

Antonio Ruggeri

Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali

SOMMARIO: 1. Le strutturali carenze della legislazione a riguardo di molte delle questioni eticamente sensibili, l'innaturale "supplenza" alla quale sono di conseguenza assai spesso chiamati i giudici e il bisogno di uno sforzo congiunto da tutti gli operatori prodotto, in spirito di "leale cooperazione", in vista dell'appagamento di alcuni tra i diritti più diffusamente ed intensamente avvertiti. – 2. L'esclusione, in base ad un'interpretazione meramente letterale del dato legislativo, delle coppie omosessuali quali possibili destinatarie dell'affido e la riconsiderazione di quest'esito in prospettiva assiologicamente orientata (e, segnatamente, alla luce del principio del preminente interesse del minore), dovendosi nondimeno previamente stabilire se l'interesse stesso possa precedere e determinare la cerchia dei soggetti potenzialmente idonei all'affido ovvero se debba seguire a siffatta definizione entrando in campo unicamente *dopo* che si sia stabilito quali siano tali soggetti. – 3. La connotazione complessivamente tipica dell'affido, l'adattamento interpretativo da essa sollecitato della nozione costituzionale di "famiglia", il possibile affidamento del minore anche a coppie del medesimo orientamento sessuale, laddove ciò sia consigliato in vista dell'ottimale appagamento del suo preminente interesse. – 4. Il cerchio si chiude (una succinta notazione finale).

1. Le strutturali carenze della legislazione a riguardo di molte delle questioni eticamente sensibili, l'innaturale "supplenza" alla quale sono di conseguenza assai spesso chiamati i giudici e il bisogno di uno sforzo congiunto da tutti gli operatori prodotto, in spirito di "leale cooperazione", in vista dell'appagamento di alcuni tra i diritti più diffusamente ed intensamente avvertiti

Mi è capitato più volte, in relazione alle più varie questioni di diritto costituzionale, di dichiarare di aver provato la stessa impressione che si ha a guardare dal buco della serratura, dal quale si ha modo di scoprire un "mondo" dapprima nascosto e bisognoso di essere ancora esplorato.

Questa è una di quelle volte. E, invero, non di rado, questioni dall'oggetto circoscritto, seppur non prive di spessore e significato, costituiscono un banco di prova per la verifica della tenuta di idee di respiro teorico-generale e, come tali, suscettibili di applicazioni a largo raggio, fino a coinvolgere le radici stesse della pianta costituzionale, vale a dire di rimettere in discussione la stessa idea di Costituzione, l'"uso" che riteniamo se ne possa (e debba) fare, il metodo nello studio dei problemi costituzionali e giuridici in genere.

In fondo, a me pare che di ogni soluzione patrocinata con riguardo ad un dato problema ci si possa chiedere di quale idea di Costituzione è figlia e quali implicazioni se ne possano avere per effetto della sua applicazione, anche oltre l'*hortus conclusus* al quale essa si riferisce e sul quale aspira ad impiantarsi.

Mi sforzerò di argomentare a breve, sia pure con la sintesi imposta a questa riflessione che dispone di uno spazio molto ristretto per potersi svolgere, quali ragioni possano addursi a sostegno di quanto si viene ora dicendo.

Un punto – entrando ora *in medias res* – mi sembra nondimeno che possa considerarsi in modo fermo fissato; ed è che perlopiù, ogni qual volta si ha a che fare con temi eticamente sensibili, vengono messe a nudo, in modo vistoso, le strutturali carenze della legislazione e la sua ormai provata incapacità di dare una risposta credibile, complessivamente appagante, a bisogni elementari dell'uomo largamente diffusi ed intensamente avvertiti¹. Nessuno, ovviamente, avanza l'insana pretesa di discipline normative in grado di dire *tutto su tutto* e di dirlo nel migliore dei modi². Davanti ad una esperienza connotata da estrema fluidità e confusione, in seno alla quale si colgono forti tensioni e contraddizioni, accompagnate da non poca approssimazione ed improvvisazione degli interventi volti a farvi fronte, riuscire a mettere ordine in modo tale da conciliare istanze spesso oggettivamente inconciliabili sarebbe, a dir poco, ingenuo e, persino, alla prova dei fatti, controproducente. Eppure, tra discipline positive estremamente puntuali e dettagliate (e, però, per ciò stesso, ingessate ed inadeguate a star dietro alla varietà degli interessi ed alla mobilità delle loro combinazioni in ragione dei casi) e l'assordante silenzio o la vera e propria latitanza del legislatore in relazione a questioni in modo prepotente e vistoso emergenti in seno al corpo sociale, può (e deve) disporsi il giusto mezzo: che – come si va dicendo da tempo dalla più sensibile dottrina³ – è quello di non lasciare il giudice solo con se stesso, obbligato ad una innaturale supplenza nei riguardi dei decisori politico-normativi ed a fare perciò fronte con provvedimenti-tampone a bisogni soggettivi che, per il tramite di tali misure, non possono essere sufficientemente appagati. La

¹ Il punto è diffusamente toccato dalla ormai nutrita letteratura venutasi a formare in argomento: di recente e per tutti, ampia e documentata trattazione in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, ed ivi numerosi riferimenti, cui adde P. VERONESI, *Costituzione e bioetica*, in AA.VV., *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, a cura di A. Pugiotto, Jovene, Napoli 2013, 67 ss., e AA.VV., *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. Cossiri e G. Di Cosimo, Aracne, Roma 2013. Infine, R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, in corso di stampa per i tipi della Aracne.

