteggere i minori da trattamenti degradanti e umilianti.



individuano in astratto cosa è meglio per i minori (si veda il principio della bigenitorialità, il principio dell'ascolto del minore, la scoperta delle origini dell'adottato e così via). Se invece si vuole continuare a parlare di *best interests of the child* bisognerebbe, più correttamente, restituire a tale concetto la sua natura originaria di standard, di test giudiziario, con la consapevolezza del grande spazio di discrezionalità (e indeterminatezza) che in tal modo si consegna al giudice. Ciò, ad avviso di chi scrive, non significa modificare il DNA dei sistemi di *civil law*, con la conseguente trasformazione del giudice in legislatore del caso concreto, ma prendere atto che un'impostazione giuridica che procede per rigide classificazioni giuridiche, per categorie di soggetti astrattamente definiti risulta semplicemente inadeguata alla prova dei fatti, continuamente in affanno di fronte alle sfide della complessità umana che, al contrario, si caratterizza per la coesistenza di una pluralità di esperienze culturali e personali varie e eterogenee⁴⁸.

4. Il minore nella famiglia omogenitoriale: una realtà che già esiste⁴⁹

La difficoltà nel determinare che cosa realmente siano i *best interests* del minore e quale sia in concreto il massimo benessere possibile per il bambino, come evidenziato nel paragrafo precedente, ci porta direttamente al punto, forse il più controverso, che agita maggiormente il dibattito sull'omogenitorialità: i ragazzi stanno bene? Come crescono i bambini all'interno di contesti caratterizzati dall'omosessualità di uno o entrambi i genitori? Gay e lesbiche sono adatti a svolgere il ruolo di genitori? I figli cresciuti da coppie omosessuali presentano poi caratteri particolarmente problematici? Il focus deve

⁴⁸ Sul tema si può vedere E. Santoro, *Diritto e diritti. Lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008.

⁴⁹ In mancanza di dati Istat più recenti, prendiamo a riferimento l'indagine "Modi Di" del 2005, la prima ricerca sulla salute e il benessere della popolazione omosessuale italiana, finanziata dall'Istituto superiore di sanità e realizzata su un campione di circa 7000 individui. Secondo la ricerca, gli omosessuali che dichiarano di essere genitori sono il 5%, mentre per gli intervistati di età superiore ai 40 anni il dato sfiora il 20%. Considerato che in Italia la percentuale di omosessuali è stimata al 7%, risulta che nel nostro paese almeno un centinaio di migliaia di bambini e giovani adulti hanno un genitore omosessuale. Si stima che il 17,7% dei gay e il 20,5% delle lesbiche con più di 35 anni hanno almeno un figlio. La quota scende ma rimane significativa se si considerano tutte le fasce d'età. Sono genitori un gay o una lesbica ogni venti. Per la precisione il 5% dei primi (il 4,7% è padre biologico) e il 4,9% delle seconde (il 4,5% biologica). Dati disponibili all'indirizzo web: <http://www.lelleri.it/wp-content/uploads/2012/09/omogenitorialita.pdf> (Ultimo accesso: 10 maggio 2016). Per ulteriori dati sulla realtà omogenitoriale in Italia si consiglia F. Ferrari, "La ricerca scientifica sull'omogenitorialità", in P. Bastianoni, C. Baiamonte (a cura di), *Famiglie omogenitoriali. Il diritto dei bambini al riconoscimento delle loro relazioni familiari*, Bergamo, Edizioni Junior, 2015.



