

IL DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSONE

Anno XXXIX Fasc. 2 - 2010

Giacomo Oberto

PROBLEMI DI COPPIA, OMOSESSUALITÀ E FILIAZIONE

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

PROBLEMI DI COPPIA, OMOSESSUALITÀ E FILIAZIONE (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. Crisi del rapporto di coppia e omogenitorialità. — 2. Il divieto, sul piano sovranazionale, di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e la sua proiezione sulle vicende del rapporto di coppia eterosessuale. — 3. L'irrelevanza dell'orientamento sessuale del genitore nell'affidamento del minore ai sensi degli artt. 155 ss. c.c. — 4. Il rilievo delle "accuse" di omosessualità mosse da un genitore all'altro. — 5. Crisi della coppia omosessuale e conseguenze per la prole: impostazione del problema. — 6. Crisi della coppia omosessuale e conseguenze per la prole: il rilievo degli accordi sui profili patrimoniali. — 7. Crisi della coppia omosessuale e conseguenze per la prole: il rilievo degli accordi sui profili personali ed i rimedi in caso di disaccordo. — 8. Crisi della coppia omosessuale e conseguenze per la prole: cenni su alcuni problemi di diritto internazionale privato relativi alle obbligazioni alimentari.

1. L'argomento dell'incidenza che, nell'ambito della crisi del rapporto di coppia, l'orientamento sessuale dei genitori può dispiegare sulle relazioni con i figli minori deve trovare svolgimento su due versanti distinti: (a) quello delle conseguenze per la prole della crisi di una coppia eterosessuale, allorquando uno dei due genitori abbia dato vita ad una relazione omosessuale con un nuovo *partner*; (b) quello delle conseguenze per la prole della fine di un rapporto di coppia omosessuale, nel corso del quale (nei modi più vari) sia sorto un rapporto di filiazione, o si siano sviluppate relazioni privilegiate tra il/la compagno/a e il figlio dell'altro/a.

Le questioni appena enunciate attengono al vasto tema dell'omogenitorialità (1), a sua volta strettamente legato ai temi della procrea-

(*) Testo della relazione presentata al Convegno sul tema "*Rapporto di filiazione e omosessualità*", organizzato dall'associazione "Avvocatura per i diritti LGBT", a Roma, nei giorni 27 e 28 novembre 2009.

(1) La letteratura sul tema è, quanto mai, vasta. A titolo d'esempio, per quella in lingua italiana cfr. CAGGIA, *Convivenze omosessuali e genitorialità: tendenze, conflitti e soluzioni nell'esperienza statunitense*, in AA.VV., *I contratti di convivenza*, a cura di Moscati e Zoppini, Torino, 2002, 243 ss.; BOTTINO e DANNA, *La gaia famiglia*, Trieste, 2005. Per quella in lingua francese cfr. BACH-IGNASSE, "*Familles*" *et homosexualité*, in AA.VV., *Homosexualités et droit*, sotto la direzione di Borrillo, Paris, 1999, 122 ss.;

zione medicalmente assistita, nonché dell'adozione e dell'affido familiare, che hanno formato oggetto di apposite e distinte relazioni nell'ambito del Convegno cui il presente contributo è destinato e che pertanto non evocherò (2); mi concentrerò, invece, sui soli profili

LEROY-FORGEOT, *Les enfants du PACS: réalités de l'homoparentalité*, Vendôme, 1999; MÉCARY, *Droit et homosexualité*, Paris, 2000, 80 ss.; AA.VV., *Homoparentalités, approches scientifiques et politiques: actes de la III^e conférence internationale sur l'homoparentalité*, a cura di Cadoret, Gross, Mécary, Perreau e Salvador-Ferrer, Paris, 2006. Per quella in lingua inglese cfr. BOZETT, *Gay and Lesbian Parents*, New York, London, 1987; MAXWELL, MATTIJSEN e SMITH, *Legal Protection for all the Children: Dutch-American Comparison of Lesbian and Gay Parent Adoptions*, (testo disponibile online al seguente sito web: <http://www.docstoc.com/docs/14398440/LEGAL-PROTECTION-FOR-ALL-THE-CHILDREN-DUTCH-AMERICAN-COMPARISON>); MARZANO-LESNEVICH e MOSKOWITZ, *In the Interest of Children of Same-Sex Couples*, 19 *J. Am. Acad. Matrim. Law.* 255 (2005), 256 ss. (testo disponibile online al seguente sito web: http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:xxDrZYB2D2YJ:www.aaml.org/tasks/sites/default/assets/File/docs/journal/Journal_vol_19-2-4_Children_of_Same-Sex_Couples.pdf+%22In+the+Interest+of+Children+of+Same-Sex+Couples%22&hl=it&gl=AFQjCNGk13Rf2Xtp0e4XwHRugBe7C-Dtxw); ANDERSON, *Protecting Parent-Child Relationships: Determining Parental Rights of Same-Sex Parents Consistently Despite Varying Recognition of Their Relationship*, 5 *Pierce L. Rev.* 1 (2006), 10 ss.; MATERNACH, *Where is my Other Mommy? Applying the Presumed Father Provision of the Uniform Parentage Act to Recognize the Rights of Lesbian Mothers and Their Children*, 9 *J. Gender Race & Just.* 385 (2005), 407 ss. Per la letteratura tedesca cfr. WENDLER, *Entwicklung von Kindern gleichgeschlechtlicher Eltern*, testo disponibile (non gratuitamente) al seguente sito web: <http://www.grin.com/e-book/52096/entwicklung-von-kindern-gleichgeschlechtlicher-eltern>; FTHENAKIS, *Gleichgeschlechtliches Lebensgemeinschaften und kindlicher Entwicklung*, in AA.VV., *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, a cura di Basedow, Hopt, Kötz e Dopffel, Tübingen, 2000, 385 ss.

In generale, sulle questioni attinenti alle famiglie e convivenze omosessuali in Italia, cfr. MENZIONE, *Manuale dei diritti degli omosessuali*, Milano, 1996 (in partic. 19 ss. per i temi relativi alla genitorialità); FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, in AA.VV., *Matrimonio, matrimoni*, a cura di Brunetta d'Usseaux e D'Angelo, Milano, 2000, 309 ss.; BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005, 223 ss.; PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Riv. dir. costit.*, 2005, 295 ss.; AA.VV., *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, a cura di F. Bilotta, Milano-Udine, 2008. Sui temi d'ordine patrimoniale v. anche OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Padova, 2003, spec. 125 ss.

(2) Per i richiami in merito alla procreazione medicalmente assistita in relazione a coppie omosessuali, così come al tema dell'adozione da parte di coppie omosessuali, cfr., ad es., CAGGIA, *Convivenze omosessuali e genitorialità: tendenze, conflitti e soluzioni nell'esperienza statunitense*, cit., 255 ss., 263 ss.; LONG, *I giudici di Strasburgo socchiu-*

relativi, non già all'instaurazione del rapporto omogenitoriale, ma — come detto — alle conseguenze che la crisi della coppia può determinare nei rapporti con la prole.

Il primo caso da prendere in considerazione è, dunque, quello di una coppia eterosessuale — coniugata o meno, ma convivente e con prole minorenni — la quale si venga a trovare in una situazione di crisi, mentre uno dei suoi componenti inizia un rapporto di tipo omosessuale, che magari sfocia anche in una convivenza con il nuovo/la nuova *partner*. Si tratta di vedere, innanzi tutto, se siffatta situazione possa dispiegare effetti di sorta sull'affidamento della prole conseguente alla separazione dei genitori.

Porre una questione del genere a seguito della riforma sull'affidamento condiviso di cui alla l. 8 febbraio 2006 n. 54 (3) significa domandarsi se l'omosessualità di uno dei due genitori, ovvero l'esistenza di una situazione di convivenza con un/una *partner* del medesimo sesso, costituiscano ragioni per derogare al principio dell'affidamento ad entrambi i genitori, ovvero per influire sul concreto regime di gestione dello stesso (e, in particolare, sul c.d. "collocamento" presso l'uno o l'altro dei membri della coppia ormai disciolta).

Come si è esattamente rimarcato (4), la disciplina dell'affidamento condiviso è venuta, nel 2006, a mutare radicalmente il rapporto tra genitori separati e figli; lo spirito di questa novella pone i figli al centro dell'attenzione di entrambi i genitori attraverso la realizzazione di rapporti "significativi e continuativi" (5) con essi e con la realizzazione comune di entrambi del progetto educativo relativo alla crescita della prole. Questo concetto, che è stato definito con il termine di "bigenitorialità" (6), si pone in controtendenza rispetto alla pratica realizzatasi

dono le porte dell'adozione agli omosessuali, nota a Corte europea dei diritti dell'uomo 22 gennaio 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 676 ss.

(3) Su cui v., per tutti, FACCHINI, FISSORE, NAGGAR, OBERTO e RONFANI, *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso - Le riforme del diritto di famiglia viste dagli avvocati - Commenti, formulari e documenti*, a cura di G. Oberto, Padova, 2007.

(4) Cfr. FALLETTI, *Genitore omosessuale e affidamento condiviso*, nota a Trib. Bologna 15 luglio 2008, in *Giur. it.*, 2009, 1164 ss.

(5) Cfr. MORELLO, *Quale applicazione per la legge 54/2006*, in *www.personaedanno.it*.

(6) La giurisprudenza di legittimità ha recentemente affermato che « Nel quadro della nuova disciplina relativa ai "provvedimenti riguardo ai figli" dei coniugi separati, di cui ai citati artt. 155 e 155 *bis* c.p.c., come modificativamente e integrativamente riscritti dalla legge n. 54 del 2006, improntata alla tutela del diritto del minore (già

in precedenza alla riforma, ovvero l'affidamento disgiunto del minore, generalmente alla madre, con una regolamentazione del diritto di visita al genitore non affidatario e della somministrazione di un assegno periodico di contributo al mantenimento.

Sul punto dobbiamo constatare — ai fini che qui interessano — l'esistenza di un basilare principio, sul piano sia sovranazionale, che interno, di divieto di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale (*sexual orientation discrimination*).

2. Affrontando, innanzi tutto, il problema del divieto di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale nella sua proiezione sovranazionale, andrà tenuto presente che il Trattato di Lisbona, la cui entrata in vigore, intervenuta la ratifica da parte degli Stati membri, è prevista nel corso del corrente anno 2009, richiama, all'art. 6 (7), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) del 7 dicembre 2000, la quale condanna espressamente la discriminazione fondata, tra l'altro, sull'orientamento sessuale (8).

consacrato nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con l. n. 176/1991) alla c.d. "bigenitorialità" (al diritto, cioè, dei figli a continuare ad avere un rapporto equilibrato con il padre e con la madre anche dopo la separazione), l'affidamento "condiviso" (comportante l'esercizio della potestà genitoriale da parte di entrambi ed una condivisione, appunto, delle decisioni di maggior importanza attinenti alla sfera personale e patrimoniale del minore) non si pone non più (come nel precedente sistema) come evenienza residuale, bensì come regola; rispetto alla quale costituisce, invece, ora eccezione la soluzione dell'affidamento esclusivo. Alla regola dell'affidamento condiviso può infatti derogarsi solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore" » (Cass. 18 giugno 2008 n. 16593, in *Fam. dir.*, 2008, 1106, con nota di AMRAM; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 68, con nota di MANTOVANI).