² Da tempo, come si sa, si ragiona, con esiti tuttavia ad oggi teoricamente incerti e – ciò che più importa – praticamente in assai ridotta misura apprezzabili, in merito alle tecniche di *better regulation*. Se n'è, di recente, discusso in occasione del Seminario del "Gruppo di Pisa" su *La tecnica normativa tra legislazione e giudici*, svoltosi a Novara il 15 e 16 novembre 2013 (alcuni dei contributi possono vedersi in www.gruppodipisa.it); inoltre, E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, e, da ultimo, A. MORELLI, *Qualità della normazione regionale e tutela dei diritti sociali*, intervento al Convegno su *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Firenze 12-13 dicembre 2013, *paper*.

³ V., ad es., quanto ha in tema, a più riprese e con dovizia di argomenti, detto R. CONTI, del quale v., part., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, ora, con specifico riguardo alle questioni eticamente sensibili, *I giudici ed il biodiritto*, cit.

soluzione maggiormente adeguata è insomma – a me pare⁴ – quella che prende forma per effetto di una sana, “leale cooperazione” del legislatore da un canto, dei giudici dall’altro: all’uno spettando di far luogo al primo intervento, tracciando con statuizioni di principio, connotate da strutturale duttilità e capacità di adeguatezza al mutare dell’esperienza, il solco e fissando gli argini entro i quali possono svolgersi gli interventi degli altri, ai quali le discipline legislative dovranno pur sempre rimettersi conferendo le “deleghe” di volta in volta più congrue ai bilanciamenti in concreto che solo nelle sedi in cui si amministra giustizia possono convenientemente farsi.

Non a caso, la giurisprudenza costituzionale si è assai spesso trovata a dover correggere e temperare, appunto nel senso qui indicato, soluzioni normative in modo troppo rigido consegnate dal legislatore⁵. Il giudice delle leggi, in altri termini, iscrive in un tessuto normativo connotato da eccessiva rigidità un principio e sollecita quindi il legislatore a darvi l’opportuno svolgimento, restando nondimeno entro il solco dallo stesso legislatore tracciato.

Anche quando, poi, la Corte fa ricorso a tecniche decisorie diverse dall’additiva di principio, l’orientamento teleologico nel senso appena indicato molte volte non muta⁶, trattandosi pur sempre di colmare strutturali carenze della legislazione e di farlo – come si è venuti dicendo – a mezzo di discipline idonee a resistere alle pressioni dei casi, nella loro congiunta (e solo ad una prima, ma erronea, impressione contraddittoria) vocazione alla diversificazione e però pure alla loro “universalizzazione”, vale a dire a reciprocamente distinguersi ma anche non di rado a ripetersi nel tempo, nella loro complessiva e complessa, oggettiva connotazione⁷.

Si pensi, per fare ora un esempio che ci tocca da vicino, al monito indirizzato dalla ormai “classica” pronunzia sui “matrimoni” tra persone dello stesso sesso, la [sent. n. 138 del 2010](#), dal

⁴ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, ora aversi dal mio *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in [www.diritticomparati.it](#), 22 ottobre 2013, e in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013.

⁵ Lo si è, ancora di recente, fatto con la [sent. n. 278 del 2013](#), con la quale si è dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 28, VII c., l. n. 184 del 1983, così come sostituito dall’art. 177, II c., d.l.vo n. 196 del 2003, “nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell’art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile, a norma dell’articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione”.

⁶ Si pensi, per fare subito un esempio a riprova di quanto si viene dicendo nel testo, alla pronunzia sul sovraffollamento carcerario, la [n. 279 del 2013](#): una decisione – come si sa – d’inammissibilità, che però promette di commutarsi, alla prima occasione utile, proprio in quell’additiva che la Corte ha oggi giudicato esserle preclusa (persino nella forma *soft* della aggiunta del mero principio), in nome della salvaguardia della discrezionalità del legislatore. Si rammenti, infatti, la minacciosa chiusa della decisione stessa, sulla quale ho invitato a fermare l’attenzione nella mia nota, dal titolo [Ancora una decisione d’incostituzionalità accertata ma non dichiarata \(nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario\)](#), in [Consulta OnLine](#), 27 novembre 2013, e in [www.diritticomparati.it](#), 26 novembre 2013.

