

Sull'affidamento di minore ad una coppia dello stesso sesso ex art.2 l.n.184/1983. Le decisioni di due giudici di merito-G.T.Parma, 3 luglio 2013 e Trib.Min.Bologna, 31 ottobre 2013-.

Ha suscitato particolare clamore la decisione adottata dal Giudice tutelare di Parma, poi confermata [dal Tribunale per i minorenni di Bologna¹](#), di affidare un minore ad una coppia dello stesso sesso.

Accennare a tale questione sembra utile proprio per testare il ruolo del giudice nelle questioni biogiuridiche ma, anche, per misurare sul campo quell'esigenza di procedimentalizzazione dell'ascolto e del superiore interesse del minore nei procedimenti che lo riguardano, al fine di realizzare al meglio gli interessi coinvolti, sulla quale abbiamo tentato di riflettere in altra sede².

Il G.T. ha ritenuto che il concetto di famiglia espresso all'interno dell'art. 2 della legge 4 maggio 1983, n. 84- che consente di disporre l'affidamento del minore "ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno" - potesse interpretarsi nel senso di comprendere anche le coppie di persone dello stesso sesso. Se infatti, la stessa legge esclude in maniera chiara la possibilità di adozione in capo a soggetti adulti non costituenti una famiglia in senso giuridico in materia di affido, per contro, nota il Tribunale per i minorenni di Bologna nella successiva fase di reclamo, "... non possono, invece, essere esclusi dal novero dei potenziali affidatari i singoli individui e quindi, in base ad un necessario passaggio logico-giuridico, anche le coppie di fatto (cioè composte da due singoli individui alla cui unione il Legislatore non connette la produttività di effetti giuridici) come quelle di consanguinei ovvero dello stesso sesso, legate da qualunque tipo di rapporto, purchè, qualora entrambi siano incaricati dell'affido, stabili e con caratteristiche tali da apparire idonee ad assicurare al minore il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno; a riprova di ciò vale l'argomento per cui, formalmente, la legge non vieterebbe l'affido ad un singolo individuo che fosse componente di una coppia non riconoscibile come famiglia, non rilevando in tale caso la sussistenza e le caratteristiche di tale unione".

Ora, a parte qualche concessione di troppo che il giudice tutelare, per giustificare la sua decisione, ha dedicato alla legislazione regionale emiliana e pure tralasciando qualche percettibile diversità di impostazione fra i due provvedimenti in rassegna, non sembra che il cuore del ragionamento esposto dai due giudici intervenuti nella vicenda possa ascrivere tra quelli capaci di snaturare il concetto di famiglia o, ancor di più, hanno indebitamente superato le indicazioni espresse dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n.138/2010³.

¹ V.Trib.Parma, Giud.tut., 3 luglio 2013, in <http://www.articolo29.it/7252-2/>; Trib.Min.Bologna, 31 ottobre 2013, in <http://www.articolo29.it/2013/7290/>. Sulla tematica in generale v., di recente, il ricchissimo volume curato da R.TORINO, *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013.

² V., di imminente pubblicazione, volendo, R.Conti, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, per i tipi di Aracne.

³ V.Corte cost.n.138/2010, in *Foro it.*, 2010, 5, 1, 1361 con nota di Romboli e Dal Canto Si ricorderà che in quell'occasione alcuni giudici comuni avevano posto lo spinosa questione della legittimità della disciplina interna che impedisce il matrimonio fra coppie omosessuali, evocando non solo la violazione di parametri costituzionali interni ma, anche, la violazione di disposizioni sovranazionali, per il tramite dell'art. 117 1^ comma Cost. - art. 12 CEDU e artt. 7 e 9 Carta di Nizza-Strasburgo-. Secondo uno dei giudici remittenti (Trib.Venezia) il chiaro tenore delle disposizioni interne non consentiva di estenderlo anche a persone dello stesso sesso; anzi, affermare il contrario avrebbe provocato "una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), «a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna»". Ciò, peraltro, non elideva le rapide trasformazioni della società e dei costumi, il superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionale, la nascita spontanea di forme diverse (seppur minoritarie) di convivenza, che chiedono protezione e mirano ad essere considerate e disciplinate. In definitiva, i nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, richiedendo tutela, imponevano un'attenta meditazione e giustificavano i dubbi di

Il passaggio che compiono i giudici comuni, prima il Giudice Tutelare e poi il Tribunale per i minorenni in fase di reclamo, è stato quello di interpretare la legge nazionale che disciplina, fra l'altro, l'affidamento familiare.