(7) Art. 6: "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta, che disciplinano la sua interpretazione e applicazione, e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

(8) Cfr. art. 21, primo comma: "(Non discriminazione). 1. È vietata qualsiasi

Più complessa (ma, in relazione al problema qui discusso, caratterizzata da una soluzione assolutamente identica) appare, invece, la questione che si pone sul piano della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'art. 8 di tale strumento tutela, come noto, i diritti derivanti da rapporti di famiglia, sancendo genericamente il diritto di ogni persona al "rispetto della propria vita privata e familiare". D'altro canto, l'art. 12, con riguardo diretto al matrimonio, fa riferimento esplicito alla famiglia originata dal vincolo coniugale (9).

È noto che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, in un primo momento, privilegiato un'interpretazione unitaria delle due norme, nel senso della tutela dell'unica forma di vita familiare quale è quella fondata sul matrimonio, inteso come unione di persone di sesso diverso (10). Successivamente, in considerazione della natura della Convenzione quale strumento vivente, da interpretare cioè in modo evolutivo alla luce delle concezioni prevalenti negli Stati partecipanti, la Corte ha orientato la propria lettura delle norme convenzionali in maniera più ampia. Ha ritenuto, cioè, che alla base della famiglia di cui all'art. 8 della Convenzione vi sia la cellula uomo-donna costituente un rapporto coniugale, od altra relazione affettiva che, pur se non riconducibile al matrimonio, ne condivide gli aspetti essenziali. In applica-

forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali".

(9) Art. 8: "Diritto al rispetto della vita privata e familiare. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui". Art. 12: "Diritto al matrimonio. Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto".

(10) L'insegnamento tradizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo è che "In the Court's opinion, the right to marry guaranteed by Article 12 (Art. 12) refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 (Art. 12) is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family" (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rees v. United Kingdom*, 17 ottobre 1986, par. 49-51).

zione del principio di effettività, la Corte ha poi ritenuto di far rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 8, primo comma, oltre alle relazioni fondate sul matrimonio, soltanto i rapporti affettivi costituiti da persone di diverso sesso conviventi *more uxorio* per un certo periodo di tempo e connotati da un sufficiente carattere di stabilità — desumibile, ad esempio, dalla coabitazione durevole e dalla nascita di figli —, nonché dalla volontà di costituire una famiglia (11).

Simile evoluzione nella giurisprudenza della Corte europea rinviene, del resto, il suo parallelo nel percorso che lo stesso giudice di Strasburgo ha compiuto in materia di rapporti genitori-figli, laddove esso ha, fin da anni lontani, assicurato, in base all'art. 8, protezione ai rapporti tra genitori e figli naturali (12), estendendo inoltre la tutela della vita familiare oltre lo stretto ambito delle relazioni tra genitori e figli per abbracciare quelle con i parenti (13).

(11) Con riferimento all'equiparazione delle coppie conviventi *more uxorio* con quelle coniugate, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa nel senso che "Article 8 applies to the "family life" of the "illegitimate" family as well as to that of the "legitimate" family. (...) it is clear that the applicants, the first and second of whom have lived together for some fifteen years (...) constitute a "family" for the purposes of article 8. They are thus entitled to its protection, notwithstanding the fact that their relationship exists outside marriage. The notion of the "family" (...) is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other the *de facto* "family" ties where the parties are living together outside of marriage": cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 13 giugno 1979, *Marckx v. Belgium*, par. 31 e par. 56; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Johnston and Others Case*, 18 dicembre 1986, par. 55; Corte europea dei diritti dell'uomo 26 maggio 1994, *Keegan v. Ireland*, par. 44.

(12) Sul principio di eguaglianza tra figli legittimi e naturali, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 13 giugno 1979, *Marckx v. Belgium*, cit.; v., inoltre, Corte europea dei diritti dell'uomo 29 novembre 1991, *Vermeire v. Belgium*; Corte europea dei diritti dell'uomo 18 dicembre 1986, *Johnston et al. v. Ireland*; Corte europea dei diritti dell'uomo 28 ottobre 1987, *Inze v. Austria*; Corte europea dei diritti dell'uomo 1° febbraio 2000, *Mazurek v. France*, in *D.*, 2000, 332, con nota di THIERRY; tale ultima decisione ha censurato — per violazione degli artt. 8 e 14 — la discriminazione a danno dei figli adulterini contenuta nell'art. 760 c.c. fr., che attribuiva ad essi un quota ereditaria pari alla metà di quella spettante ai figli legittimi. A questa sentenza ha risposto il legislatore francese con la l. n. 2001/1135 del 3 dicembre 2001, che ha eliminato ogni residua differenza tra figli legittimi e naturali. Sul tema v. in dottrina, per tutti, FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Fam. dir.*, 2009, 1049 ss.

(13) Il citato caso *Marckx v. Belgium* (1979) è esemplare, in quanto in esso erano in questione non solo le norme del codice civile belga che subordinavano l'accertamento della filiazione nei confronti della madre nubile ad un riconoscimento da parte di questa e quelle che limitavano i diritti successori del figlio, ma anche le norme che

Analogo percorso evolutivo non può dirsi ancora integralmente compiuto dalla Corte europea, con riguardo alle coppie composte da soggetti del medesimo sesso (14).

Il Parlamento europeo ha, al contrario, indirizzato Raccomandazioni agli Stati membri sulla parità di diritti degli omosessuali nella Comunità, nonché sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea, affinché si garantiscano alle coppie non sposate e a quelle omosessuali la parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali (15). Ha inoltre sollecitato i Paesi che non vi abbiano

limitavano gli effetti del riconoscimento ai soli rapporti tra la madre ed il figlio (con l'esclusione dei parenti). La Carta di Nizza espressamente indica la "nascita" tra le circostanze che non consentono un trattamento giuridicamente differenziato dei figli (art. 21). Su questo punto, nella perdurante inerzia del legislatore, FERRANDO, *op. loc. ultt. citt.*, si augura, più che condivisibilmente, che, nel nuovo clima di collaborazione tra Corti europee e nazionali, la Corte Costituzionale si interroghi sulla perdurante validità dell'orientamento fino ad ora seguito in tema di parentela naturale. Se ciò avvenisse, ben potrebbe, tra l'altro, evidenziarsi ulteriormente quel ruolo dei giudici, quali "costruttori di passerelle tra i diversi ordinamenti", ben posto in luce da CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, 3 ss., 41 ss. (cfr. anche ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, 136 ss., 146).

(14) Cfr. FANTETTI, *Famiglia, individui e convivenza*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 342. Osserva LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, 187, che sia la Corte europea dei diritti dell'uomo, sia la Corte di Giustizia CE manifestano una grande cautela nell'estendere ai conviventi omosessuali i diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali. Secondo la Corte del Lussemburgo, infatti, "allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto" (cfr. Corte di Giustizia CE 17 febbraio 1998, *Lisa Grant v. South-West Trains*, http://www.brcr.org/safrica/equality/Grant_South-West%20Trains.htm, par. 38). La consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo rifiuta, dal canto suo, di riconoscere l'esistenza di una "vita familiare" tra omosessuali, ritenendo invece sempre applicabile alle questioni concernenti gli omosessuali l'art. 8 sotto il profilo del diritto al rispetto della "vita privata".

(15) In tal senso, la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità e la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2000 sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea. Sul tema, cfr. LOWE, *The Growing Influence of the EU on Family Law*, in M.D.A. FREEMAN, *Current Legal Problems*, 56, Oxford, 2004, 439 ss. Da notare che la risoluzione del 1994 ha invitato gli Stati a rimuovere gli ostacoli "a qualsiasi limitazione degli omosessuali di essere genitori, ovvero di adottare, o di avere in affidamento dei bambini". Per la dottrina italiana, cfr. D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, in *I quaderni della Riv. dir. civ.*, Padova, 2003, 6 ss.; LONG, *Il diritto italiano*

ancora provveduto a modificare i propri ordinamenti in modo da introdurre la convivenza registrata e riconoscere giuridicamente le unioni di fatto, senza discriminazioni basate sul sesso (16). È noto che, a differenza del nostro Paese, altri hanno prestato ascolto a tali inviti. Così, ad esempio, in ottemperanza al principio di eguaglianza, il Ministero del pubblico impiego del Belgio ha recentemente (novembre 2009) raggiunto un accordo con i sindacati per permettere alla *partner* omosessuale di una madre di usufruire del congedo parentale, in precedenza riservato soltanto al padre (17).

Quanto detto sopra circa la Corte europea dei diritti dell'uomo va, però, subito integrato e corretto con le seguenti riflessioni, attinenti proprio alla materia in esame. Se è vero, infatti, che la Corte di Strasburgo si è (per lo meno sino ad ora) rifiutata di estendere alle coppie omosessuali i principi attinenti alla legislazione matrimoniale, con le conseguenti norme "di favore" verso i nubendi, essa ha chiaramente preso posizione in senso contrario all'applicazione di principi "di sfavore" (e dunque discriminatori) verso genitori omosessuali.

Intendo riferirmi, in primo luogo, alla sentenza del 21 dicembre 1999, nel caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (18).

Sul punto, la Corte europea ha ritenuto che una decisione della Corte d'appello di Lisbona, la quale aveva negato l'affidamento della figlia minore al padre, motivando sulla base dell'omosessualità di

della famiglia alla prova delle fonti internazionali, cit., 183 (anche per l'indicazione di ulteriori documenti e risoluzioni dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa); BONINI BARALDI, *Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia: pluralismo di valori e pregiudizi nazionali a confronto*, in AA.VV., *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, cit., 223 ss.

(16) V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2000 sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea, in cui si rileva la necessità di compiere rapidi progressi nell'ambito del riconoscimento reciproco delle varie forme di convivenza legale a carattere non coniugale e dei matrimoni legali tra persone dello stesso sesso esistenti nell'UE; sul tema v. anche BOELE-WOELKI, *Perspectives for the Unification and Armonisation of Family Law in Europe*, Antwerp, 2000, 462 ss.; PIGNATELLI, *Nozione di matrimonio e disciplina delle coppie omosessuali in Europa*, in *Foro it.*, 2005, V, 260; SCHLESINGER, *La risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corriere giur.*, 1994, 333 ss.; BALLETTI, *Le coppie omosessuali, le istituzioni comunitarie e la Costituzione italiana*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 241 ss.; BALESTRA, *Un recente convegno francese sulle convivenze fuori dal matrimonio*, in *Familia*, 2002, 439 ss.