essere sui bambini, sulle pratiche di sviluppo e di crescita dei bambini stessi e delle famiglie che li accolgono, cercando il più possibile di evitare posizioni ideologiche, acritiche o fondate soltanto su stereotipi e pregiudizi. Anzitutto, esiste il rischio di sovrapporre e confondere situazioni eterogenee strutturalmente diverse tra loro, alcune delle quali possibili anche in Italia (è il caso di figli nati da precedenti relazioni eterosessuali o adottati dal partner dello stesso sesso *ex art.* 44, l. 184/1983), mentre altre possibili soltanto all'estero (è il caso dell'adozione congiunta, del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita o della surrogazione di maternità). Lesbiche e gay in modo crescente stanno diventando genitori, da soli o nel contesto di una relazione omosessuale. La maggior parte delle lesbiche che concepisce un bambino lo fa usando tecniche alternative di inseminazione, con il seme di un donatore esterno (inseminazione eterologa). Il donatore può, poi, rimanere completamente anonimo oppure, mediante accordi specifici, essere identificabile quando il bambino sarà adulto, o essere completamente noto. Sull'altro versante, un numero crescente di uomini gay sceglie di divenire padre attraverso l'assistenza di una madre surrogata che porta in grembo il bambino. Altri fanno accordi per essere co-genitori con una donna *single* o con una coppia lesbica. Ancora, altri uomini partecipano al concepimento come donatori, comunemente con una coppia lesbica, essendo d'accordo nel mantenere livelli variabili di coinvolgimento nella vita del bambino ma senza assumere le responsabilità di genitore che rimane in capo alla coppia di donne. Infine, diversi Stati riconoscono la possibilità di adozione da parte di coppie gay. Si tratta di situazioni strutturalmente molto differenti tra loro e che richiederebbero un'analisi separata e specifica, risultando specificamente diversa la situazione di un minore che viene adottato o viene affidato alla coppia o al singolo genitore omosessuale e quella del bambino che viene cresciuto sin dall'inizio in una famiglia omogenitoriale. Quest'ultima condizione pone importanti interrogativi su come il mutamento della stessa organizzazione strutturale familiare possa ripercuotersi sui percorsi legati alla costruzione dell'identità dei bambini che vi crescono, anche in relazione alle dinamiche sociali interpersonali che si sviluppano.

Negli ultimi decenni si sono moltiplicati gli studi e le ricerche su questi fenomeni. Ad oggi, dopo circa trent'anni di ricerca scientifica e decine di studi



pubblicati sull'argomento, la maggior parte di tipo psicologico e sociologico⁵⁰, non si sono evidenziate particolari carenze in termini di qualità genitoriale nelle famiglie omogenitoriali⁵¹. Sulla base delle evidenze scientifiche, già dal 1995 la APA (*American Psychiatric Association*) era pervenuta alla conclusione che i gay e le lesbiche possono, al pari degli eterosessuali, essere buoni genitori e i bimbi da loro cresciuti sono altrettanto equilibrati. Nel 2005 anche l'*American Psychological Association* ha pubblicato una sintesi che organizza i numerosi studi scientifici rispetto al tema dei genitori omosessuali dal titolo: *Lesbian & Gay Parenting*⁵². I risultati a cui questa sintesi perviene sono piuttosto chiari: gli adulti omosessuali sono adatti come quelli

⁵⁰ Tra i numerosi studi condotti, soprattutto di tipo psicologico e sociologico, possiamo menzionare alcuni dei più recenti: J. Adams, R. Light, "Scientific Consensus, the Law, and Same Sex Parenting Outcomes", *Social Science Research*, 53 (2015), pp. 300-310; S.R. Crouch, E. Waters, R. McNair, J. Power, E. Davis, "Parent-reported measures of child health and wellbeing in same-sex parent families: a cross-sectional survey", *BMC Public Health*, 14 (2014) 635, pp. 1-12; R.H. Farr, S.L. Forsell, C.J. Patterson, "Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?", *Applied Developmental Science*, 14 (2014) 3, pp. 164-178; A. Goldberg, J. Smith, "Predictors of psychological adjustment in early placed adopted children with lesbian, gay, and heterosexual parents", *Journal of Family Psychology*, 27 (2013) 3, pp. 431-42; M.J. Rosenfeld, "Nontraditional Families and Childhood Progress Through School", *Demography*, 47 (2010) 3, pp. 755-775. Per ulteriori dati e indagini si rimanda all'indirizzo web dell'American Psychological Association: <http://www.apa.org> (Ultimo accesso: 10 maggio 2016).

⁵¹ Questo non significa che non via siano anche studi contrari, che hanno rilevato difficoltà maggiori di apprendimento e di integrazione sociale per i minori nati e cresciuti in coppie dello stesso sesso: si veda, per esempio, M. Regnerus, "How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study", *Social Science Research*, 41 (2012), 4, pp. 752-770; D.W. Allen, "High school graduation rates among children of same-sex households", *Review of Economics of the Household*, 11 (2013) 4, pp. 635-658 e D.P. Sullins, "Emotional Problems among Children with Same-sex Parents: Difference by Definition", *British Journal of Education, Society and Behavioural Science*, 7 (2015) 2, pp. 99-120.