⁷ Su siffatto duplice carattere dei casi ho avuto modo d’intrattenermi più volte: da ultimo, in [Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo \(a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan\)](#), in [Consulta OnLine](#), 9 ottobre 2013, e in [www.diritticomparati.it](#), 8 ottobre 2013.

giudice delle leggi – com'è assai noto – giudicati non consentiti dall'art. 29 della Carta, una pronuncia nella quale nondimeno si deplora il difetto di una disciplina normativa volta a farsi finalmente carico della condizione, bisognosa di urgente ed adeguata regolazione, delle coppie di fatto in genere (sia etero- che omosessuali, dunque). Un difetto che si rende purtroppo negativamente visibile proprio con riguardo alla questione da noi oggi discussa, sulla quale la legge n. 184 del 1983, così come modificata dalla legge n. 149 del 2001, nulla di esplicito stabilisce, alimentando dunque non pochi dubbi circa il suo retto significato; e si tratta quindi di chiarire se, e fin dove, possano a siffatta mancanza supplire le pur rilevanti risorse di cui gli operatori (e, segnatamente, i giudici) dispongono al piano interpretativo e dove invece essi si trovino costretti ad arrestarsi per cedere il passo all'autore delle leggi, sia ordinarie che costituzionali⁸, ovvero – nei limiti del consentito – al giudice costituzionale, sollecitato ad una disagiata e sofferta opera di ricucitura di un tessuto legislativo nato lacero, comunque divenuto “stretto” rispetto alla prorompente consistenza dell'esperienza.

2. L'esclusione, in base ad un'interpretazione meramente letterale del dato legislativo, delle coppie omosessuali quali possibili destinatarie dell'affido e la reconsiderazione di quest'esito in prospettiva assiologicamente orientata (e, segnatamente, alla luce del principio del preminente interesse del minore), dovendosi nondimeno previamente stabilire se l'interesse stesso possa precedere e determinare la cerchia dei soggetti potenzialmente idonei all'affido ovvero se debba

⁸ Non si riprende ora la vessata questione, già in altre sedi fatta oggetto di studio, circa l'opportunità ovvero la doverosità di far ricorso allo strumento della legge costituzionale al fine di dare il primo riconoscimento di “nuovi” diritti fondamentali, sia pure quale forma di mera esplicitazione delle formidabili potenzialità espressive racchiuse nell'art. 2, nel suo fare “sistema” con l'art. 3, della Carta (sulle mutue implicazioni dei principi fondamentali in parola v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009).

Con specifico riguardo alla necessità di innovare alla Carta costituzionale al fine di far luogo al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, v., ora, tra gli altri, A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, Comunicaz. al convegno del “Gruppo di Pisa” su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7-8 giugno 2013, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, i cui Atti sono in corso di stampa, in www.gruppodipisa.it, settembre 2013, e già, sia pure problematicamente, i miei *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 751 ss., spec. 757, e “*Strane*” *idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, in www.gruppodipisa.it, settembre 2013; pure ivi, G. RAZZANO, *Matrimonio, famiglia, omosessualità. Brevi considerazioni e qualche spunto dal diritto romano*, e S. TROILO, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*, novembre 2013. Diversamente, tra gli altri, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Modugno*, III, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2719 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1629 ss., e, dello stesso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in AA.VV., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, a cura di G. Vidal Marcílio Pompeu e F. Facury Scaff, Conceito Ed., Florianópolis 2012, 103 ss., e ora, A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Plus, Pisa 2013, spec. 145 ss.

seguire a siffatta definizione entrando in campo unicamente dopo che si sia stabilito quali siano tali soggetti

Proprio qui è il punto, il silenzio del legislatore essendo non di rado sovraccaricato di indebite valenze, in un senso o nell'altro. Per ciò che ora specificamente importa, il ragionamento compiuto dai giudici che hanno, ancora di recente, ritenuto la coppia di persone dello stesso sesso idonea ad essere destinataria dell'affido⁹ verte principalmente sull'argomento per cui, potendo l'affido stesso essere fatto a beneficio del *single*, similmente ovvero a maggior ragione esso deve poter esser fatto alla coppia. Un argomentare che porrebbe, invero, a prima impressione esser giudicato singolare, sol che si pensi che nessuna somiglianza v'è tra la condizione di chi vive da solo e quella di chi convive con altri, condizioni dunque incomparabili e tali da far perciò apparire forzata anche l'applicazione ad esse del canone *a fortiori*. E, invero, alla luce del superiore interesse del minore – l'autentica *Grundnorm* o, forse meglio, il *Grundwert* che sta a base delle relazioni familiari e presiede dunque alla risoluzione delle più spinose questioni da esse poste¹⁰ – si potrebbe obiettare che, mentre la legge annovera anche i soggetti *uti singuli* tra i potenziali destinatari dell'affido, la mancata, esplicita menzione delle coppie di fatto porti a far presumere (e sarebbe, evidentemente, una presunzione *iuris et de iure*) che, ad avviso dell'autore della legge, tali coppie non sarebbero idonee all'assolvimento dei compiti legati all'affido stesso. Altra questione è se non lo siano le sole coppie di omosessuali ovvero anche quelle di diverso sesso; il silenzio della legge, nondimeno, parrebbe non autorizzare alcuna differenziazione al riguardo¹¹. Ed altra questione ancora è, poi, quella di stabilire se siffatta esclusione comporti una irragionevole discriminazione o la violazione di altri precetti costituzionali: un accertamento, questo, che – come di consueto – non potrebbe che esser demandato al giudice delle leggi. In altri termini, a stare all'ordine di idee ora sommariamente enunciato, dovrebbe farsi qui applicazione del vecchio adagio secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi non dixit noluit*.