(17) Per la notizia dell'accordo tra il Ministro (democristiano) ed i sindacati, cfr. http://www.deredactie.be/cm/vrtnieuws.english/news/091124_lesbians.

(18) Corte europea dei diritti dell'uomo 21 dicembre 1999, ricorso n. 33290/96, in *JCP*, 2000, I, 203, n. 11, *Chron.*, con nota di SUDRE.

quest'ultimo e della sua convivenza con un altro uomo, costituisse violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione (19). A dire la verità, questa condanna da parte di Strasburgo, la pronuncia lusitana sembrava veramente "essersela andata a cercare". La decisione oggetto di contestazione era, invero, ricorsa ad espressioni quali: "la figlia deve vivere all'interno (...) di una famiglia tradizionale portoghese", oppure: "qui non è il caso di accertare se l'omosessualità sia o meno una malattia, o se essa sia un orientamento sessuale verso le persone del medesimo sesso. In entrambi i casi si è in presenza di una anormalità e un minore non deve crescere all'ombra di situazioni anormali".

Di fronte a questi rilievi la Corte europea ha avuto partita facile nell'affermare che "ces passages de l'arrêt litigieux, loin de constituer de simples formules maladroitement ou malheureuses, comme le soutient le Gouvernement, ou de simples *obiter dicta*, donnent à penser, bien au contraire, que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale". Siffatta conclusione risultava, poi, confermata dal fatto che la Corte d'appello di Lisbona, decidendo sul diritto di visita del padre, lo aveva messo in guardia dal tenere un comportamento che consentisse alla minore di comprendere "che suo padre viveva con un altro uomo in condizioni simili a quelle di due coniugi". La Corte europea ha, quindi, stabilito che il giudice portoghese aveva operato una "distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle du requérant, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention", così negando "l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé", e facendo, tra l'altro, riferimento al caso *Hoffmann v. Austria*, nel quale si era ritenuta la violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Convenzione da parte di una decisione della Corte Suprema austriaca, che aveva ritenuto rilevanti nella decisione sull'affidamento di un minore considerazioni di tipo religioso (nella specie, l'appartenenza della madre ai Testimoni di Geova).

Sarà interessante notare, poi, che il riscontro della medesima violazione dell'art. 14, cit., "combiné avec l'article 8", si pone alla base del successivo arresto del 22 gennaio 2008, con il quale i giudici di

(19) Art. 14: "Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione".

Strasburgo hanno condannato la Francia nel caso *E.B. v. France*, dichiarando contrario alla Convenzione il diniego dell'idoneità all'adozione deciso dalle autorità di uno Stato membro che consente per legge al singolo di adottare, qualora tale diniego sia motivato con la mancanza di un riferimento genitoriale del sesso opposto a quello dell'aspirante genitore adottivo celibe o nubile (20).

Tale ultima decisione costituisce un'importante novità, atteso che, nel precedente caso *Fretté v. France* (21), la medesima Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto, con una maggioranza di soli quattro voti contro tre, che il rifiuto al ricorrente dell'idoneità all'adozione non integrasse un trattamento ingiustificatamente discriminatorio poiché, sebbene l'esclusione fosse avvenuta a causa della sua omosessualità, tale trattamento differenziato perseguiva il fine legittimo di proteggere il benessere e i diritti dei minori adottandi e non eccedeva il margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati contraenti, in assenza di un orientamento comune tra gli ordinamenti giuridici europei e anche all'interno della comunità scientifica in questa materia.

Si è esattamente rilevato, in dottrina, che le differenze tra tale *affaire*, giunta a decisione nel 2002 e quella *E.B. v. France*, del 2008, "non sono tali da giustificare di per sé una decisione opposta" (22).

Concordo con tale giudizio, ritenendo però personalmente erronea la decisione del caso *Fretté*. Sul tema, se la decisione del 2008 costituisca o meno un avallo della Corte europea all'omogenitorialità andrei cauto nel fornire, come pure è stato fatto in dottrina (23), una risposta negativa. Nessuna affermazione, certo, arriva da Strasburgo sul diritto

(20) Corte europea dir. uomo 22 gennaio 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 667, con nota di LONG. Rimarca LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, cit., 672 s., lamentando che tale decisione sia stata fraintesa dai *media*, che il *thema decidendum*, come nel precedente caso *Fretté v. France*, era costituito "dal diritto a essere valutati idonei all'adozione e non il diritto all'adozione, cioè a essere abbinati a un bambino adottabile dopo l'accertamento dell'idoneità: l'inesistenza di tale diritto indifferentemente dalle modalità scelte per vivere la propria vita di coppia costituisce, intatti, principio ormai consolidato in tutti i Paesi dell'Europa occidentale". Sta, però, di fatto che ciò che appare (gravemente) discriminatorio verso l'orientamento omosessuale è proprio la negazione del diritto ad essere valutati idonei all'adozione, per via di tale orientamento.

(21) Corte europea dei diritti dell'uomo 26 febbraio 2002, parr. 38, 42.

(22) LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, cit., 673.

(23) Così LONG, *op. loc. ultt. citt.*

di un omosessuale, in quanto *partner* del genitore biologico, ad adottare il figlio dell'altro, in forza del rapporto di convivenza (formalizzata o meno) con quest'ultimo.

Una vigorosa affermazione, invece, discende dal “combinato disposto” delle sentenze *Salgueiro da Silva Mouta* ed *E.B.*, circa la non rispondenza ai principi della Convenzione europea di pratiche discriminatorie che trovino la propria “giustificazione” sull'orientamento sessuale del genitore (attuale o “potenziale” che sia).

In una battuta, il messaggio che arriva dalla Corte di Strasburgo, se non può ricondursi ad una *affirmative action* in favore dell'omogenitorialità, contiene pur sempre un chiaro e netto *fin de non recevoir* opposto ad ogni tentativo di considerare l'omosessualità e il desiderio di omogenitorialità come ragione di trattamento deteriore. Dunque, in questi termini, ed in questi limiti, parlare di “riconoscimento” e di “avallo” (nel senso, per l'appunto, di accoglimento di rilevanti istanze di pari trattamento), da parte della Corte europea, del fenomeno dell'omogenitorialità non sembra poi così fuori luogo (24).

(24) Inutile dire che il profilo delle discriminazioni in base alla *sexual orientation* tocca non solo l'aspetto della genitorialità. Si pensi, ad esempio, al tema del ricongiungimento familiare, sia nei casi riguardanti cittadini extraeuropei soggiornanti in Italia, sia in relazione alle ipotesi che vedono protagonisti cittadini comunitari o italiani, laddove la vigente disciplina italiana espressamente esclude le coppie non unite in matrimonio dall'esercizio di tale diritto. Nel primo caso, infatti, l'art. 29 d.lgs. 286 del 1998 (T.U. in materia di immigrazione e trattamento dello straniero) espressamente limita al “coniuge” dello straniero residente la possibilità di ottenere il ricongiungimento familiare, escludendo dai beneficiari il *partner* non coniugato. Analoga impostazione si desume dalla disciplina del ricongiungimento familiare dei cittadini comunitari di cui alla direttiva recepita con d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 30: l'art. 2, comma 1, lett. *b*) n. 2), infatti, esclude dalla nozione di familiare rilevante ai fini della libera circolazione il *partner* che abbia contratto con il cittadino europeo un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, se la legislazione dello Stato membro ospitante non equipara l'unione registrata al matrimonio; a quanto pare, il medesimo principio riguarda anche i familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana, in forza del disposto dell'art. 23 d.lgs. 30 del 2007.

Sul punto potrà rilevarsi che la Corte d'appello di Firenze, con provvedimento del 6 dicembre 2006, ha stabilito che, poiché il nostro ordinamento subordina il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari alla qualità di “familiare” del soggetto richiedente, il provvedimento dell'autorità neozelandese che riconosce a due persone del medesimo sesso la qualifica di *partners* di fatto, cioè di conviventi, e non di familiari, non costituisce titolo idoneo perché possa essere rilasciato il permesso di soggiorno ai sensi del d.lgs. n. 286 del 1998 (cfr. App. Firenze 6 dicembre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 1040, con nota di PASCUCCI).

La predetta decisione è stata confermata dalla Suprema Corte (cfr. Cass. 17 marzo

3. Passando all'esame della situazione italiana sul punto qui in discussione, va ricordato che, in base ai principi sanciti agli artt. 155 ss.

2009 n. 6441, *ibidem*, 2009, 454, con nota di ACIERNO). Secondo, invero, la Cassazione: "In tema di diritto dello straniero al ricongiungimento familiare, il cittadino extracomunitario legato ad un cittadino italiano ivi dimorante da un'unione di fatto debitamente attestata nel Paese d'origine del richiedente, non può essere qualificato come "familiare" ai sensi dell' art. 30, primo comma, lettera c), del d.lgs. n. 286 del 1998, in quanto tale nozione, delineata dal legislatore in via autonoma, agli specifici fini della disciplina del fenomeno migratorio, non è suscettibile di estensione in via analogica a situazioni diverse da quelle contemplate, non essendo tale interpretazione imposta da alcuna norma costituzionale. Né tale più ampia nozione può desumersi dagli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo o dall'art. 9 della Carta di Nizza (...), in quanto tali disposizioni escludono il riconoscimento automatico di unioni diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni, salvaguardando l'autonomia dei singoli Stati nell'ambito dei modelli familiari. Infine, non può trovare applicazione la più recente normativa di derivazione comunitaria, in quanto il d.lgs. n. 5 del 2007 si applica soltanto ai familiari di soggiornanti provenienti da Paesi terzi e il d.lgs. n. 30 del 2007 tutela la libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini UE e dei loro familiari nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, e non il diritto al ricongiungimento familiare con un cittadino di uno Stato membro regolarmente residente e dimorante nel suo Paese d'origine".