Ben lungi dal confrontarsi con un tessuto normativo che - a differenza della vicenda relativa alla possibilità di una coppia omosessuale di contrarre matrimonio- rendeva improponibile una soluzione interpretativa favorevole all'affido a coppia omosessuale e trovandosi, per contro, di fronte ad un dato normativo che rinviava *tout court* alla nozione di famiglia, il giudice tutelare inserisce la coppia omosessuale nel concetto di famiglia affidataria.

Difficile, d'altra parte, era ipotizzare il ricorso alla nozione di comunità di tipo familiare, alla quale pure possono essere affidati i minori proprio alla stregua dell'art.2 comma 2 della l.n.184/1983 per ivi sussumere la coppia omosessuale. Ed invero, dette comunità, alle quali fa esplicito riferimento il comma 4 dello stesso articolo 2 lult.cit., devono essere "caratterizzate da organizzazione e da rapporti interpersonali analoghi a quelli di una famiglia" e sono definite dal D.M.21 maggio 2001 n.308, art.3⁴.

costituzionalità della normativa. Il giudice remittente, d'altro canto, aggiungeva alle osservazioni del Tribunale il possibile *vulnus* con alcuni articoli della CEDU - artt.8, 12 e 14 - e della Carta di Nizza -artt.7, 9 e 21 -. Orbene, Corte cost. n. 138/2010 ha disatteso i profili di costituzionalità collegati all'art. 2 Cost. in ragione del fatto che nell'ambito applicativo di tale ultima disposizione spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette. Se era vero "che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi", non era men vero che "detta interpretazione... non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata." La circostanza che in occasione dei Lavori dell'Assemblea costituente si era presa unicamente in considerazione la nozione di matrimonio come fra persone di sesso diverso faceva dire ai giudici della Consulta che "questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa." Quanto ai parametri sovranazionali evocati da uno dei remittenti, la Corte non vi intravedeva alcun rilevante contrasto con la disciplina interna. Riteneva, in particolare, non pertinente il richiamo a Corte dir. Uomo, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito* - e con specifico riferimento agli artt.12 CEDU e 9 della Carta di Nizza - uniche disposizioni che apparivano rilevanti nella fattispecie- assumeva che entrambe, nell'affermare il diritto di sposarsi, rinviavano alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Peraltro, le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, elaborate sotto l'autorità del Praesidium della Convenzione che l'aveva redatta (e che, pur non avendo status di legge, rappresentano secondo la Corte costituzionale un indubbio strumento di interpretazione), con riferimento al detto art. 9 chiarivano che «L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso». Quel che agli occhi di Corte cost.n.183/2010 appare decisivo, a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, è che anche la citata normativa sovranazionale non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna. Sicchè, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha conferma ulteriore che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento. V., sulla sentenza n.138/2010 R.Conte, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr.giur.*, 2011,573 ss.

⁴ v.art.3 D.M. cit. nel testo, contenente il Regolamento concernente "Requisiti minimi strutturali e organizzativi per l'autorizzazione all'esercizio dei servizi e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale, a norma dell'articolo 11 della legge 8 novembre 2000, n. 328", ove si chiarisce che "Le comunità di tipo familiare e i gruppi appartamento con

funzioni di accoglienza e bassa intensità assistenziale, che accolgono, fino ad un massimo di sei utenti, anziani, disabili,

minori o adolescenti, adulti in difficoltà per i quali la permanenza nel nucleo familiare sia temporaneamente o permanentemente impossibile o contrastante con il progetto individuale, devono possedere i requisiti strutturali previsti per gli alloggi destinati a civile abitazione. Per le comunità che accolgono minori, gli specifici requisiti organizzativi, adeguati alle necessità educativo-assistenziali dei bambini e degli adolescenti, sono stabiliti dalle regioni.