Ben altro esito, invece, si avrebbe qualora, rinunciando a battere la via dell'accostamento tra la coppia di fatto e il *single* e l'applicazione (forzata) a quest'ultimo dei canoni *a simili* o *a fortiori*, la

⁹ Mi riferisco, in particolare, a due pronunzie, rispettivamente, del giudice tutelare di Parma, 3 luglio 2013, e del tribunale dei minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013, annotate da R. CONTI, *Sull'affidamento di minore ad una coppia dello stesso sesso. Prime note a margine delle decisioni del G.T.Parma, 3 luglio 2013 e del Trib. Min. Bologna, 31 ottobre 2013*, in www.magistraturademocratica.it, *Quest. giust.*, 27 novembre 2013.

¹⁰ Riferimenti, in prospettiva comparatistica, possono al riguardo ora aversi da A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., spec. 121 ss., ma *passim*. V., però, su ciò, la diversa ed articolatamente argomentata valutazione che ne ha, ancora di recente, dato E. LAMARQUE, nella sua relazione di sintesi relativa al gruppo di lavoro su *Famiglia e filiazione*, in occasione del convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.

¹¹ In realtà, non manca in dottrina chi si è dichiarato favorevole all'affido a coppia di conviventi *more uxorio* di diverso sesso, assimilata a tal fine alla coppia coniugata (riferimenti in J. LONG, *L'affidamento familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. Lenti, Giuffrè, Milano 2012, 316 ss.).

coppia stessa venisse inclusa nella “famiglia” (... “preferibilmente con figli minori”) ovvero in quella “comunità di tipo familiare”, di cui pure si fa parola nella legge n. 184 del 1983, così come novellata nel 2001. Un’operazione che, nondimeno, parrebbe essa pure essere alquanto problematica, specie a seguito dell’indirizzo manifestato dal giudice delle leggi con la [sent. n. 138 del 2010](#), nella quale – come si sa – la nozione costituzione di “famiglia” risulta esclusivamente riferita alle formazioni sociali cui danno vita le coppie coniugate.

Quanto, poi, alle “comunità di tipo familiare”, in disparte la circostanza per cui esse sono menzionate in coda all’elenco e dalla stessa legge perciò considerate idonee all’affido unicamente in subordine agli altri soggetti menzionati¹², ancora una volta assai ardua si presenta la dimostrazione della possibile inclusione in siffatto *genus* delle coppie omosessuali.

Per un verso, le “comunità” in discorso, in base alla disciplina positiva (statale e regionale) che le riguarda, sembrano riferirsi a formazioni sociali comunque diverse da quelle cui danno vita le coppie di fatto. Per un altro verso, poi, ammesso pure che – con larga interpretazione – in tali formazioni possano includersi le coppie non coniugate, alquanto problematico sarebbe, ad ogni buon conto, farvi rientrare le coppie composte da persone dello stesso sesso: il tipo-“famiglia” al quale esse sono tenute ad ispirarsi parrebbe non poter essere altro che quello risultante dal modello costituzionale, il quale ha – come si sa –, secondo diritto costituzionale “vivente”, nel paradigma eterosessuale uno dei suoi tratti identificanti ed indisponibili¹³.

Nuovamente, poi, dovrebbe qui pure ripetersi che, ove la preclusione che, per la lettura che si va ora prospettando, deriverebbe a danno delle coppie di omosessuali dovesse considerarsi lesiva del principio di eguaglianza nel suo fare “sistema” coi principi costituzionali restanti, il rimedio non potrebbe che aversi ad opera del giudice costituzionale.

¹² La qual cosa dovrebbe aggravare l’onere della motivazione dei provvedimenti giudiziali che demandano la cura dei minori alle comunità stesse, dovendo risultare provata la impercorribilità delle altre e più piane strade indicate dalla legge.