⁵² Si veda, in particolare, American Psychological Association, *Lesbian and Gay Parenting*, www.apa.org/pi/lgbtc/, Washington, 2005. Lo studio curato da C. Patterson prende in esame circa 150 ricerche dei decenni precedenti per concludere che "gli ambienti domestici forniti da genitori omosessuali hanno la stessa probabilità di quelli forniti da genitori eterosessuali di supportare e realizzare lo sviluppo psicosociale dei figli". Nel decennio successivo, ancora molte altre ricerche (come quelle di Gartrell, Bos, Stacey, Biblarz, Van Gelderen, Goldberg) hanno confermato questi dati. Documenti consultabili all'indirizzo web: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting.aspx> (Ultimo accesso: 10 maggio 2016). Si consiglia, infine, T.J. Biblarz, J. Stacey, "How Does the Gender of Parents Matter?", *Journal of Marriage and Family*, 72 (2010), pp. 3-22, che riporta i risultati di un'ampia indagine su quanto e come il genere dei genitori conti nell'educazione e nello sviluppo dei figli. Coloro che si scagliano contro una fantomatica "ideologia del gender" rimarrebbero sorpresi (o forse no) nello scoprire quanto di falso e ideologico si nasconde dietro questa chimera. Anche l'Associazione Italiana di Psicologia ha ritenuto opportuno intervenire per rasserenare il dibattito italiano sui temi della diffusione degli studi di genere e orientamento sessuale nelle scuole italiane e per chiarire l'inconsistenza scientifica del concetto di "ideologia del gender". Esistono, al contrario, studi scientifici di genere, meglio noti come *Gender Studies* che, insieme ai *Gay and Lesbian Studies*, hanno contribuito in modo significativo alla conoscenza di tematiche di grande rilievo per molti campi disciplinari (dalla medicina alla psicologia, all'economia, alla giurisprudenza, alle scienze sociali) e alla riduzione, a livello individuale e sociale, dei pregiudizi e delle discriminazioni basati sul genere e l'orientamento sessuale.



eterosessuali a fornire un sostegno e un ambiente sicuro ai loro figli⁵³. Non è stata riscontrata alcuna differenza significativa nelle salute mentale dei bambini di coppie omosessuali rispetto a quelli di coppie eterosessuali, riguardo lo sviluppo della personalità, le relazioni sociali e la formazione di una propria identità sessuale. Anche l'Associazione Italiana di Psicologia giunge nel 2011 a simili conclusioni, affermando che:

[I]e affermazioni secondo cui i bambini, per crescere bene, avrebbero bisogno di una madre e di un padre, non trovano riscontro nella ricerca internazionale sul rapporto fra relazioni familiari e sviluppo psico-sociale degli individui. Infatti i risultati delle ricerche psicologiche hanno da tempo documentato come il benessere psico-sociale 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. In altre parole, non sono né il numero né il genere dei genitori – adottivi o no che siano – a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano. In particolare, la ricerca psicologica ha messo in evidenza che ciò che è importante per il benessere dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano conviventi, separati, risposati, single, dello stesso sesso. I bambini hanno bisogno di adulti in grado di garantire loro cura e protezione, insegnare il senso del limite, favorire tanto l'esperienza dell'appartenenza quanto quella dell'autonomia, negoziare conflitti e divergenze, superare incertezze e paure, sviluppare competenze emotive e sociali⁵⁴.

Quello che anche la più recente giurisprudenza ha evidenziato essere l'interesse primario del minore è, infatti, la stabilità del rapporto con il genitore, non importa se biologico. Sembra essersi assestata una convergenza nel senso di collegare il massimo benessere possibile del minore alla valorizzazione massima della concretezza del rapporto affettivo e familiare già esistente di fatto. Al giudice, pertanto, deve essere data la possibilità di compiere queste valutazioni nel caso concreto a partire dalle relazioni familiari reali, dovendosi ritenere discriminatoria la presunzione di inidoneità genitoriale di un soggetto soltanto perché omosessuale. Non è un caso che il Tribunale per i minorenni di Bologna abbia avvertito la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui “non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato il riconoscimento della sentenza straniera che abbia

⁵³ Adottata dal Consiglio dei Rappresentanti dell'APA, 20-30 luglio, 2004.