La sussunzione - operata dal giudice tutelare - della coppia omosessuale nel concetto di famiglia sancito dall'art.2 cit. non appare in contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale sopra ricordata che si occupò del riconoscimento di un diritto (al matrimonio) della coppia omosessuale in un'ipotesi in cui il diritto reclamato era espressamente escluso dalla legge ordinaria⁵. Ciò perchè la diversità di sesso dei nubendi costituiva, anche secondo la costante giurisprudenza della Cassazione, requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante.

Ora, per giungere al riconoscimento dell'affido a coppia omosessuale, ha giocato un ruolo decisivo sia la netta diversità fra l'istituto dell'affidamento familiare- peraltro ben diverso per finalità e presupposti da quello preadottivo disciplinato dall'art.22 l.cit.- e quello dell'adozione che l'espressa possibilità che il primo, destinato ad operare solo temporaneamente in favore del minore privo di un ambiente familiare idoneo, è consentito anche nei confronti di *una persona singola* che sia partecipe di una coppia diversa da quella che forma in generale una famiglia in senso tradizionale o di una coppia di consanguinei.

Ha poi trovato spazio argomentativo, nella decisione del giudice tutelare, il riferimento alla giurisprudenza di legittimità (Cass.n.601/2013⁶) che, di recente, non ha mancato di sottolineare come l'eventuale rapporto di fatto del genitore con persona dello stesso sesso non può essere considerato di per sè fattore ostativo al regime dell'affidamento del minore⁷. Orbene, nel seguire tale percorso il giudice di merito non sembra avere usurpato le prerogative riservate al legislatore⁸.

Se la legge si deve interpretare sulla base di diversi parametri, quello costituzionale quello sovranazionale e quello eurolunitario- quando quest'ultimo rilevi- ciò val quanto dire che il concetto di "famiglia" espresso dalla legge (ordinaria) sull'affido non è né deve essere necessariamente quello costituzionale, potendo quest'ultima estenderne la portata le quante volte essa si muova nel perimetro di quei valori fondamentali scolpiti dalle Carte sovranazionali che la stessa Costituzione richiama.

Si intende cioè dire che è certo necessario che la legge sia compatibile con la Costituzione, ma nulla impedisce di ritenere che il legislatore approfondisca la tutela minimale offerta alla famiglia, intesa nel significato chiarito dalla Corte costituzionale, ampliandola al fine di garantire una tutela maggiore di un valore fondamentale - quello dell'unità familiare tra persone non necessariamente di sesso diverso- rispetto a quella costituzionale, le quante

⁵ V.Cass.n.4184/2012, per la quale la diversità di sesso dei nubendi è, quanto meno:"... "postulato" implicito, a fondamento di tale istituto, come emerge inequivocabilmente da molteplici disposizioni di tali fonti e, in primo luogo, dall'art. 107, primo comma, cod. civ. che, nel disciplinare la forma della celebrazione del matrimonio, prevede tra l'altro che l'ufficiale dello stato civile celebrante "riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie"

⁶ in *Fam. e dir.*, 2012, 570, con nota di F. Ruscello.Sull'affidamento omogenitoriale v.,utilmente, Amram, *Omogenitorialità: le questioni rilevanti e quelle irrilevanti (nota a Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013)*,

<http://www.articolo29.it/2013/commento-tribunale-di-genova-30-ottobre-2013-omogenitorialita-le-questioni-rilevanti-e-quelle-irrilevanti/#more-7418>.

⁷ Ne' appare di scarso significato la circostanza che il risultato al quale e' approdata la Cassazione nel precedente ricordato nel testo e' in sintonia con quanto affermato dalla Corte europea dei dritti dell'uomo, la quale riconosciuto la responsabilità del Portogallo per il mancato affidamento del figlio al padre omosessuale stabilmente convivente con altro uomo, ritenendolo espressione di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale -Corte dir.uomo, 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo-* ric.33290/96-. V. anche sul punto Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. Fam.pers.*,2011, II, 2, 899 ss., spec. § 3.1.