Quanto mai deludente appare la presa di posizione della Suprema Corte con riguardo al contenuto ed agli effetti della Carta di Nizza. Secondo la Cassazione, infatti, al fine di accedere ad una nozione di "familiare" comprensiva anche del convivente omosessuale, non varrebbero le disposizioni dell'art. 9 del predetto documento sovranazionale ("Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio"), posto che, "Se è vero che la formulazione del citato art. 9, da un lato, conferma l'apertura verso forme di relazioni affettive di tipo familiare diverse da quelle fondate sul matrimonio e, dall'altro, non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto, resta fermo che anche tale disposizione, così come l'art. 12 CEDU, rinvia alle leggi nazionali per la determinazione delle condizioni per l'esercizio del diritto, con ciò escludendo sia il riconoscimento automatico di unioni di tipo familiare diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni che l'obbligo degli Stati membri di adeguarsi al pluralismo delle relazioni familiari, non necessariamente eterosessuali". Del tutto ignorato è rimasto, invece, l'art. 21 della predetta Carta, che, come noto, fonda un chiaro divieto di trattamenti discriminatori, a ragione, tra l'altro, delle "tendenze sessuali". Quest'ultimo profilo viene, invece, velocemente sfiorato dalla Cassazione con riguardo agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in relazione alla (dai ricorrenti) lamentata "arbitraria ingerenza nelle scelte del modello familiare, avente anche portata discriminatoria sulla base degli orientamenti sessuali". Ma siffatto peculiare aspetto viene, invece, espressamente scartato dalla Corte, "in quanto la mancata equiparazione al coniuge è prevista in relazione a qualsiasi tipo di convivenza non matrimoniale, e non soltanto per quelle tra persone dello stesso sesso". Peraltro, che la via del matrimonio sia (da noi) irrimediabilmente sbarrata agli omosessuali non sembra sfiorare neppure

c.c. (così come risultanti dalla già ricordata riforma sull'affidamento condiviso), l'affidamento ad un solo genitore è previsto alla stregua di una situazione eccezionale e postula un giudizio non solo di "valore" nei riguardi dell'affidatario, bensì anche un corrispondente giudizio di "disvalore" (beninteso, non in termini assoluti, bensì in relazione alle capacità educative ed al possesso delle qualità tali da rendere quel soggetto idonea figura genitoriale di riferimento) nei confronti del non affidatario (25). Ma è chiaro che, nell'ambito di tali giudizi, nessun rilievo può giocare la considerazione dell'orientamento sessuale del genitore, sia esso o meno accompagnato da una situazione di convivenza con un *partner* del medesimo sesso.

Diverse sono, ormai, le decisioni italiane che si collocano sulla linea tracciata dalla sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Salgueiro da Silva Mouta* (di cui si è detto nel § precedente) e quanto mai lontani appaiono i tempi in cui, ad esempio, un genitore poteva essere escluso dall'affidamento perché ateo (26).

per un attimo le menti dei Supremi Giudici. In senso contrario all'invocabilità del principio di non discriminazione (*sub specie*, però, dell'art. 3 Cost.) si esprime anche D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, cit., 18 ss., pervenendo alla non condivisibile conclusione per cui la convivenza omosessuale, pur se formazione sociale rilevante ex art. 2 Cost., non potrebbe assurgere al rango di "famiglia" (cfr. in partic. p. 18). Ora, se si pone mente al fatto che il termine "famiglia" non può ormai essere negato alla convivenza *more uxorio* tra persone di sesso diverso (sul tema v., per tutti, OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano 1991, 21 ss.), appare più che lampante come la negazione della medesima qualifica alla stabile unione affettiva tra persone del medesimo sesso non tragga altra origine se non da una (preconcetta e gratuita) discriminazione non basata su altra "ragione", che non sia proprio l'orientamento sessuale. Negare la presenza di una discriminazione rilevante ai sensi dell'art. 21 della Carta di Nizza (ma, quasi altrettanto certamente, anche ex art. 3 Cost.) significa, dunque, negare l'evidenza (ed infatti cfr. Trib. Venezia 3 aprile 2009, disponibile al sito *web* seguente: <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014238.aspx>).

(25) Cass. 18 giugno 2008 n. 16593, cit.: "In tema di separazione personale dei coniugi, alla regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore", con la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo più in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore, e che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi, poiché avrebbe, altrimenti, una applicazione solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto".

(26) Trib. Ferrara 31 agosto 1948, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 592.

Così, nel 2006 il Tribunale di Napoli (27) ha preso chiaramente posizione in favore dell'idoneità di un genitore omosessuale ad essere affidatario della prole minorenni, utilizzando espressioni assai decise e che non hanno mancato di suscitare reazioni (ingiustificatamente) perplesse di una parte della dottrina (28). Come è dato leggere nella motivazione della decisione partenopea: "L'atteggiamento di ostilità, più o meno velata, nei confronti dell'omosessualità, nel settore in oggetto, è ormai frutto di meri stereotipi pseudoculturali, espressione di moralismo e non di principi etici condivisi, privi peraltro di un fondamento normativo. Soprattutto non vi è, né può esservi, alla base di siffatta prevenzione, alcun fondamento normativo (ed è appena il caso di ricordare che in altri ordinamenti, anche nell'ambito dell'Unione europea, è ormai riconosciuto lo stesso matrimonio omosessuale)". Di contro, prosegue la citata sentenza, l'art. 3 Cost. "protegge l'individuo da qualunque discriminazione legata all'orientamento sessuale; cfr. anche gli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità".

Sempre ad avviso dei giudici napoletani: "Va anzi ribadito che siffatta neutralità della condizione e delle relazioni omosessuali di un genitore si pone in termini di ben maggior forza rispetto alle condizio-

(27) Trib. Napoli 28 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2007, 1572 ss., con nota di FAVA; in *Foro it.*, 2007, I, 138; in *Fam. dir.*, 2007, 621 ss., con nota di IANNACCONE; in questa *Rivista*, 2007, 1691, con nota di MANERA.

(28) Cfr., ad es., MANERA, *Se un'elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso*, Nota a Trib. Napoli 28 giugno 2006, in questa *Rivista*, 2007, 1677, il cui pensiero viene qui di seguito testualmente riportato: "non può, infine, condividersi l'affermazione secondo cui una famiglia omosessuale avrebbe la stessa valenza educativa di una famiglia eterosessuale, essendo agevole replicare che, per una corretta ed armoniosa evoluzione della personalità e per una normale socializzazione, il minore ha bisogno di identificarsi in validi modelli genitoriali di riferimento, della necessaria presenza di una figura educatrice materna e paterna, perché l'assenza di una sola di tali figure educative non favorisce il normale sviluppo della personalità, ma genera disturbi psichici, confusioni, vuoti psicologici e profondi traumi, spesso irreversibili, o irrisolti anche dopo molti decenni. Il minore ha, cioè, necessità d'un padre e di una madre (e non di due padri o di due madri): la realtà proverà l'esattezza di tale assunto, dopo che il legislatore avrà consentito il matrimonio e l'adozione alle coppie omosessuali". In senso diametralmente opposto v., invece, CAGGIA, *Convivenze omosessuali e genitorialità: tendenze, conflitti e soluzioni nell'esperienza statunitense*, cit., 248 ss.

ni-condotte “borderline”, se non francamente illecite o “a rischio”, sopra esaminate, e che pure di per sé non ostano al riconoscimento dell’idoneità genitoriale e all’affidamento. L’omosessualità, infatti, e beninteso, è una condizione personale, e non certo una patologia, così come le condotte-relazioni omosessuali non presentano, di per sé, alcun fattore di rischio o di disvalore giuridico rispetto a quelle eterosessuali. L’omosessualità del genitore si pone — ai fini che qui interessano — in termini non diversi dalle opzioni politiche, culturali e religiose, che pure sono di per sé irrilevanti ai fini dell’affidamento. Ciò è tanto più vero con riferimento a contesti socio-culturali elevati, quale è quello delle parti, in cui le antiche prevenzioni verso l’omosessualità dovrebbero essere superate”.

Beninteso, la relazione omosessuale del genitore potrà in concreto, vale a dire in casi specifici, fondare un giudizio negativo sull’affidamento o sull’idoneità genitoriale solo allorquando sia posta in essere con modalità pericolose per l’equilibrato sviluppo psico-fisico del minore. Tanto, però, può affermarsi anche per una relazione eterosessuale. A tal proposito il Tribunale di Napoli richiama opportunamente alcuni precedenti giurisprudenziali, in cui la relazione extraconiugale (eterosessuale) del genitore è stata valutata negativamente quanto alle conseguenze sulla prole (29).

Proprio questi rilievi consentono, a mio avviso, di superare le preoccupazioni espresse in dottrina da chi teme che la discussione sui temi in esame “rischi talvolta di trasformare i minori in un mezzo per la promozione dei diritti degli *adulti* omosessuali” (30). In realtà, è più che evidente che la sacrosanta rivendicazione di una parità di trattamento tra genitori (etero- o omosessuali che siano) e di una perfetta indifferenza, sul piano delle caratteristiche della genitorialità, dell’orientamento sessuale delle figure parentali, non può attentare all’altrettanto sacrosanta affermazione del principio di assoluta *primauté*

(29) È il caso della madre affidataria convivente con *partner* che impone la sua personalità invadente (Trib. Velletri 25 novembre 1977, in questa *Rivista*, 1978, 886), così come è stata ritenuta scorretta la condotta del genitore affidatario che cerca di spostare l’amore dei figli verso il proprio convivente (Cass. 12 febbraio 1971 n. 364, in *Rep. Foro it.*, 1973, voce *Separazione di coniugi*, n. 60); del pari, suscita allarme — per i possibili riflessi negativi sulla prole — la relazione che si risolve in compagnie occasionali o nella frequenza di alberghi malfamati (Cass. 22 dicembre 1976 n. 4706, in questa *Rivista*, 1977, 113).

(30) Così LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell’adozione agli omosessuali*, cit., 672.

della tutela dell'interesse dei minori coinvolti, ponendosi, anzi, quale strumento per un'effettiva realizzazione, nel caso concreto, di questa tutela (31).

Una successiva decisione di merito del Tribunale di Bologna (32) ha deciso che la condizione omosessuale di uno dei genitori non giustifica e non consente di motivare la scelta restrittiva dell'affidamento esclusivo all'altro. Nella specie, dopo otto anni di matrimonio e la separazione consensuale, avvenuta nel 2006 perché il marito si era scoperto *gay*, la bambina era stata affidata alla madre, con la facoltà per il padre di vederla quando lo desiderava, previo accordo. Allorquando il padre propose di portare la figlia in vacanza sull'isola di Samos, in Grecia, la madre si oppose, affermando che quella località sarebbe "notoriamente frequentata quasi esclusivamente da omosessuali" (*sic*), con la conseguenza che la figlia avrebbe potuto scoprire "l'omosessualità del padre senza una graduale e adeguata preparazione". Da qui la decisione del padre di chiedere l'affido condiviso, poi concesso dal Tribunale. Per il Tribunale felsineo, "non vi è alcuna prova che l'isola di Samos costituisca meta privilegiata del turismo omosessuale" e comunque "il Tribunale non ha motivo — in assenza di pregiudizio per la figlia — di imporre al padre una località di vacanza diversa da quella prescelta".

Il caso deciso dal Tribunale di Bologna presenta la peculiarità della richiesta della modificazione dell'affidamento della bambina: da esclusivo alla madre a condiviso insieme al genitore omosessuale.