¹³ Il regime preferenziale per Costituzione riservato alla istituzione familiare rispetto a quello oggi proprio o anche un domani riconoscibile ad altre forme di unione intersoggettiva è rimarcato dalla più sensibile dottrina (riferimenti in F. VARI, *Il soliloquio del giudice a Babele ovvero il tentativo della Cassazione di equiparare il regime costituzionale di famiglia, convivenze more uxorio e unioni omosessuali*, in www.federalismi.it, 15/2013). Sul paradigma della genitorialità di necessità eterosessuale, v., da ultimo, anche A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013, spec. 200 ss., e G. CERRINA FERRONI - A. BELLIZZI, *Appunti sulla moderna razionalità della distinzione tra matrimonio ed unioni affettive tra persone dello stesso sesso*, in www.federalismi.it, 25/2013, nonché, volendo, il mio *Il diritto al matrimonio e l’idea costituzionale di “famiglia”*, in *Nuove aut.*, 1/2012, 27 ss.; diversamente, tra gli altri, M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in www.rivistaic.it, 00/2010, spec. ai §§ 10 e 11, e A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, cit., 2697 ss. Indicazioni di vario segno possono, poi, aversi da AA.VV., *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotta - P. Veronesi, e-book, Giappichelli, Torino 2010; AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini - A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, nonché dai contributi al convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.

Il punto è però proprio quello di stabilire se si sia qui davvero in presenza di un indebito silenzio tenuto dal legislatore, col fatto stesso di non aver espressamente previsto anche le coppie di fatto (specie se omosessuali) quali possibili destinatarie dell'affido.

La questione – come si avvertiva nelle notazioni iniziali di questo scritto – non è di mera teoria dell'interpretazione, pure nella sua più larga accezione, ma, ancora più a fondo, appare essere di metodo nello studio delle questioni giuridiche e, a un tempo, di teoria della Costituzione (e, segnatamente, di una teoria costituzionale assiologicamente orientata). Si tratta, in altri termini, di verificare se, avuto riguardo ai valori fondamentali evocati in campo dalle vicende di affido, vi siano margini per far luogo ad una interpretazione adeguatrice della lettera del disposto legislativo, tale da non richiedere l'obbligatorio passaggio attraverso una pronunzia additiva del giudice costituzionale che metta la legge stessa in grado di conseguire una sintesi assiologica accettabile in relazione alle peculiari esigenze dei casi (specie, come subito si dirà, di alcuni).

Al fondo, si tratta di stabilire se il *best interest of the child* preceda e determini la stessa individuazione della cerchia dei soggetti astrattamente idonei a porsi quali destinatari dell'affido ovvero se esso possa entrare in campo unicamente *dopo* che si sia stabilito quali possano essere tali soggetti: insomma, se l'interesse in parola possa portare alla definizione, in ragione del caso, della categoria entro cui far luogo all'affido ovvero se presupponga siffatta definizione e possa perciò entrare in campo unicamente a seguito di essa ed entro i margini dalla stessa consentiti. Per essere ancora più chiari ed andando al sodo: è possibile, in nome dell'interesse del minore, far luogo ad un adattamento interpretativo della nozione costituzionale di "famiglia", *sia pure ai limitati fini dell'affido*, sì da comprendervi anche le coppie di fatto (e, segnatamente, quelle di omosessuali)?

3. *La connotazione complessivamente tipica dell'affido, l'adattamento interpretativo da essa sollecitata della nozione costituzionale di "famiglia", il possibile affidamento del minore anche a coppie del medesimo orientamento sessuale, laddove ciò sia consigliato in vista dell'ottimale appagamento del suo preminente interesse*

La domanda è assai impegnativa ed obbliga a battere tutte le vie astrattamente percorribili nell'intento di darvi una risposta affermativa.

In primo luogo, è da chiedersi se l'orientamento del processo interpretativo verso le Carte internazionali dei diritti (in ispecie, la Carta di Nizza-Strasburgo e la CEDU) possa offrire elementi utili alla soluzione del caso.

Ora, assai arduo si presenta l'appello alla Carta dell'Unione, a motivo della estraneità dell'oggetto rispetto a quelli appartenenti alla sfera di competenze dell'Unione stessa, pure nella più larga ricognizione dei suoi confini, per quanto risulti – come si sa – assai marcata la tendenza volta alla espansione dell'area materiale ricadente nella sfera stessa e, peraltro, la Carta sia stata (e sia) di frequente richiamata in relazione alle più varie questioni riguardanti i diritti¹⁴, anche a presidio della condizione degli omosessuali¹⁵.

Più articolato e complesso ha, poi, da essere il ragionamento con riguardo alla CEDU, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo essendosi – come si sa – dichiarata non avversa a considerare “famiglie” quelle composte da persone dello stesso sesso¹⁶. Il giudice europeo,

¹⁴ Su tutto ciò, ora, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, spec. l'ult. cap.