⁸ Noterà il lettore che i due provvedimenti in esame non sono esattamente sovrapponibili quanto alla qualificazione riservata alle coppie di fatto. Ciò malgrado, le motivazioni espresse in ordine al rilievo che la coppia di fatto aveva ai fini dell'affido sembrano tutte orientate ad assimilare le coppie omosessuali al concetto di famiglia, attraverso una serie di passaggi che, questi sì, ripercorrono le linee argomentative espresse dal Giudice tutelare parmense.

volte esso trovi spazio in parametri che lo tutelano anche "di più" della Costituzione. Ed allora, una legge ordinaria ben può attuare valori fondamentali in modo anche più pieno della stessa Costituzione, quando essi siano comunque rintracciabili anche attraverso i richiami che la stessa Carta fa ad altri strumenti internazionali che con la stessa convivono. In questa direzione le riflessioni più volte espresse da Antonio Ruggeri appaiono insuperabili ed estremamente persuasive⁹.

E' questo, in definitiva, il senso del "più elevato livello di tutela" che esprime la Corte costituzionale, in un contesto di rapporti fra ordinamento interno e CEDU in realtà generalizzabile, a partire da Corte cost.n.317/2009.

La legge ordinaria - alla quale anche la Corte dei diritti dell'uomo riconosce un rilievo assolutamente centrale rispetto alle tematiche che ruotano intorno alla questione eticamente sensibile dei diritti delle coppie omosessuali all'interno dei singoli Paesi contraenti- che approda a tale risultato sembra ben compatibile con il dato costituzionale, offrendo una tutela più efficace e piena ad un valore fondamentale che, in Costituzione, parrebbe non trovare diretto rilievo nell'art.30 Cost. ma che pure si colloca all'interno dell'art.2 Cost. e che è, comunque, riconosciuto con minore spazio rispetto a quello attribuito nelle altre Carte dei diritti fondamentali.

In questo senso è davvero agevole ricordare non solo come la Carta di Nizza-Strasburgo impedisce le discriminazioni fondate sul sesso e sull'orientamento sessuale-art.21¹⁰- ma, soprattutto, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, prodiga da sempre nel considerare in modo ampio il concetto di legame familiare-v.Corte dir. uomo 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda* (ric.n.16969/90)- vi ha esplicitamente inserito, di recente, anche le coppie omosessuali-v. Corte dir.uomo, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria* -¹¹.

⁹ v., tra i tanti scritti e da ultimo, Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in <http://www.diritticomparati.it/2013/10/salvaguardia-dei-diritti-fondamentali-ed-equilibri-istituzionali-in-un-ordinamento-intercostituzionale.html#sthash.OLVtkczT.dpuf>: "... La prima è che la ricerca della fonte nella quale è da rinvenire la più "intensa" tutela, svolgendosi al piano suo proprio delle norme e secondo i valori, non può essere condotta né i suoi esiti possono essere apprezzati se non in prospettiva appunto assiologico-sostanziale, non già da una formale-astratta, che guardi alle fonti ut sic, per la forma di cui sono dotate, l'ordinamento di origine o il rango astrattamente detenuto. La seconda è che tutte le fonti possono giocarsi la partita ad armi pari, sollecitate - come sono - a dar vita ad una sana competizione a chi è in grado di offrire di più e di meglio a salvaguardia dei diritti e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti nel loro fare "sistema". Non c'è più fonte "subcostituzionale" o costituzionale o ordinaria; ci sono solo norme che da se medesime si assegnano questo o quel "posto" nel sistema, per il modo con cui dimostrano di saper dare appagamento ai beni della vita costituzionalmente protetti e, in ultima istanza, a libertà, eguaglianza, dignità. *Le stesse leggi comuni - come si è fatto poc'anzi notare - potrebbero portare ancora più in alto della Costituzione la salvaguardia di diritti pure in questa nominativamente indicati, dislocandosi in tal modo ad un'ancora più corta distanza - se così può dirsi - rispetto alla luce abbagliante della coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale...*"

¹⁰, ma v., in precedenza, art.12 Tr.UE e 119 Tr.CE, nei quali si parlava di "tendenze sessuali".

¹¹ cfr.Corte dir.uomo, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria* (ric. n.30141/04)\$94:"... In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would. Su tale sentenza v.Repetto, *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0189_ruggeri.pdf

Risultato che, d'altra parte, proprio la nostra Corte costituzionale (sent.138/2010, cit.) ha parimenti raggiunto riconoscendo che nella "formazione sociale", di cui all'art. 2 Cost. "... è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri."