Applicando le norme sull'affidamento condiviso al caso in questione, i giudici bolognesi hanno evidenziato come l'omosessualità del genitore non sia un elemento ostativo al raggiungimento degli obiettivi della riforma. Infatti, per derogare alla regola dell'affidamento condiviso, occorre, secondo quanto, del resto, stabilito anche dai supremi giudici di legittimità, "che risulti nei confronti di uno dei genitori una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa, o comunque tale da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per

(31) Sull'idoneità *de facto* di numerose coppie omosessuali a svolgere un ruolo genitoriale, v. le ponderate e documentate riflessioni di CAGGIA, *Convivenze omosessuali e genitorialità: tendenze, conflitti e soluzioni nell'esperienza statunitense*, cit., 248 ss.

(32) Trib. Bologna 15 luglio 2008, in *Fam. e min.*, 2008, n. 9, 78 ss., con nota di VACCARO; in *Giur. it.*, 2009, 1164, con nota di FALLETTI, secondo cui "Il semplice fatto che uno dei genitori sia omosessuale non giustifica — e non consente di motivare — la scelta restrittiva dell'affidamento esclusivo della figlia minore di genitore omosessuale".

il minore” (33). L’orientamento sessuale, dunque, non è ricollegabile, di per sé, a condizione di carenza o inidoneità educativa, mentre, nel caso concreto, i giudici di merito hanno verificato la presenza di interesse del genitore nei confronti della figlia (34), nonostante la difficile comunicazione tra i genitori.

Poiché unico criterio che deve orientare la valutazione giudiziale è quello rappresentato dal *best interest* del minore, anche riguardo alla sfera delle scelte personali e più intime del genitore — al pari di altri aspetti, legati alle opzioni politiche, culturali o religiose — deve affermarsi la rigorosa neutralità del giudice rispetto agli opposti sistemi di valori cui si ispiri la condotta educativa dei genitori, con l’ovvio limite costituito dal pregiudizio per la persona del figlio (artt. 330 e 333 c.c.) (35).

4. Per altro verso, rispetto al profilo esaminato nei paragrafi precedenti, le “accuse” (36) di omosessualità rivolte da un genitore all’altro, al fine di sollecitare interventi giurisdizionali restrittivi dell’esercizio dei diritti inerenti alla posizione genitoriale (sul piano, cioè, dell’affidamento, del collocamento della prole, dei diritti di visita, ecc.), non solo non risultano essere state prese in considerazione ai fini dell’imposizione di misure limitative nei confronti del genitore “accusato”, bensì, tutto al contrario, sono state talora valutate come elemento idoneo, in concorso con altri, a determinare provvedimenti negativi nei confronti del genitore “accusatore”.

Sul punto è intervenuta la Cassazione (37), in relazione ad un caso in cui, a sostegno della propria richiesta di affidamento esclusivo (e, in

(33) Cass. 19 giugno 2008 n. 16593, cit.

(34) Sul punto, la giurisprudenza di merito ha statuito che “in tema di separazione giudiziale dei coniugi, va escluso l’affidamento condiviso dei figli minori a fronte del totale disinteresse mostrato da uno dei genitori per i figli stessi (nella specie, è stato disposto l’affido esclusivo alla madre della figlia quindicenne, essendo emerso nel giudizio che il padre non la vedeva da oltre due anni, disinteressandosi completamente di lei, non versando il contributo per il mantenimento e tenendo condotte elusive e di ostacolo alle iniziative della madre)” (Trib. Bologna 17 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 1914).

(35) Così MANTOVANI, (*Presunta omosessualità di un genitore, idoneità educativa e rilievo della conflittualità ai fini dell’affidamento*, nota a Cass. 18 giugno 2008 n. 16593, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 70).

(36) Il virgolettato è qui d’obbligo, essendo, come noto, il concetto di “accusa” intimamente legato a quello di “colpa”.

(37) Cass. 19 giugno 2008 n. 16593 cit.

subordine, di quello condiviso), il padre aveva allegato l'inidoneità educativa della moglie, sul presupposto di una pretesa relazione omosessuale dalla stessa intrattenuta con un'amica. La richiesta del marito non ha, però, trovato accoglimento, in ragione della assoluta infondatezza e del difetto di prova circa l'asserita relazione intima della donna. Ma le meditate e assai condivisibili argomentazioni del giudice del merito — corredate dai richiami all'art. 3 Cost., agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE — inducono a ritenere che l'esito del giudizio non sarebbe stato diverso, ove quella relazione fosse stata adeguatamente e compiutamente dimostrata (38).

Nella fattispecie, il padre è risultato di per sé (ovvero: senza che la conflittualità fra i genitori abbia interferito sulla decisione di affidamento esclusivo) inidoneo alla condivisione dell'esercizio della potestà genitoriale in termini compatibili con la tutela dell'interesse primario del minore. La Cassazione ha, infatti, avallato il ragionamento seguito dalla decisione d'appello, fondato sul "comportamento gravemente screditatorio [da parte del padre] della capacità educativa della madre, adottato dal marito con non provate accuse anche di sue relazioni omosessuali". Tale atteggiamento è stato ritenuto fonte "di oggettiva inidoneità del padre alla condivisione dell'esercizio della potestà genitoriale in termini compatibili con la tutela dell'interesse primario del minore, mentre la madre aveva mostrato, invece, disponibilità a favorire rapporti tra il padre e il figlio, che, allo stato, appare sereno e ben integrato scolasticamente".

Il principio risulta tanto più condivisibile, ove si ponga mente al fatto che, secondo quanto dimostrato dalla prassi, nei casi di alto tasso di conflittualità tra i genitori, la condizione di omosessualità di uno dei *partners* è sempre invocata dall'altro come fattore idoneo a perturbare l'equilibrio psicofisico del minore e, dunque, tale da giustificare l'affidamento esclusivo al genitore eterosessuale (39).

Sulla stessa linea della Cassazione si pone un decreto del Tribunale

(38) Così MANTOVANI, *(Presunta) omosessualità di un genitore, idoneità educativa e rilievo della conflittualità ai fini dell'affidamento*, cit., 70 ss.; AMRAM, *Corte di Cassazione e giurisprudenza di merito: alla ricerca di un contenuto per l'interesse superiore del minore*, nota a Cass. 18 giugno 2008 n. 16593, in *Fam. dir.*, 2008, 1106 ss.

(39) Così LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, cit., 676.

per i minorenni di Catanzaro: il minore è stato affidato esclusivamente alla madre in quanto il padre, pregiudicato ed alcolista, non avrebbe costituito un modello educativo per il figlio, non solo per la condanna per omicidio volontario, ma anche per aver più volte dimostrato atteggiamenti discriminatori e razzisti contro omosessuali e drogati (40).

5. Si tratta ora di esaminare il punto — sopra individuato (41) *sub (b)* — concernente le conseguenze per la prole della fine di un rapporto di coppia omosessuale, nel corso del quale (nei modi più vari) fosse sorto un rapporto di filiazione, o si fosse sviluppato un rapporto privilegiato tra il/la compagno/a e il figlio dell'altro/a.

Al riguardo, dovrà subito dirsi che un rapporto di filiazione bilaterale rispetto ad entrambi i membri della coppia omosessuale potrebbe darsi soltanto qualora si trattasse di prole adottiva di entrambi, ovvero di prole biologica di uno di essi (ovviamente vuoi legittima, in quanto derivante da precedente unione matrimoniale, vuoi naturale riconosciuta o dichiarata), successivamente adottata dall'altro; ciò sempre a condizione, beninteso, che la creazione di questo secondo vincolo non avesse "cancellato" il preesistente rapporto, ma vi avesse aggiunto, per così dire, il secondo al primo, come avviene, ad es., in base all'art. 44, lett. *b*), l. n. 184 del 1983: cosa che, peraltro, è da noi consentita soltanto al coniuge e pertanto non al convivente, tanto dell'opposto, come del medesimo sesso, del genitore (42).

(40) Trib. min. Catanzaro 27 maggio 2008 in *Fam. e minori*, 2008, 10, 86.

(41) V. *supra*, § 1.

(42) Rileva LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, cit., 675, che "Tutti i Paesi dell'Europa occidentale, a eccezione del Lussemburgo e dell'Italia, equiparano la coppia coniugata e il singolo nell'accesso all'adozione. L'obiettivo è di favorire quanto più possibile le adozioni al fine di offrire una protezione stabile e definitiva ai minori abbandonati (...). La Francia, in particolare, consente al singolo sia l'adozione legittimante (*adoption plénière*), sia l'adozione non legittimante (*adoption simple*). Il singolo e i coniugi che desiderino adottare un minore con adozione *plénière* devono essere preventivamente dichiarati idonei dal *président du Conseil général du Département* di loro residenza. La dichiarazione di idoneità (*agrément*) è emanata a seguito di un'istruttoria svolta interamente ed esclusivamente dai Servizi socio-assistenziali territoriali (in Italia invece, com'è noto, l'istruttoria è condivisa tra i Servizi e l'autorità giudiziaria e a quest'ultima spetta la decisione finale). Sebbene la legge non contenga alcuna norma che regoli espressamente l'adozione da parte della persona omosessuale, i servizi

Le uniche adozioni legittimanti, in relazione ad un minore abbandonato, da parte di un *single* ammesse oggi dal nostro ordinamento sono quella della separazione personale tra i coniugi aspiranti adottanti nel corso dell'affidamento preadottivo (art. 25, quinto comma, l. n. 184/1983) e quella dell'adozione pronunciata in un Paese straniero che consente al singolo l'adozione, a istanza di un cittadino italiano, il quale dimostri al momento della pronuncia di aver soggiornato continuamente e risieduto da almeno due anni in tale Paese, ai sensi dell'art. 36, comma quarto, l. n. 184 del 1983 (43). A favore del singolo possono inoltre essere pronunciate, come detto, le adozioni in casi particolari di cui all'art. 44 l. n. 184 del 1983.

Ben diversa la situazione in svariati altri Paesi, anche europei, i quali consentono l'adozione del figlio biologico o adottivo del *partner* indipendentemente dall'orientamento sessuale (44). Altri sistemi ammettono l'esercizio condiviso della potestà genitoriale tra i *partners*. Così, ad esempio, in Francia la l. 4 marzo 2002 n. 2002-305, relativa all'autorità parentale, consente al genitore la delega a terzi di parte o tutta la potestà genitoriale (45). Proprio tale istituto ha ricevuto appli-

rifutano quasi sistematicamente l'*agrément* ai singoli che si dichiarino omosessuali: il loro *choix de vie*, infatti, sarebbe contrario all'interesse del minore, in quanto lo priverebbe di un riferimento genitoriale dell'altro sesso (...). L'operato dei Servizi sociali è confermato dalla giurisprudenza amministrativa consolidata (che decide l'impugnazione contro il provvedimento del *président du Conseil général*) con l'autorevole avallo del *Conseil d'Etat*.