⁵⁴ Associazione Italiana di Psicologia, “L'ammissibilità dell'adozione di minori da parte di una singola persona”, comunicato scaricabile all'indirizzo: <http://www.aipass.org/files/Comunicato%20adozioni.pdf> (Ultimo accesso: 10 maggio 2016).



pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio del caso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)”⁵⁵. In particolare, vengono richiamati, da un lato, gli artt. 2 e 3 Cost. (nella misura in cui la normativa sacrifica in modo assoluto e incondizionato i rapporti familiari, stabili e giuridicamente formalizzati, della ricorrente con la coniuge e la minore, ad esclusivo vantaggio dell’interesse dello Stato a non mettere in discussione il modello eterosessuale del matrimonio) e, dall’altro, gli artt. 2, 30 e 31 Cost. (in quanto il veto assoluto di riconoscibilità della decisione straniera impedisce al giudice di verificare concretamente i *best interests of the child*, così come invece richiesto da diverse Convenzioni internazionali e dalla stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea). Sembra chiaro l’intento dei giudici bolognesi di sollevare il profilo problematico della valutazione giurisdizionale del “massimo benessere possibile del fanciullo”, nel contesto dell’adozione legittimante, in relazione allo sbarramento rappresentato dal mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale rispetto agli *status* di filiazione. Non a caso viene richiamata anche la giurisprudenza di Strasburgo che, in un caso riguardante una donna *single* che chiedeva la trascrizione, in Lussemburgo, di una sentenza di adozione pronunciata in Perù, evidenzia nettamente come i *best interests of the child* siano in grado di limitare la possibilità per gli Stati di non riconoscere sentenze straniere di adozione, in quanto il rifiuto di concedere l’*exequatur* della sentenza costituirebbe un’interferenza con il diritto del minore al rispetto della vita familiare protetto dall’art. 8 CEDU⁵⁶. Il giudice ritiene quindi di dubitare, limitatamente al riconoscimento giuridico di pronunce straniere, della legittimità costituzionale della normativa italiana, nella misura in cui l’univocità del modello familiare italiano produce effetti dirompenti sui *best interests of the child*⁵⁷.

⁵⁵ Trib. Min. Bologna, Ordinanza del 10 novembre 2014.

⁵⁶ Corte europea per i diritti dell’uomo, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, causa n. 76240/01.

⁵⁷ Per un maggior approfondimento si rimanda al commento di E. Bilotti, “Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di “step-child adoption” da parte del coniuge “same sex” del genitore biologico: il Tribunale per i minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983”, www.dirittocivilecontemporaneo.com, anno I, numero III, (2014).



È allora evidente che, sebbene la clausola dei *best interests* rimanga vaga e indeterminata (com'è per natura), ci sono alcuni punti fermi, alcuni principi-guida desumibili dagli studi e dalle ricerche condotti nei diversi ambiti scientifici. Studi e ricerche che, da tempo, hanno individuato, tra gli interessi primari del bambino, la stabilità e la continuità delle relazioni affettive e familiari, la necessità di attenzione e cura e l'importanza di essere ascoltato e non discriminato⁵⁸ e ciò anche alla luce del