Orbene, la particolare sottolineatura dedicata dalla Corte di Cassazione al principio espresso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*¹² costituisce l'ambito nel quale i provvedimenti qui esaminati possono trovare adeguata copertura.

E ciò senza che possa ipotizzarsi alcuna "rottura costituzionale", se è vero che è la Costituzione stessa ad offrire copertura alle unioni omosessuali.

Ragion per cui, una legge che si iscriva in questo contesto e consente l'affido anche ad una famiglia formata da una coppia omosessuale, semprechè dotata di stabilità, non sembra porsi contro la Costituzione ma appare, anzi vivificarne ed aggiornarne il contenuto all'interno della cornice che essa stessa fissa.

Nè sembra potersi opinare diversamente se si considera che la CEDU avrebbe delegato *in toto* ai singoli Stati la materia delle unioni omosessuali attraverso il ben noto riferimento al margine di affidamento. Già altra volta ci siamo intrattenuti sul tema e sul valore della c.d. dottrina del consenso¹³ e per brevità possiamo a tali riflessioni rinviare, con la sola aggiunta che proprio le ragioni espresse dai giudici di merito sembrano, sia pur implicitamente, porsi in linea di continuità con le tutele delle famiglie anche se di uguale sesso che, univocamente, giungono dalle Corti sovranazionali.

Si potrebbe certo sostenere che il riferimento all'affido in favore del singolo non può automaticamente giustificare l'affidamento di minore alla coppia omosessuale. Ma per contestare tale postulato potrebbe anche rilevarsi che se il legislatore ha espressamente consentito l'affidamento ad un singolo ed alla famiglia tradizionale, la mancata previsione che a tale affido si possa pervenire per il solo fatto che il singolo sia parte di una coppia composta da persone omosessuali potrebbe determinare un effetto discriminatorio.

Ma il vero è che la previsione ampia dell'affido voluta dal legislatore, declinata attraverso il riferimento alla famiglia tradizionale, al singolo ed alle comunità familiari, non sembra contenere elementi testuali che consentano di escludere la conclusione espressa dai giudici di merito.

In conclusione, se a livello sovranazionale¹⁴ la famiglia comprende un ambito maggiore e se, ancora, la legge nazionale (qui l.n.184/83 come modificata dalla l.n.149/2001) si iscrive in questo contesto, l'operazione interpretativa compiuta dai giudici di merito sembra muoversi nell'ambito dell'ortodossia giuridica e non sia, dunque, "*contra Constitutionem*"¹⁵.

¹² cfr. Cass.n.4184/2012: "... Questa estensione alla coppia omosessuale stabilmente convivente del diritto alla "vita familiare" costituisce coerente conseguenza del riconoscimento ai singoli componenti tale coppia, da parte della Corte Europea, del diritto al matrimonio e del diritto di fondare una famiglia ed attesta ancora una volta la necessità di distinguere tra riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, altre forme di riconoscimento giuridico della stabile convivenza della coppia omosessuale e riconoscimento ai singoli componenti tale unione di altri diritti fondamentali.

¹³ Conti, *Convergenze (inconsapevoli o...naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr.giur.*, 2011, 579 ss.

¹⁴ il punto non ha trovato alcun rilievo nei due provvedimenti di cui si qui si discorre. Basta qui accennare alla giurisprudenza sull'adozione di minore da parte di coppia dello stesso sesso-Corte dir. uomo, 13 gennaio 2013, *X e altri c.Austria*-.

¹⁵ A me pare- ma la prudenza è ovvia- che la posizione espressa da Ruggeri nello scritto sopra ricordato non sia ostile alla ricostruzione alla quale sono pervenuti i giudici di merito, proprio perchè qui non si discute di matrimonio- istituto che si addice alla nozione di famiglia presente quando i costituenti , ma di affido a coppia di

Peraltro, la particolare sottolineatura circa la diversità di ambiti fra adozione ed affidamento costituisce un punto di forza non indifferente delle decisioni qui ricordate.