(43) Per un esempio, v. App. Torino 30 ottobre 2000, in *Minorigiustizia*, 2001, n. 1, 162.

(44) Cfr. LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, cit., 675.

(45) Cfr. artt. 377, 377-1, 377-2, 377-3 del *code civil*: "Article 377. Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance. En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale. Dans tous les cas visés au présent article, les deux parents doivent être appelés à l'instance. Lorsque l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants. Article 377-1. La délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales. Toutefois, le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'édu-

cazione in taluni casi di omogenitorialità: così, ad esempio, la Corte d'appello di Montpellier ha confermato una decisione di primo grado, in relazione alla posizione di due fratelli minorenni, figli biologici di genitori entrambi omosessuali, concepiti “dans le cadre du projet d'enfant” della madre con la sua convivente. Dopo la morte della madre biologica i figli avevano continuato a vivere con la ex convivente di questa, sulla base di un documento redatto dalla madre tre anni prima di morire, nel quale la stessa aveva espresso “sa volonté de voir ses enfants confiés en cas de décès à Mademoiselle Valérie F...[la convivente, per l'appunto, della madre biologica]”. In proposito la Corte d'appello ha rilevato che, sebbene tale *lettre d'intention* della madre non fosse stata “enregistrée devant un notaire, elle constitue néanmoins un élément devant être pris en considération”, unitamente all'accordo del padre biologico, unico titolare della potestà genitoriale, a seguito del decesso della madre. Da tali premesse ne ha derivato la validità di una delega parziale “des droits de l'autorité parentale des droits de Monsieur A... à l'égard des enfants Hugo et Adrien”, così respingendo la domanda dei nonni materni dei due ragazzi, che si opponevano a che costoro vivessero con la *ex* convivente della madre dei minori (46).

Similmente, in Germania, una sentenza recentissima del *Bundesverfassungsgericht* (Corte Costituzionale) ha riaffermato che le persone omosessuali hanno il diritto di adottare la prole (biologica) del *partner*, rigettando la questione di costituzionalità sollevata da un Tribunale sulla legge che consente tale tipo di adozione. La Corte ha spiegato che la genitorialità sociale deve essere considerata alla stregua di quella

cation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire. Le juge peut être saisi des difficultés que l'exercice partagé de l'autorité parentale pourrait générer par les parents, l'un d'eux, le délégataire ou le ministère public. Il statue conformément aux dispositions de l'article 373-2-11. Article 377-2. La délégation pourra, dans tous les cas, prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles. Dans le cas où la restitution de l'enfant est accordée aux père et mère, le juge aux affaires familiales met à leur charge, s'ils ne sont indigents, le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien. Article 377-3. Le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué”.

(46) Cfr. App. Montpellier 1 décembre 2006, disponibile al sito *web* seguente: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte= JURITEXT000007633168&fastReqId=1865519338&fastPos=1>.

biologica (47). Si desume, quindi, che il ruolo sociale ed affettivo del *partner* stabile del genitore costituisce la *ratio* alla quale fare riferimento, e dà diritto ad un riconoscimento formale nell'ordinamento tedesco. In Germania, quindi, l'ipotesi di bi-genitorialità omosessuale (con conseguente potestà genitoriale esercitata da entrambi i *partner*) viene ammessa, in quanto si riconosce espressamente che il compagno omosessuale o eterosessuale del genitore biologico può effettivamente affiancarsi a quello dello stesso, previo accertamento dell'interesse dal minore.

È chiaro, quindi, per tornare all'Italia, che, nell'ipotesi (fantagiuridica, per quanto attiene al sistema italiano, nonostante diverse e rilevanti esperienze straniere stiano a dimostrare l'arretratezza del nostro Paese) di previsione di matrimonio tra persone del medesimo sesso, ovvero di predisposizione di forme di adozione legittimante aperte alle coppie del medesimo sesso, il caso qui appena descritto verrebbe a ricadere, in tutto e per tutto, sotto le regole che si è tentato di illustrare in precedenza *sub (a)* (48), con integrale applicazione dei principi scolpiti agli artt. 155 ss. c.c. Si potrebbe allora parlare a pieno titolo di "bigenitorialità omosessuale".

Così non stando le cose, è comunque innegabile che un rapporto di "genitorialità *de facto*" della coppia omosessuale possa darsi: basti pensare al caso dell'unico genitore biologico (o adottivo, o al genitore biologico o adottivo affidatario a seguito di allentamento o scioglimento di un precedente legame di coppia eterosessuale) che inizi uno stabile rapporto di coppia con una persona del medesimo sesso, la quale, di fatto, venga ad assumere, agli occhi della prole, un ruolo "co-genitoriale" (si usa, al riguardo, talora il termine "genitore intenzionale" proprio per designare il convivente del genitore biologico e/o legale). Il tutto con l'ulteriore particolarità costituita dalla circostanza che il minore in questione (il quale ha il sacrosanto diritto di infischiarci delle etichette che i giuristi possono voler appiccicare alla situazione in esame) ben può aver sviluppato un rapporto affettivo verso entrambi i

(47) Cfr. *BverfG*, 10 agosto 2009, disponibile al seguente sito web: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/lk20090810_1bvl001509.html; per il comunicato stampa cfr. <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg09-098.html>; per un'informazione in lingua inglese cfr. http://www.ilga-europe.org/europe/guide/country_by_country/germany/important_steps_towards_common_adoption_for_homosexual_parents_in_germany.

(48) V. *supra*, §§ 1-4.

partners omosessuali, assolutamente identico a quello che i suoi coetanei nutrono verso i propri genitori (biologici o adottivi) eterosessuali.

6. Il problema è che la crisi della coppia omosessuale, in assenza di un idoneo quadro normativo (*rectius*: in assenza di un quadro normativo *tout court*), rischia di essere consegnata a strumenti di tutela (e sovente di autotutela) incongrui rispetto alla delicatezza richiesta dalla situazione in cui sono comunque coinvolti minori.

A ben vedere, il problema non appare così grave nelle ipotesi in cui sussista accordo tra gli *ex partners* e questi (come del resto, fortunatamente, sovente accade) siano dotati di un adeguato grado di maturità e serietà.

Ancora una volta, infatti, esattamente come succede nel caso della crisi della famiglia fondata sul matrimonio (così come in quella della coppia convivente eterosessuale), un rilievo decisivo potrà e dovrà assumere la negozialità. Non è questa la sede per trattare del rilievo che la concorde volontà delle parti può svolgere anche con riguardo alle questioni attinenti alla gestione del rapporto genitoriale (49), fatti salvi, beninteso, i fondamentali canoni della tutela dell'interesse del minore e della salvaguardia dei principi dettati dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume. Si potrà solo dire che tutti gli strumenti negoziali a disposizione dei genitori legittimi e naturali per la tutela della prole minorenni sono anche utilizzabili nel quadro di una situazione del genere di quella qui supposta.

Nulla esclude, quindi, che una coppia omosessuale che intenda separarsi "civilmente" s'accordi pure per i profili attinenti alla gestione del rapporto con la prole, ancorché si tratti di figli (biologicamente e/o giuridicamente) di uno solo di essi. Ciò vale innanzi tutto, ad avviso di chi scrive, per i profili patrimoniali, la cui causa ha natura contrattuale ed è legata al principio di autonomia riferibile agli artt. 1321 e 1322 c.c., in una situazione di sicura meritevolezza di protezione da parte dell'ordinamento (50). Ne deriva che l'assunzione di eventuali impegni ad

(49) Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999, 1091 ss.; Id., *Gli accordi concernenti la prole nella crisi coniugale*, in questa *Rivista*, 1999, 271 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 304 ss.

(50) Per i necessari richiami ed approfondimenti, cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, I, 1999, 627 ss., II, 1085 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, cit., 272 ss., 304 ss.

effettuazioni di prestazioni pecuniariamente valutabili dovrà ritenersi valida: dall'obbligo di corrispondere un assegno, all'impegno a contribuire al mantenimento in natura, all'assunzione del vincolo ad effettuare trasferimenti di beni, alla messa a disposizione di un'unità abitativa, alla creazione di vincoli di destinazione nell'interesse della prole, ex art. 2645-ter c.c. (51), alla creazione di un *trust* (52).

Potrà qui aggiungersi che attribuzioni, obbligazioni ed esborsi di provenienza del "genitore *de facto*" (cioè del "non-genitore" biologico e/o giuridico, ma considerato come vero e proprio genitore dal minore) dovrebbero essere rivestiti della forma solenne, per evitare ogni contestazione legata ad un loro supposto carattere donativo.

Ma si tratterebbe comunque di un consiglio a fini di mero tuziorismo. A ben vedere, infatti, l'interprete potrebbe sovente ravvisare (pur dovendosi modulare la valutazione di volta in volta sulle particolarità del caso concreto) in questi atti i connotati dell'adempimento di un'obbligazione naturale. Ben potrebbe dirsi, invero, che, nell'ambito di un rapporto di omogenitorialità, le relazioni tra i membri di tale famiglia e l'"affidamento" ingenerato nella prole dalla creazione di un rapporto *de facto* dotato di (quanto meno apparente) solidità giustificano l'esistenza di "doveri" rilevanti ai sensi dell'art. 2034 c.c., non dissimilmente da quanto avviene nel contesto della procreazione biologica naturale non dichiarata né riconosciuta (se non addirittura non

(51) Per questo peculiare profilo cfr. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 351 ss.; ID., *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. dir.*, 2007, 202 ss.

(52) Ovviamente solo se e nella misura in cui si ritenga ammissibile, secondo il nostro diritto interno, il ricorso a tale figura: per approfondimenti cfr., per tutti, OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, in *Fam. dir.*, 2004, 201 ss., 310 ss.; ID., *Il trust familiare*, disponibile al seguente indirizzo web: <http://www.giacomooberto.com/milano11giugno2005trust/relazionemilano.htm>; ID., *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 351 ss.; BARTOLI, *Riflessioni sul "nuovo" art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 1297 ss.; GALLUZZO, *Crisi coniugale e mantenimento della prole: trasferimenti una tantum e art. 2645-ter c.c.*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 619 ss.; MONTELEONE, *I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. in sede di accordi di separazione*, nota a Trib. Reggio Emilia 26 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2008, 629 ss.; PARTISANI, *L'art. 2645 ter c.c.: le prime applicazioni nel diritto di famiglia*, nota a Trib. Reggio Emilia 26 marzo 2007, in *Fam., pers. succ.*, 2007, 779 ss.; SEVERI, *Obbligo di mantenimento del minore e destinazione dei beni*, *ibidem*, 2008, 2536 ss.

riconoscibile) (53), o dalla convivenza *more uxorio* nei rapporti tra i *partners* (54).