¹⁵ Si segnala, di recente, la pronunzia del 7 novembre 2013 della Corte di giustizia, emessa in via pregiudiziale dietro domande presentate dal *Raad Van State* dei Paesi Bassi, con riguardo ad alcuni aspetti dello status di rifugiato per motivi di orientamento sessuale (con nota di S. ROSSI, *La Corte europea di giustizia sul diritto alla protezione internazionale per le persone omosessuali*, in www.articolo29.it, 8 novembre 2013). In argomento, già, A. PIROZZOLI, *Lo status di rifugiato dello straniero omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it, 8 novembre 2012. Avverso le discriminazioni in base all'orientamento sessuale, v., poi, assai di recente, Corte giust., V Sez., 12 dicembre 2013, in causa C-267/12, dietro rinvio pregiudiziale della *Cour de cassation* francese, in relazione ad un contratto collettivo di lavoro che riservava benefici economici e condizioni favorevoli di lavoro ai dipendenti contraenti matrimonio, escludendo dagli stessi i contraenti un patto civile di solidarietà. Risalenti indicazioni in S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giappichelli, Torino 2012.

¹⁶ Doveroso il richiamo a *Schalk e Kopf c. Austria*, su cui è – come si sa – piovuta una pioggia di commenti. Più in genere, sulla salvaguardia della vita familiare nella giurisprudenza EDU, indicazioni, nella ormai nutrita lett., possono averi da M.G. CUBEDDU, *La dimensione europea del diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando - M. Fortino - F. Ruscello, t. I, Giuffrè, Milano 2011, 83 ss. e, pure ivi, J. LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, spec. 144 ss., e M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, spec. 808 ss.; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011, spec. 147 ss.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, 255 ss., spec. 274 ss.; E. CRIVELLI, *Il matrimonio e le coppie omosessuali*, in AA.VV., *Dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna 2011, 59 ss., e, della stessa, *amplius*, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, ESI, Napoli 2011, spec. all'ult. cap.; E.C. RAFFIOTTA, *Matrimonio, famiglia e unioni tra persone dello stesso sesso: quali confini nelle decisioni della Corte di Strasburgo?*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 323 ss.; M. SEGNI, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam., pers. e success.*, 4/2012, 252 ss.; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Jovene, Napoli 2012, spec. 114 ss.; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013 ss., 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss. (della quale v. già, *amplius*, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Jovene, Napoli 2012); E. FALLETTI, *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2013, 48 ss.; F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, spec. al cap. II; M.M. WINKLER, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in AA.VV., *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, a cura di R. Torino, Roma Tre-Press, Roma 2013, 75 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., 19 ss.; L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 8-9/2013, 1764 ss. e, ora, R. CONTI, *La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali. Osservazioni a primissima lettura su Corte dir. uomo*, *Grande Camera* 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia*, ric. n. 29381/09 32684/09, in www.magistraturademocratica.it, *Quest. giust.*, 18 novembre 2013, e L. CONTE, *Nota a Corte EDU, Vallianatos e altri c. Grecia*, in www.articolo29.it, 5 dicembre 2013.

nondimeno, su questa al pari di altre questioni eticamente sensibili (ed anche nella considerazione del non diffuso consenso al riguardo ad oggi riscontrabile tra gli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione¹⁷), ha inteso far salvo il margine di apprezzamento delle legislazioni nazionali¹⁸. Con il che parrebbe aver voluto rilanciare la palla nel campo dell'ordinamento nazionale, sollecitando dunque a ricercare i confini della cerchia dei soggetti componenti i nuclei familiari esclusivamente in applicazione di criteri posti dall'ordinamento stesso.

D'altro canto, a fronte dell'indirizzo dottrinale patrocinato da quanti (e, come si sa, sono tanti), in relazione al matrimonio tra omosessuali, reputano che basterebbe innovare alla disciplina codicistica e, in genere, alla legislazione vigente al fine di far luogo al riconoscimento del matrimonio stesso, si potrebbe – a me pare¹⁹ – opporre che la prima delle leggi alle quali la Convenzione, nel suo farsi “diritto vivente”, rimanda è proprio la legge fondamentale della Repubblica, la quale – piaccia o no – nell'interpretazione datane dal giudice costituzionale chiude il matrimonio alle sole coppie eterosessuali e riconosce pertanto un solo tipo di “famiglia”, nella sua ristretta e propria accezione, siccome composta dalle coppie stesse e legalizzata in forza del vincolo matrimoniale che tra di esse si intrattiene.

La conclusione parrebbe dunque essere sfavorevole al possibile affido a beneficio di coppie di omosessuali.

A ben vedere, però, né la Convenzione rimane totalmente muta, limitandosi a rimandare al diritto nazionale, né parimenti risolutivo (in senso negativo) si rivela essere il riferimento al dettato costituzionale, per ciò che specificamente riguarda la formazione di nuove famiglie ed il loro fisiologico mantenimento²⁰.

¹⁷ Riferimenti alla “dottrina” del consenso e riscontri del suo effettivo apprezzamento in alcuni dei casi di maggior rilievo relativi a materie eticamente sensibili, ora, in R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit., spec. al cap. I della parte VI.

¹⁸ Su ciò, tra i molti altri e di recente, A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, cit., 87 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; A. CIERVO, *The Unbearable Lightness of the Margin of Appreciation: ECHR and 'Bio-Law'*, in AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2013, 159 ss.