I giudici, infatti, evitano di assimilare istituti con finalità tra loro radicalmente diverse ed in tal modo procedono in modo lineare rispetto ai principi fissati dalla Corte europea, sempre attenta ad evitare discriminazioni che possano trovare causa nelle regolamentazioni diverse di fenomeni fra loro omogenei, come le recenti decisioni in tema di adozione di coppia omosessuale consentita alle coppie eterologhe non unite in matrimonio e di unioni civili negate alle coppie omosessuali¹⁶.

Una cosa è, dunque, il provvedimento di affidamento temporaneo, che l'art.2 l.cit. ammette su impulso dei Servizi sociali, altra è l'adozione, capace di incidere in modo radicale e definitivo sui diritti del minore, instaurando relazioni giuridiche nuove fra adottante ed adottato.

In questa prospettiva i giudici minorili hanno ritenuto che "... *nel caso concreto*, in virtù delle considerazioni compiute, si deve ritenere che la circostanza per cui i due componenti della coppia affidataria abbiano lo stesso sesso non possa considerarsi ostativo all'affidamento della minore".

Per questo il giudice minorile, sviluppando gli approfondimenti già compiuti dal G.T., precisa che "...*nel caso concreto*, il Servizio Sociale ha motivato la scelta di una coppia senza figli ritenendola funzionale ad un progetto volto ad evitare l'insorgere nella minore di una confusione di ruoli (paventata anche tra i motivi del reclamo), evidenziando che la bambina proviene da un nucleo monogenitoriale ove già esiste una sorella, ed ha chiari i suoi riferimenti parentali, i quali, stanti i lunghi periodi di assenza della figura paterna, avrebbero potuto essere compromessi con il suo inserimento in una famiglia di tipo tradizionale formata da una nuova coppia di genitori e da altri bambini loro figli; inoltre, in base alle osservazioni compiute, gli Operatori hanno rilevato che [omissis] si è sempre relazionata a figure familiari femminili sia in comunità sia nel nucleo originario, così da apparire opportuno un suo inserimento in un contesto esclusivamente maschile del tutto dedicato a lei seppur a tempo determinato". In definitiva, proseguono i giudici emiliani, "...la bontà di tale scelta risulta comprovata dagli ottimi risultati già palesati dall'affidamento (ricavabili dalle audizioni della madre nonché degli operatori del Servizio Sociale) nel pur breve tempo dalla sua attivazione".

E', dunque, nella "fattispecie" che, per i giudici, risulta comprovata "...la congruità dell'affidamento così come la sua funzionalità al miglior interesse della minore...".

Se, allora, le premesse che muovono i giudici di merito a ritenere che, nel caso concreto, l'affido ad una coppia omosessuale sono persuasive ed il punto di arrivo appare plausibile, è tuttavia doveroso verificare se, nel caso di specie, i giudici di merito abbiano proceduto *fino in fondo* a quell'attività di concretizzazione che loro stessi indicano come necessaria per realizzare il concreto appagamento dei "diversi" interessi in gioco.

Ed in effetti, l'interesse primario e superiore che l'affido intendeva realizzare era proprio quello della minore che non poteva godere, temporaneamente, delle cure dei genitori.

Ci si deve, allora, interrogare sul se l'interesse della minore potesse essere adeguatamente considerato senza che alla stessa fosse stata data la possibilità di essere ascoltata e se, in definitiva, la peculiarità del caso sia stata innanzi al giudice espressa compiutamente ed al suo massimo livello, come tale questione "biogiuridica" meritava.

Il tema è preso in considerazione, esplicitamente, dall'art.4 comma 1 l.cit., laddove prevede che l'affidamento familiare disposto dai Servizi sociali presuppone "il consenso manifestato

omosessuali sulla base di una legge ordinaria che alla luce dell'interpretazione fornita dal giudice non si pone affatto dovuto la Costituzione, semmai limitandosi a riconoscere alla coppia dello stesso sesso una peculiare legittimazione rispetto all'affido familiare. Non altro.

¹⁶ vicende sulle quali v., volendo, Conti, *La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali* in questa Rivista, http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/ricerca.php?ricerca=invia&id_area=6; id., *La CEDU, l'adozione e le coppie dello stesso sesso*, http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/ricerca.php?ricerca=invia&id_area=4

dai genitori o dal genitore esercente la potestà, ovvero dal tutore, sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento."