⁵⁸ È particolarmente significativa, in questo senso, la ricostruzione del quadro normativo italiano relativo al diritto all'ascolto del minore e, in particolare, il riferimento al decreto legislativo n. 154 del 2013 che in ossequio a quanto previsto dalla legge di riforma dello stato dei figli (legge n. 219 del 2012) ha provveduto ad adeguare e integrare le disposizioni che rinviano all'ascolto del minore con i nuovi parametri indicati in materia dal legislatore e, al contempo, ha innovato profondamente la disciplina, tanto dal punto di vista sostanziale, quanto dal punto di vista procedurale. La legge del 2012 ha introdotto nel tessuto codicistico, in materia di filiazione, l'art. 315 *bis* c.c., norma che riconosce una maggiore centralità al ruolo del minore sia all'interno del processo, estendendo le possibilità di ascolto del minore a tutti i procedimenti che lo riguardano, sia nella relazione con i genitori, introducendo e, nel contempo, rafforzando il concetto di responsabilità genitoriale. Tale articolo, infatti, recependo ciò che sul piano internazionale è disposto dall'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e, nel contesto europeo, il contenuto degli artt. 3 e 6 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori e le prescrizioni di cui all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, afferma in via generale il diritto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. La rubrica stessa della nuova disposizione (*Diritti e doveri del figlio*) rivela la portata innovativa, giacché si fa riferimento non ai poteri del giudice e all'ascolto del minore, limitatamente a un determinato procedimento, bensì ad una vasta gamma di procedure e questioni, nelle quali al figlio minore d'età è conferito un diritto ben preciso, a che si tenga conto della sua opinione, sebbene sempre in considerazione della sua età e capacità di comprensione, ponendosi dunque a garanzia del suo superiore interesse in ogni relazione familiare a prescindere dalla fase fisiologica o patologica del rapporto genitoriale. Da un lato, quindi, viene valorizzato il diritto del minore di essere ascoltato e di essere preso in considerazione e, dall'altro, viene spostato l'accento dalla potestà al dovere genitoriale di curare, istruire, educare e mantenere la prole nel rispetto delle capacità (ossia delle attitudini psicofisiche), della inclinazione naturale (ossia delle propensioni in rapporto alla capacità) e delle aspirazioni dei figli (intese come fattore soggettivo determinante le scelte di vita), cosicché l'esercizio delle funzioni genitoriali possa essere inquadrato e valutato come un compito volto alla realizzazione dei *best interests* del bambino. La portata innovativa della norma innanzi citata rappresenta sia il punto di arrivo, sia il punto di partenza di un percorso, lungo e faticoso, di emancipazione del minore da oggetto di protezione all'interno della famiglia a soggetto di diritti. È punto di arrivo, poiché per la prima volta il legislatore nazionale, compulsato anche dalle istanze europee (si vedano, per esempio, le pronunce della Corte di Giustizia di Lussemburgo che è costante nel ribadire che nei procedimenti concernenti l'esercizio della responsabilità genitoriale, ai sensi del regolamento di Bruxelles n. 2201/2003, le decisioni devono essere assunte nel rispetto dei diritti fondamentali del bambino come tutelati dall'art. 24 della Carta di Nizza (così in *Deticek v. Sgueglia* del 2009), nonché le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, anch'essa costante nell'affermare che nei procedimenti ad alta conflittualità tra i genitori deve essere presa in considerazione la volontà del minore (si vedano, tra gli altri, i casi *Plaza v. Polonia* del 2011 e *Levin v. Svezia* del 2012) ha elevato il minore a titolare di un vero e proprio diritto a far sentire la sua voce in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. L'art. 315 *bis* c.c., quindi, può diventare, in qualche modo, il grimaldello normativo teso a scardinare definitivamente l'idea, assai diffusa nel mondo degli adulti, di sentirsi padroni dei figli. In effetti, già a partire dall'introduzione nel codice civile del citato art. 155 *sexies*, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 22238 del 2009, hanno affermato che, in relazione all'art. 6 della Convenzione di Strasburgo, e alla luce della normativa italiana, si deve ritenere necessaria l'audizione del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in



fatto che “le trasformazioni delle tecniche e delle culture hanno inevitabilmente implicato una ridefinizione del concetto di genitorialità e di filiazione”⁵⁹. Cosicché “la separazione tra sessualità e riproduzione, l’emancipazione della donna non più solo riproduttrice all’interno del modello patriarcale, l’accentuazione dell’affettività a spese della convenienza del dispositivo coniugale hanno necessariamente implicato una revisione dei valori della coppia e della famiglia”⁶⁰.

5. Considerazioni conclusive

Qual è il “buon genitore”? Quello che mette a disposizione la propria biologia o quello che cresce il figlio fornendogli cure e sicurezza? A volte infatti le due opzioni non coincidono, vuoi perché molti genitori biologici non sono capaci di fornire cure e sicurezza, vuoi perché genitori non biologici (o coppie di genitori di cui uno solo è biologico) lo sono.