¹⁹ La tesi trovasi, ancora da ultimo, ribadita nel mio *“Strane” idee sulla famiglia*, cit.

²⁰ Assai discussa, a quest'ultimo riguardo, è – come si sa – la questione relativa all'automatico scioglimento del matrimonio per effetto del mutamento di sesso da parte di uno dei coniugi. Su ciò, un interessante confronto di idee si è di recente avuto in occasione dell'incontro di studi su *Famiglia e identità di genere, “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, Bologna 29 novembre 2013. Per lo stato anteriore della dottrina, riferimenti in M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2012, 1076 ss. e, dello stesso, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio per il cambio di sesso*, in www.articolo29.it, 6 giugno 2013; A. SPANGARO, *Coniugi “diventati” dello stesso sesso e “divorzio automatico”*, in *Fam. e dir.*, 7/2012, 739 ss.; A. LORENZETTI, *Il caso Bernaroli. Quali soluzioni per un sistema “incartato”?*, in AA.VV., *Discriminação por orientação sexual*, cit., 363 ss. Della stessa L., ora, *Diritto in “transito”. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano 2013, spec. il cap. III, dov'è un'ampia trattazione di ordine generale sulla condizione dei transessuali.

Rileva qui la connotazione tipica dell'affido, con gli interessi che ad esso fanno capo, primo su tutti – come si diceva – quello preminente del minore.

Come si sa, diversamente dallo scopo primario dell'adozione, che è quello dell'inserimento stabile di un soggetto in un nucleo familiare al quale era dapprima estraneo (pur se eccezionalmente costituito da un solo genitore²¹), l'affido – salvo il caso che appunto preluda ad una possibile adozione – è di per sé temporaneo ed ha anzi come specifico obiettivo quello di assicurare al minore le cure di cui ha bisogno in vista del suo auspicato ritorno nella famiglia di origine.

Non v'è dubbio che il modello costituzionale di “famiglia” rimanga pur sempre quello naturale e privilegiato di riferimento: non si tratta, infatti, di dare in modo definitivo una famiglia al minore ma di farlo sentire *come se* fosse parte della “famiglia” affidataria (non a caso sono preferiti i nuclei familiari che constano di figli). Per altro verso, i doveri incombenti sui soggetti affidatari sono queglii stessi (di educazione, mantenimento ed istruzione) che gravano sui genitori nei riguardi dei figli²², anche se – si faccia caso – genitori e figli potrebbero ugualmente non comporre una “famiglia” in senso stretto²³.

Il modello costituzionale di “famiglia”, tuttavia, non può essere pari pari applicato alle esperienze di affido, o meglio non lo è *di necessità*: è – come si diceva – un modello, un punto di riferimento, per la somiglianza di certe condizioni che si riscontrano tra le esperienze stesse e quelle che prendono corpo in seno alla “famiglia” in senso stretto e tra i suoi componenti. Ciò non toglie, tuttavia, che da esso ci si possa (e talora debba) discostare in ragione delle circostanze. Non a caso, la legge opportunamente prevede l'affido anche a vantaggio del *single*, diversamente dall'adozione, la quale peraltro, a mia opinione, non potrebbe neppure in futuro aversi, ferma restando la struttura della famiglia quale definita nel primo comma dell'art. 29²⁴.

È proprio qui che entra in campo, prepotentemente, l'interesse preminente del minore.

È appena il caso qui di rilevare di sfuggita che, ove dovesse considerarsi precluso l'affido a coppie di omosessuali, l'affido stesso, per effetto del mutamento di sesso di uno dei coniugi, dovrebbe automaticamente cessare, coi prevedibili effetti negativi che potrebbero conseguirne, laddove esso abbia dapprima dato risultati gratificanti; e così pure nel caso che lo si ammetta a beneficio di coppie di fatto eterosessuali.

²¹ A riguardo di siffatta eccezione, L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., II, *Filiazione*, a cura di G. Collura - L. Lenti - M. Mantovani, Giuffrè, Milano 2012, 788 ss., e, più di recente, B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, comunicaz. al convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.gruppodipisa.it.

²² Su di essi, di recente, il chiaro quadro di sintesi che è in F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, relaz. al convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.gruppodipisa.it, spec. al § 7.

²³ Si fa, com'è chiaro, riferimento al caso di figlio naturale di genitore coniugato e che abbia perciò altra famiglia.

²⁴ Sconsigliato, in prospettiva *de iure condendo*, il riconoscimento della facoltà di adozione a beneficio del singolo ovvero di coppia omosessuale, ancora di recente, da T. AULETTA, nella sua relazione di sintesi al convegno su *La famiglia e i suoi giudici*, dal titolo *Dai principi costituzionali al “diritto vivente”*. *Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, in www.gruppodipisa.it, spec. al § 7, laddove nondimeno si prende partito a favore della tesi favorevole all'adozione da parte di coppia eterosessuale stabilmente convivente.