Orbene, la peculiarità della vicenda, ben evidenziata dal Giudice tutelare che rese esecutivo il provvedimento dei Servizi --... *La peculiarità del caso concreto – a quanto consta a questo Giudice connotato da assoluta novità...* – e l'impossibilità di "ascoltare" la minore in relazione alla sua tenerissima età non imponevano al giudice di nominare un curatore che potesse esprimere al meglio l'interesse (superiore) anche rispetto a quella peculiare e nuova modalità di affidamento concordata fra genitori di origine, coppia affidataria e Servizi?

Lo stesso reclamo del P.M. minorile e le motivazioni ivi esposte rendevano opportuna la nomina di una figura protettiva al minore che, sganciata dagli interessi legittimamente espressi dai soggetti appena indicati, rappresentasse al meglio l'interesse superiore del minore, magari ponendo in evidenza una prospettiva non direttamente legata al semplice periodo di affidamento, ma invece proiettata verso l'esame dello sviluppo del minore, delle sue relazioni familiari e personali?

Dare spazio a quegli (eventuali) ulteriori elementi che una figura specificamente ed esclusivamente destinata ad operare nel procedimento nell'interesse del minore avrebbe potuto aggiungere qualcosa o, addirittura, modificare gli esiti ai quali sono pervenuti i giudici di merito?

Ai quesiti posti è difficile fornire risposta¹⁷.

E però, il solo fatto di non avere dato spazio, all'interno del procedimento, ad una figura che avrebbe potuto rappresentare in modo forse più neutrale il miglior interesse del minore rendendo concreto, per il suo tramite, l'ascolto della minore ha, probabilmente, reso meno persuasiva la decisione proprio perchè essa sembra non compiutamente perseguire le stesse premesse dalle quali entrambi i giudici erano partiti per ritenere legittimo nel "caso concreto" la misura disposta. In questa direzione, d'altra parte, non è inutile rammentare come le linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore (adottate il 17 novembre 2010 dal Comitato dei ministri in occasione della 1098a riunione dei delegati ministeriali) hanno espressamente ricordato che "...Nel caso di conflitto di interessi tra i genitori e i minori, l'autorità competente dovrebbe designare un tutore *ad litem* o altra figura indipendente atta a rappresentare i punti di vista e gli interessi del minore.

Ed infatti, approfondire attraverso il curatore più di quanto i giudici stessi hanno fatto gli aspetti collegati all'impossibilità, causa l'età tenerissima e dunque la delicatissima condizione della minore, di esprimere il proprio avviso e, per altro verso ed ancora, alla salvaguardia del ruolo di bigenitorialità dei genitori, alla ricadute che in un corpo sociale ancora purtroppo radicalmente diviso fra "favorevoli e contrari" una situazione di affido a coppia omosessuale avrebbe determinato sullo sviluppo psico-fisico della minore non avrebbe avuto il senso di perorare le ragioni di chi si oppone a tale forma di affido o di guardare con sfavore alla situazione delle coppie di omosessuali ma, tutto al contrario, di realizzare forme di tutela degli interessi contrapposti che solo attraverso un confronto, serrato e pieno, poteva consentire un corretto bilanciamento.

Peraltro, il bilanciamento, nel caso concreto, doveva fare i conti con l'*interesse superiore del minore*. Concetto-valore, quest'ultimo, che pur essendo ben presente nel provvedimento del tribunale per i minorenni, non sembra essere stato "valorizzato" per come esso merita se si seguono gli insegnamenti che pure provengono dalle Corti internazionali.

In buona sostanza, se si sceglie di percorrere, come qui si è proposto, la strada dell'integrazione fra le

¹⁷ E' infatti evidente che l'eventuale nomina di un curatore al minore e l'eventuale suo diniego all'affidamento avrebbe giustificato il passaggio della decisione al Tribunale per i minorenni, alla stregua del combinato disposto degli artt.4 2^ comma l. cit. e 330 c.c. Ma a parte tale ipotesi estrema, si vuol dire che il compimento di attività istruttorie ulteriori rispetto a quelle che pure il giudice tutelare ed il Tribunale in fase di reclamo hanno svolto avrebbero reso più persuasive le ragioni esposte dai decisori.