La questione dell’omogenitorialità 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 psicologia, la sociologia, la pedagogia di cui non sempre il giurista è a conoscenza, senza contare l’incidenza degli aspetti religiosi, etici e culturali. In questo scritto si è scelto di affrontare il tema nell’ottica della protezione del minore che nasce o viene accolto in una famiglia omogenitoriale. Due sono i quesiti principali. Il primo: gay e lesbiche sono adatti a svolgere il compito di genitore? Su questo la giurisprudenza, avallata anche dalle scienze psicologiche, sembra nel complesso ritenere che da solo l’orientamento sessuale non faccia di una persona un genitore buono o cattivo.

Il secondo, ed è quello in assoluto più importante, riguarda i figli: i bambini cresciuti da coppie omosessuali presentano caratteri particolarmente problematici? In

contrasto con i suoi interessi fondamentali e dovendosi motivare l’eventuale assenza di discernimento dei minori che possa giustificare l’omesso ascolto. E anche più recentemente la Suprema Corte ha sottolineato come l’ascolto dei figli minori, che abbiano compiuto i dodici anni e anche di età inferiore ove capaci di discernimento, costituisca un adempimento necessario nelle procedure relative al loro affidamento, con la conseguenza che la violazione di tale obbligo nel primo grado del giudizio è causa di nullità della sentenza, che può essere fatta valere nei limiti e secondo le regole fissate dall’art. 161 c.p.c. e, dunque, è deducibile con l’appello (così, Cass. n. 5847/2013).

⁵⁹ V. Lingiardi, *Citizen Gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale*, Milano, Il Saggiatore, 2007, p. 105.

⁶⁰ *Ibid.*



altre parole, sono diversi da quelli allevati da coppie eterosessuali? Anche in questo caso la giurisprudenza sembra assestarsi sul fatto che, senza argomenti puntuali o studi scientifici seri in grado di dimostrare che crescere in una famiglia omogenitoriale sia dannoso per lo sviluppo psico-fisico del bambino, la risposta deve essere nel suo complesso negativa. Ricerche longitudinali su bambini e adolescenti hanno mostrato che non esistono differenze significative. Si è visto innanzitutto che il tipo di coppia genitoriale (etero, lesbica o gay) non incide in modo rilevante sulla identità di genere, sull'orientamento sessuale dei bambini, sulle loro preferenze in termini di giochi e attività. Ma, ancor più importante, uno studio condotto negli Stati Uniti con un campione nazionale di adolescenti che vivono con coppie omosessuali ed eterosessuali ha mostrato che il tipo di famiglia in cui crescono non produce differenze di rilievo neanche tra gli adolescenti né per quello che riguarda il benessere psicologico (autostima, sintomi di depressione, ansia), né rispetto alle relazioni con i genitori e alla loro popolarità con i coetanei (reti amicali, rapporti romantici), né riguardo ai comportamenti a rischio (uso di sostanze, atti criminosi), né per i risultati scolastici. I ricercatori hanno quindi concluso che la qualità delle relazioni all'interno del nucleo familiare incidono ben di più su questi fattori di quanto non faccia il tipo di famiglia. La risposta della ricerca psicologica e sociale è quindi chiara: lo sviluppo, l'adattamento e il benessere dei bambini e degli adolescenti non sono collegati con l'orientamento sessuale dei genitori⁶¹. Il "buon" genitore è colei o colui che cresce un figlio, lo ama, lo cura e lo protegge e non soltanto chi mette a disposizione il proprio patrimonio genetico. Genitori si diventa percorrendo consapevolmente una strada e non semplicemente concependo un figlio. La genitorialità è una funzione della mente, che si nutre di cura, attenzione, amore e rispetto per i figli. Più che con la nascita biologica, la genitorialità s'identifica con la realizzazione della nascita psicologica, emotiva, cognitiva, affettiva e relazionale di un bambino. È quanto sostengono le scienze psicologiche ed è anche la posizione fatta propria dalla più recente giurisprudenza che

⁶¹ Per un approfondimento si vedano, fra gli altri, A.E. Goldberg, *Omogenitorialità. Famiglie con genitori gay o lesbiche: studi e ricerche*, Trento, Centro Studi Erickson, 2015; C. Cavina, D. Danna, *Crescere in famiglie omogenitoriali*, Milano, Franco Angeli, 2009; C. Lalli, *Buoni genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Milano, Il Saggiatore, 2009; V. Scaramozza, "Crescere in famiglie omogenitoriali: differenza non implica deficit", *Rivista di sessuologia*, 33 (2009), 3, pp. 172-182.



esalta sempre di più l'elemento della volontarietà nella procreazione e nella assunzione della responsabilità genitoriale⁶².