Dalla citata configurazione deriverebbe, come noto, l'esonero, per le attribuzioni in discorso, dal rispetto delle formalità *ex artt.* 782 c.c. e 48 l. notar.; ne discenderebbero inoltre ulteriori, rilevanti, conseguenze d'altro genere. Si pensi alla non applicabilità all'atto di adempimento di un'obbligazione naturale di istituti che vanno dalla revocabilità per ingratitudine o per sopravvenienza di figli (artt. 800 ss. c.c.), alla garanzia per evizione (art. 797 c.c.), all'obbligo di prestare gli alimenti in caso di bisogno del donante (art. 437 c.c.) (55), a quello di collazione (artt. 737 ss. c.c.), o di imputazione (art. 564, secondo comma, c.c.). Regole speciali sussistono poi anche sotto il profilo della capacità richiesta per la validità dell'atto (cfr. artt. 774 ss. c.c.) (56).

7. Per quanto attiene, invece, ai profili personali, è indiscutibile che il fondamento normativo circa l'ammissibilità di intese sull'affidamento (condiviso o esclusivo) e sulle relative modalità di gestione del rapporto genitoriale non appare riferibile al caso in cui la potestà risulti giuridicamente in capo ad una sola persona. Sarà opportuno ricordare che tale fondamento, nel caso di bigenitorialità, legittima o naturale che sia, va riscontrato vuoi nella disciplina in materia di separazione personale tra coniugi (cfr. art. 711 c.p.c., laddove si fa riferimento alle "condizioni della separazione consensuale"), vuoi in quella del divorzio (cfr. art. 4, sedicesimo comma, l.div., laddove si fa riferimento alle "condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici") (57), vuoi, infine, nell'estensione del riconoscimento della validità ed efficacia delle intese sulla prole anche al campo della filiazione fuori dal matrimonio (cfr. i riferimenti agli "accordi" tra i coniugi, rinvenibili negli

(53) Su tale fenomeno quale causa di obbligazioni naturali cfr., per tutti, BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile*, già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2004, 80 s.

(54) Sul tema v., per tutti, OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 83 ss.

(55) Si tenga, però, presente la diversa regolamentazione, in punto revocabilità (art. 805 c.c.), evizione (art. 797, n. 3 c.c.) e obbligo alimentare (art. 437 c.c.), che contraddistingue le donazioni remuneratorie dalle comuni donazioni.

(56) Per l'applicazione di siffatti principi ai rapporti *inter coniuges*, cfr. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in *Il codice civile*, Commentario fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 224.

(57) Sul punto v., per tutti, OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 696 ss.

artt. 155, secondo, terzo e quarto comma, 155-*quater* cpv. e 155-*sexies* cpv. c.c. e applicabili alla filiazione naturale per effetto dell'art. 4 cpv. l. n. 54 del 2006) (58).

Nulla esclude, però, che, nell'ambito dei poteri/doveri che costituiscono l'essenza della potestà genitoriale, il titolare di tale situazione decida di riconoscere comunque un ruolo al proprio ex *partner*, a condizione che ciò non venga in conflitto *cela va sans dire*) con il fondamentale e già richiamato principio della tutela dell'interesse esclusivo del minore. Con l'ulteriore precisazione che eventuali deleghe della potestà non potrebbero avere effetto verso i terzi, in assenza di una normativa analoga a quella che, come si è ricordato, esiste Oltralpe. Per completezza potrà ancora aggiungersi che, ad esempio, nel regime del *civil partnership* britannico, la dissoluzione delle unioni omosessuali in cui sono sorti rapporti di filiazione va accompagnata da uno "Statement of arrangements" (59). Questo documento, dunque, dispone, su accordo dei *partners*, le conseguenze per la prole in caso di separazione.

Nel caso di contrasto tra le parti è invece evidente che il *partner* non genitore non potrà far valere alcun diritto (e, corrispondentemente, non sarà sottoposto ad alcun dovere giuridico) verso il minore figlio dell'altro. Non va però dimenticato che il criterio cardine per la soluzione dei problemi in cui un minore può essere coinvolto nella crisi della coppia è pur sempre quello del suo esclusivo interesse. In nome di tale interesse, a mio avviso, il giudice (60) è legittimato a disporre un affidamento anche a favore di un estraneo e tale "estraneo" ben potrebbe essere proprio il "genitore di fatto".

Come del resto riconosciuto in dottrina (61), per quanto paradoss-

(58) Sul punto cfr., per tutti, OBERTO, *Accordi tra conviventi e diritti del minore alla luce della riforma sull'affidamento condiviso*, in FACCHINI, FISSORE, NAGGAR, OBERTO e RONFANI, *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso - Le riforme del diritto di famiglia viste dagli avvocati - Commenti, formulari e documenti*, cit., 274 ss.

(59) "In a civil partnership where children are involved within the family, a "Statement of Arrangements", should be filed. This should include any plans for the children after the dissolution has taken place": cfr. <http://www.civilpartnershipinfo.co.uk/#Dissolution>. La norma di riferimento è il Par. 43 del *Civil Partnership Act 2004*, su cui v. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/ukpga_20040033_en_3#pt2-ch2-pb2-l1g44.

(60) In tal caso si tratterebbe del Tribunale per i minorenni: cfr. Cass. 7 maggio 2009 n. 10569, in *Fam. dir.*, 2009, 992, con nota di VULLO.

(61) Cfr. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, cit., 677.

sale possa sembrare, l'unica tutela della genitorialità omosessuale è assicurata proprio nel caso di contrasto tra i *partners* o di dissenso dell'altro genitore del minore (62): in tali casi, infatti, può essere chiesto al Tribunale per i minorenni un provvedimento limitativo della potestà del genitore che con il suo comportamento pregiudichi l'interesse del figlio minore. A sostegno dell'illustrata soluzione può invocarsi *mutatis mutandis* quell'orientamento giurisprudenziale che utilizza l'art. 333 c.c. per consentire i contatti tra nipoti e nonni cui il genitore esercente la potestà (perché unico genitore vivente o affidatario esclusivo) o il parente affidatario del minore impedisca di frequentare i nipoti (63). In applicazione degli amplissimi poteri concessi al Tribunale per i minorenni, nel contesto della citata procedura, il *partner* potrebbe addirittura richiedere l'affidamento del minore, posto che, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità, l'intervento ai sensi del ricordato articolo del codice civile consente l'eventuale affidamento a terze persone, diverse da un genitore biologico (64).

È da notare, infine, che una soluzione del genere rinviene un suo preciso *pendant* nell'ambito della disciplina della rottura della coppia eterosessuale (coniugata o meno), in merito ai rapporti rispetto ai figli di entrambi i membri della coppia stessa.

Ritengo, infatti, che la scomparsa del previgente sesto comma dell'art. 155 c.c., decretata dalla riforma del 2006 (secondo cui "In ogni caso il giudice può per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nella impossibilità, in un istituto di educazione") non impedisce al giudice — chiamato comunque ad adottare i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa (art. 155, comma secondo, prima parte, c.c.) — di disporre il collocamento dei figli minori presso

(62) Anche se in tal caso, a ben vedere, non è certo la genitorialità omosessuale ad essere di per sé tutelata, quanto, ancora una volta, l'interesse del minore, mentre l'"omogenitore" si rende mero strumento di tale interesse.

(63) Dispongono una limitazione della potestà dei genitori *ex art. 333 c.c.* per consentire i contatti tra nipoti e nonni, cui il genitore esercente la potestà o l'affidatario del minore impediva di frequentare i nipoti minorenni Cass. 24 febbraio 1981 n. 1115, in *Foro it.*, 1982, I, 1144, e, nella giurisprudenza di merito, Trib. min. Perugia 12 giugno 1979, in *Giur. merito*, 1980, 6; Trib. min. Torino 11 maggio 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 234; Trib. min. Bari 10 gennaio 1991, in *Giur. merito*, 1992, 571; Trib. min. Messina 19 marzo 2001, in questa *Rivista*, 2001, 1522.

(64) Cfr., ad es., Cass. 13 agosto 1999 n. 8633; v. inoltre Cass. 15 novembre 1989 n. 4862; Cass. 4 maggio 1996 n. 4147; Cass. 29 marzo 1999 n. 2998.

terze persone, per esempio i nonni o altri parenti nell'eventualità che nessuno dei genitori sia in grado di occuparsi adeguatamente dei figli.

Come stabilito in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità, si tratta del resto di un affidamento che il giudice può disporre utilizzando quei larghi poteri che la legge gli attribuisce in contemplazione dell'esclusivo e superiore interesse del minore (65). Del resto, nonostante le discordi opinioni dottrinali sul punto (66), la giurisprudenza intervenuta dopo l'entrata in vigore della l. n. 54 del 2006, ha fatto talvolta applicazione dell'affidamento a terze persone, conformemente, a tacer d'altro, alla locuzione contenuta nell'art. 155 c.c. che consente al giudice di adottare "ogni altro provvedimento relativo alla prole". Così, ad esempio, una pronuncia di merito ha valorizzato la costruzione di una categoria di provvedimenti atipici che il giudice è abilitato ad assumere nell'interesse del minore, ai sensi del secondo comma dell'art. 155 c.c., affidando il minore ai nonni (67).

Anche sotto questo profilo, quindi, omo- ed etero-genitorialità mostrerebbero di essere null'altro che due facce della stessa medaglia.

8. Non è questa la sede per trattare dei risvolti di tipo internazionale-privatistico legati alle convivenze più o meno formalizzate tra persone del medesimo sesso (68). Vorrei però qui solo porre in luce un profilo, dalle conseguenze pratiche di una certa evidenza, legato all'omogenitorialità. È chiaro, infatti, che, comunque si voglia inquadrare il rapporto omogenitoriale, il riconoscimento di siffatta situazione postula l'esistenza di doveri di mantenimento, istruzione ed educazione della prole in tutto e per tutto identici a quelli che esistono nell'ambito di un rapporto (per utilizzare un'espressione cara, come si è visto, alla corte d'appello di Lisbona...) "tradizionale".

(65) Cfr. Cass. 7 febbraio 1995 n. 1401, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 538 ss., con nota di A. GABRIELLI; cfr. inoltre Cass. 8 maggio 2003 n. 6970, in *Fam. dir.*, 2003, 319 ss.

(66) Su cui v., per tutti, ARCERI, *Commento agli artt. 155-155-ter c.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, I, Milano, 2009, 706 s.

(67) Cfr. Trib. Salerno 20 giugno 2006, citata da PAPPALARDO, *L'affidamento condiviso*, disponibile al sito *web* seguente: <http://www.giustizia.catania.it/formazione/190407/pappalardo.pdf>, 14. V., inoltre, Trib. min. Milano 12 luglio 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 82, in una controversia *ex art. 317-bis c.c.* tra genitori naturali, ha affidato i minori, collocati presso la madre, ai servizi sociali; Trib. Bologna 1° ottobre 2007, *ined.* (ma menzionata da ARCERI, *op. loc. ultt. citt.*), ha del pari disposto l'affidamento dei minori ai Servizi sociali.