Carte ed i valori e le giurisprudenze che ne vivificano la portata, non può tralasciarsi di considerare, per le medesime ragioni, la valenza "fondamentale" e "prioritaria" del concetto di interesse superiore del minore, sul quale altre volte¹⁸ abbiamo cercato di focalizzare l'indagine, proprio attraverso un composito esame delle diverse fonti che lo prendono in considerazione e per il quale a ragione, di recente, Antonio Ruggeri ha evocato la piena e diretta copertura costituzionale¹⁹.

E poiché sul "valore" dell'interesse preminente del minore i piani- costituzionale, convenzionale ed eurounitario- sembrano convergere in modo assolutamente lineare ed uniforme, non sembra potersi dubitare che nella vicenda esaminata dai giudici emiliani tale interesse, pur formalmente evocato, rimane forse sullo sfondo e poco ponderato, considerato, valutato rispetto al peso ed al valore che la legge -nell'accezione lata alla quale occorre rinviare sul punto- gli attribuisce.

Ed è ben chiaro che la valorizzazione di tale concetto avrebbe potuto consentire una più accentuata considerazione del fattore tempo, se solo si consideri che il carattere temporaneo dell'affido - che pure può perdurare per 24 mesi ed essere eventualmente prorogato- e' da mettere in relazione alla età tenerissima della minore ed alla fase di sviluppo della stessa.

In questa stessa prospettiva, probabilmente, poteva essere opportuno considerare in maniera più approfondita la scelta, non sperimentata dai Servizi, di inserimento della minore in un nucleo familiare tradizionale con figli minori. La circostanza che la legge non prevede un rigido ordine di affidamento rispetto alle ipotesi di affido a pena di nullità si dimostra ineccepibile dal punto di vista formale, ma, forse, non finisce di soddisfare compiutamente se rapportata al "valore" dell'interesse superiore della minore nel caso concreto.

Anche l'acquisizione della disponibilità all'affido dell'altro genitore "per iscritto" che i giudici hanno verificato essere esistente, anch'essa formalmente ineccepibile, potrebbe prestare il fianco ad osservazioni critiche proprio in relazione alla peculiare situazione nella quale versa una bimba in tenerissima età, della quale è in gioco il futuro per un lasso temporale non indefinito, ma comunque nemmeno brevissimo. Circostanza, quest'ultima, che mal si attaglia ad una visione burocratica o "formale" -come la definiscono i giudici emiliani- del consenso manifestata dal padre.

Del resto, in termini generali può dirsi che la necessità di marginalizzare, quanto all'esame delle vicende che coinvolgono minori, un uso non *notarile* dei poteri giurisprudenziali sembra confermato da quanto affermato nelle già ricordate linee guida fissate dal Consiglio d'Europa, ove si è significativamente chiarito, al punto 51, come "nelle cause in materia di diritto di famiglia (per esempio, filiazione, affidamento, sottrazione di minore da parte di un genitore), i giudici dovrebbero dimostrare una *diligenza eccezionale* al fine di evitare ogni rischio di conseguenze dannose sui rapporti familiari". Raccomandazioni, queste ultime, che, in definitiva, sembrano ulteriormente confermare la assai peculiare rilevanza fattuale di procedimenti che coinvolgono interessi delicati quale quello di cui qui si è detto.

In conclusione, i provvedimenti qui ricordati appaiono coerenti con il quadro normativo di riferimento vigente, ancorchè la maggiore accentuazione degli aspetti collegati all'audizione della minore ed al superiore interesse della stessa avrebbe, probabilmente, consentito di realizzare "nel caso concreto" al meglio ed in modo più convincente ed appagante un pieno bilanciamento dei diversi interessi in gioco, proprio in relazione alla loro particolare delicatezza ed al carattere preminente dell'interesse del minore.

Roberto Conti

¹⁸ V., volendo, R.Conti, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol.diritto*, 2013, 1-2, 127 ss.

¹⁹ V. A.Ruggeri, "Strane" idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, in www.gruppodipisa.it