La vera discriminazione sembra essere piuttosto la disparità di trattamento che l'ordinamento giuridico perpetua nei confronti dei figli di coppie omosessuali che continuano a vivere in condizioni di precarietà, rispetto ai figli di coppie eterosessuali, cui sono riconosciuti automaticamente pieni diritti e massima tutela. Ad essere leso è il diritto di ciascun minore alla stabilità dei rapporti affettivi e familiari già formati (in Italia o all'estero). Il passo da una situazione di massima protezione ad una situazione di massima indeterminatezza è breve, anzi brevissimo: il solo fatto, per esempio di attraversare il confine italiano può rappresentare lo sgretolamento del legame giuridico tra il figlio e un genitore. Considerare le famiglie omogenitoriali diverse dalle altre famiglie equivale a discriminare i loro bambini. Equivale, in altri termini, a violare l'articolo 2 della Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia del 1989 che stabilisce che gli Stati devono rispettare i diritti del bambino “a prescindere dalla razza, dal colore, dal sesso (...) dalla nascita o dal'altra condizione sua o dei suoi genitori”. La stessa disposizione prescrive inoltre che “gli Stati adottino tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori”. Se realmente c'è l'intenzione di mettere al centro della discussione i diritti e gli interessi del minore, queste parole non possono di certo essere ignorate.

Nell'attesa dell'intervento del legislatore, va in conclusione riconosciuto che, quale che sia la tipologia di famiglia, 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 coppia genitoriale, sia eterosessuale sia dello stesso sesso, legami nei quali la vita del

⁶² Si veda, per esempio, la recente giurisprudenza italiana sul tema: Trib. Genova, 30 ottobre 2013, in <http://www.articolo29.it>; Trib. Nicosia, ord. 14 dicembre 2010, in www.minoriefamiglia.it; Trib. Firenze, ord. 30 aprile 2009, in <http://www.articolo29.it>; Trib. Bologna, decr. 15 luglio 2008, in *Giur. it.*, 2009, 1164; Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Giur merito*, 2007, 172, confermata da Corte d'App. Napoli, 11 aprile 2007, in *Fam. pers. e succ.*, 2008, 234 e da Cass. civ., sez. I., 18 giugno 2008, n.16593. Anzi, una coppia dello stesso sesso è stata ritenuta una preziosa risorsa per l'affidamento familiare di un minore (Trib. min. Palermo, 9 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, 1132).



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. E così finisce che a nuocere al benessere di questi bambini sia proprio la mancanza di riconoscimento giuridico delle loro famiglie: in gioco c'è il diritto di ogni bambino a non sentirsi straniero, estraneo, strano, tre termini che derivano dalle preposizioni latine “*ex*” e “*extra*”, che implicano appunto il concetto di fuori, all'esterno. Il fine dell'agire politico, giuridico e sociale dovrebbe essere quello di garantire l'inclusione di ogni bambino (e del futuro adulto) nella società, garantirgli la stessa attenzione, le stesse garanzie, gli stessi diritti, gli stessi spazi di cura e le medesime occasioni di crescita, indipendentemente dalla “razza”, dallo stato sociale, dalle capacità possedute o dalla tipologia della famiglia a cui appartiene. Un diritto, questo, che gli è riconosciuto dalla Convenzione di New York e che è del tutto indipendente dagli orientamenti sessuali, culturali o religiosi dei singoli componenti del nucleo familiare, salvo venga verificato un concreto documento nei suoi confronti.

Luca Giacomelli
Dottore di ricerca
Università di Milano-Bicocca
luca.giacomelli1@unimib.it
luca.giacomelli@unifi.it