(68) Per una panoramica e per gli ulteriori rinvii cfr. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, cit., 199 ss., 223 ss.

Orbene, vi è da chiedersi quale rilievo sia stato attribuito, nelle situazioni considerate, al profilo dell'obbligazione alimentare dallo strumento che di recente è venuto a regolamentare tale materia a livello comunitario. Intendo riferirmi al Regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (69), ribadendo, a scanso di equivoci, che la nozione comunitaria di "alimenti" è assai più ampia di quella da noi tecnicamente desumibile dagli artt. 433 ss. c.c., abbracciando anche le prestazioni contributive endo-matrimoniali, così come quelle di mantenimento nascenti dalla crisi del rapporto di coppia sia tra gli *ex partners* (coniugati o meno che siano o fossero), che verso i figli (legittimi o naturali) (70).

Sarà il caso di notare che, a differenza dell'art. 5, paragrafo 2, del Regolamento (CE) n. 44/2001 (attualmente in vigore e contenente oggi l'unica disciplina comunitaria delle obbligazioni alimentari, destinata ad essere sostituita dalla disciplina novellamente approvata), il quale parla genericamente di "obbligazioni alimentari", il Regolamento n. 4/2009 stabilisce, all'art. 1, che esso "si applica alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità".

Ora, proprio in relazione a questo inciso, va registrato un netto regresso rispetto alla precedente Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari recante la data del 15 dicembre 2005 (da cui il Regolamento n. 4/2009 è poi scaturito), nel senso che ne sembrano risultare escluse proprio le obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di coppie non coniugate, esplicitamente compresi, invece, nella citata

(69) Tale strumento diverrà applicabile, ai sensi del relativo art. 76, dal 18 giugno 2011 (a condizione che il Protocollo dell'Aia del 2007 sia applicabile nella Comunità in tale data; in caso contrario, esso sarà applicabile a decorrere dalla data di applicazione di detto Protocollo nella Comunità). Per alcune informazioni di carattere generale si fa rinvio a OBERTO, *Gli obblighi di mantenimento e il recupero dei crediti alimentari in diritto comunitario: la nozione comunitaria di "alimenti" e i principi in tema di competenza giurisdizionale*, disponibile al sito web seguente: <http://giacomooberto.com/milano2009/relazione.htm>.

(70) Per un'illustrazione si fa rinvio a OBERTO, *Gli obblighi di mantenimento e il recupero dei crediti alimentari in diritto comunitario: la nozione comunitaria di "alimenti" e i principi in tema di competenza giurisdizionale*, cit., § 2.

Proposta (71). Inutile dire al riguardo che l'inciso del considerando n. 9 della Proposta, così formulato: "al fine di garantire la parità di trattamento tra tutti i creditori di alimenti", pateticamente mantenuto nel considerando n. 11 del nuovo Regolamento, perde oggi qualsiasi significato, nel momento in cui l'esclusione dei creditori alimentari sulla base di rapporti di convivenza, ancorché eventualmente riconosciuta dalla legge nazionale (ed in svariati ordinamenti europei sostanzialmente equiparata al matrimonio), viene a privare migliaia di creditori alimentari del nostro Continente dei vantaggi del nuovo strumento, così riproponendo sul piano comunitario una discriminazione che diversi legislatori nazionali si sono ormai lasciati da tempo alle spalle.

È vero, indiscutibilmente, che l'inciso "rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità" potrebbe prestarsi anche ad una lettura diversa e più "liberal": una lettura in cui al concetto di "famiglia", pur sempre menzionato ed affiancato a quelli di "parentela, di matrimonio o di affinità", viene attribuito un significato più ampio rispetto a questi ultimi, idoneo a comprendere in sé anche tutti i rapporti derivanti dalla convivenza *more uxorio*. È però anche vero che, in difetto di strumenti comunitari sulla disciplina della convivenza e di fronte ad un testo della proposta assai esplicito sul punto, dal quale il regolamento ha chiaramente inteso discostarsi, sembra assai difficile poter attribuire al predetto sostantivo "famiglia" una portata più estesa

(71) I passi indietro compiuti dal legislatore comunitario, sul punto, sono resi evidenti dalle seguenti tabelle di raffronto:

Proposta di regolamento del Consiglio del 2005, considerando n. 9:	Regolamento n. 4/2009, considerando n. 11:
"L'ambito d'applicazione del regolamento deve estendersi a tutte le obbligazioni alimentari derivanti da rapporti familiari o rapporti che producono effetti simili, e ciò al fine di garantire la parità di trattamento tra tutti i creditori di alimenti".	"L'ambito di applicazione del regolamento dovrebbe estendersi a tutte le obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, al fine di garantire la parità di trattamento tra tutti i creditori di alimenti".
Proposta di regolamento del Consiglio del 2005, art. 1, primo comma:	Regolamento n. 4/2009, art. 1, primo comma:
"Il presente regolamento si applica alle obbligazioni alimentari derivanti dai rapporti familiari o dai rapporti che, in forza della legge ad essi applicabile, producono effetti simili".	"1. Il presente regolamento si applica alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità".

di quella semplicemente riassuntiva delle espressioni che ad essa fanno immediatamente seguito (“parentela, matrimonio, affinità”).

Sin qui, naturalmente, si è discusso in questo paragrafo dei soli profili attinenti ai rapporti tra *partners*. *Quid*, allora, delle obbligazioni attinenti alla prole? La risposta più ovvia sembrerebbe quella legata al riscontro della presenza, comunque, di un rapporto di “parentela” tra genitori e figli e non vi è il minimo dubbio che ciò valga con riguardo a tutti i casi in cui all'estero si sia costituito (vuoi sulla base della generazione biologica, vuoi per effetto di forme di adozione legittimante) un rapporto definibile come, per l'appunto, di genitorialità e, dunque, di “parentela”. Qualche interrogativo potrebbe però porsi per una situazione di omogenitorialità non rispondente ai “canoni” che caratterizzano la genitorialità nel nostro sistema: intendo riferirmi al genitore (es.: convivente omosessuale del genitore biologico) che tale sia in base alle regole dell'ordinamento straniero, ma che non potrebbe esserlo secondo l'ordinamento italiano.

Sul punto non andrà trascurato che l'art. 22 del nuovo Regolamento (e cfr. anche il considerando n. 25) stabilisce testualmente quanto segue: “Il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione in materia di obbligazioni alimentari a norma del presente regolamento non implicano in alcun modo il riconoscimento del rapporto di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità alla base dell'obbligazione alimentare che ha dato luogo alla decisione”. La previsione (assente nella Proposta del 2005) sembra dettata dal timore delle conseguenze possibili del riconoscimento e dell'esecuzione di pronunce su obblighi alimentari nascenti da rapporti di coniugio tra persone dello stesso sesso, ammessi dalle legislazioni di Paesi europei comunitari quali quelle del Belgio, dei Paesi Bassi, della Spagna e della Svezia (72). È chiaro, infatti, che il riconoscimento di tali obblighi alimentari non può essere impedito dalla citata limitazione di cui all'art. 1, poiché non vi è dubbio che i crediti alimentari tra coniugi omosessuali ai sensi degli ordinamenti nazionali citati siano a tutti gli effetti “obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia” e “di matrimonio”.

Il timore che sembra trasparire dalla lettura del nuovo Regolamento è dunque quello che il riconoscimento delle prestazioni alimentari tra persone del medesimo sesso possa essere utilizzato in altri sistemi europei per riconoscere diversi ed ulteriori effetti a tali unioni,

(72) Curiosamente, tutte Monarchie... A tali ordinamenti va poi anche aggiunto quello della Norvegia, Regno che però non fa parte, come noto, dell'UE.

anche se, a tal fine, già dovrebbe venire in considerazione la norma relativa all'ordine pubblico (art. 24 del nuovo regolamento).

Sul punto vi è anzi da chiedersi se per caso lo stesso riconoscimento del solo "limitato" effetto alimentare di un'unione omosessuale non possa ritenersi in determinati ordinamenti europei (si pensi a quelli più arretrati, quali quelli della Grecia o dell'Italia) come impedito dalla clausola dell'ordine pubblico (73). Ciò che per altro verso (a sommessimo avviso dello scrivente) non dovrebbe ritenersi possibile, atteso che la nozione di "matrimonio" e di "famiglia" cui si deve accedere è, per l'appunto, quella europea, nell'ambito della quale non si può non tenere conto della presenza di numerosissimi ordinamenti che o ammettono il matrimonio tra persone del medesimo sesso, ovvero prevedono forme di unione che del matrimonio producono i medesimi (o pressoché i medesimi) effetti.

Se quanto sopra è vero, i timori di contrarietà rispetto all'ordine pubblico dovrebbero ritenersi fugati anche con riguardo al caso qui in esame. In altre parole, i provvedimenti e gli atti relativi alle obbligazioni alimentari di cui si occupa il nuovo Regolamento, di provenienza di Paesi in cui la relazione omogenitoriale si è legalmente costituita, dovrebbero liberamente circolare ed essere eseguibili (oltre tutto, secondo le regole del nuovo strumento, senza necessità di *exequatur*), anche se, in ipotesi, afferenti ad obbligazioni alimentari gravanti sull'omogenitore che tale non potrebbe legalmente essere in base al nostro ordinamento, senza tema di incorrere negli strali di una possibile violazione delle regole d'ordine pubblico.

Diverso, probabilmente, il discorso per le obbligazioni tra i *partners*: ma questa, come detto, è un'altra storia (74).

GIACOMO OBERTO
Magistrato

(73) Sulla reiezione, da parte di un giudice di merito, dell'istanza di trascrizione dell'adozione di un minore effettuata da una coppia omosessuale coniugata negli Stati Uniti, cfr. Trib. Brescia 26 settembre 2006, citata da LOLLINI, *L'importanza della visibilità*, disponibile al seguente sito *web*: <http://zibalblog.wordpress.com/2007/10/02/limportanza-della-visibilita/>. Nel senso, invece, della riconoscibilità in Italia (per assenza di contrasto con l'ordine pubblico) di un *parental order* emesso da un giudice britannico e relativo ad un caso di maternità surrogata realizzato (da una coppia italiana coniugata) all'estero cfr. App. Bari 13 febbraio 2009, disponibile al seguente sito *web*: <http://www.dirittoefamiglia.it/Docs/Giuridici/Sentenze/Merito/msurrogata.htm>.

(74) Per un tentativo di soluzione, cfr. OBERTO, *Gli obblighi di mantenimento e il recupero dei crediti alimentari in diritto comunitario: la nozione comunitaria di "alimenti" e i principi in tema di competenza giurisdizionale*, cit., § 3.