Seppure infatti la coppia coniugata, specie se con figli, si proponga quale soluzione astrattamente ideale per l'affido, nulla esclude che anche un *single* possa esserle preferito, laddove ad es. il minore risulti a quest'ultimo legato da un "vissuto" di esperienze "familiari" (in larga accezione) di cui sia provato che abbia dato frutti positivi (si pensi ad uno stretto parente di uno dei genitori, col quale il minore abbia una consuetudine di rapporti per entrambi particolarmente gratificanti).

Ora, questo legame potrebbe, in talune circostanze, apparire opportuno che non si spezzi neppure nel caso che l'adulto intrattenga una relazione stabile di coppia con altro soggetto del suo stesso sesso. Sarebbe a dir poco paradossale, in una circostanza siffatta, restare ancorati alla lettera del dettato legislativo, così come previamente ricostruita, e perciò, a conti fatti, obbligare l'adulto affettivamente legato al minore bisognoso di affido di doversi separare dal suo compagno o dalla sua compagna, al fine di poter risultare destinatario dell'affido stesso, ovvero di rinunciare a quest'ultimo per preservare il suo rapporto di coppia.

Ancora una volta, alcune somiglianze con vicende analoghe risultano assai istruttive e possono orientare nel giusto verso la soluzione del caso. Si pensi, ad es., all'affido condiviso, riconosciuto in caso di genitori separati uno dei quali di acclarata tendenza omosessuale, cui si è fatto luogo appunto nel superiore interesse del minore²⁵. È chiaro che la condizione del genitore non è in tutto e per tutto eguale a quella del parente o di altro soggetto cui il minore sia comunque affettivamente legato; e però un non diverso esito potrebbe rivelarsi consigliabile ogni qual volta si tratti appunto di dar seguito ad una consolidata relazione affettiva che il minore abbia già da tempo intrattenuto con ulteriori, promettenti benefici per la sua crescita.

D'altro canto, fermo il diritto del *single* di proporsi come possibile destinatario dell'affido, indipendentemente dal suo orientamento in campo sessuale, sarebbe a dir poco singolare che possa farsi luogo all'affido unicamente ad un soggetto, laddove conviva con altra persona del suo stesso sesso, la quale, pur condividendo le esperienze di vita col *partner* e col minore, si trovi pertanto obbligata a restare in ogni caso esclusa dall'affido stesso. Una esclusione di cui non si capirebbe, dunque, la ragione, specie ove risulti provato che l'affido condiviso possa, a un tempo, concorrere alla piena realizzazione della personalità dell'adulto ed alla salvaguardia della sua dignità e – ciò che più importa – ancora meglio garantire il minore per ciò che ha riguardo alle sue aspettative di cure²⁶.

²⁵ Oltre al noto caso *Salgueiro da Silva c. Portogallo* del 1999, v., di recente, in tal senso una pronunzia del tribunale di Genova del 30 ottobre 2013, con nota di D. AMRAM, *Omogenitorialità: le questioni rilevanti e quelle irrilevanti* (nota a Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013), in www.articolo29.it, 25 novembre 2013. Risalenti indicazioni in F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2011, 1375 ss. Infine, anche con richiami ad esperienze di altri ordinamenti, A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., 118 ss.

²⁶ Preziosa si dimostra, ancora una volta, essere l'indicazione di metodo che viene dalla giurisprudenza europea, specificamente nella parte in cui denuncia l'insussistenza di argomenti o studi scientifici che testimonino, in modo sufficientemente attendibile, l'inadeguatezza delle coppie omosessuali a prendersi efficacemente cura dei minori (sopra

Certo, il terreno sul quale il giudice deve giocare al meglio le carte che ha in mano in vista della salvaguardia delle aspettative del minore stesso rimane, come sempre, quello della motivazione, qui bisognosa di particolare cura ed estensione proprio in considerazione degli interessi meritevoli di protezione.

Per quest'aspetto, alcuni passaggi di recenti provvedimenti di affido²⁷, coi quali si stabilisce l'affido a coppia omosessuale, lasciano invero alquanto perplessi per ciò che attiene alla linearità del ragionamento svolto a sostegno della decisione. Così, ad es., laddove il tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna giudica essere preferibile l'inserimento di una minore in un nucleo "familiare" non tradizionale, in considerazione della circostanza che la bambina proveniva da una famiglia monogenitoriale di fatto (il padre era praticamente assente) e che l'affido era (ed è) proteso al reinserimento nella famiglia di origine, costituita dalla sola madre e da un'altra figlia. A filo di "logica" (se così vuol dirsi...), volendosi per quanto possibile riprodurre il contesto familiare di origine, avrebbe piuttosto dovuto preferirsi l'affido ad un adulto *single* di sesso femminile... Un argomento che si confuta da sé e sul quale non occorre, dunque, spendere ora altra parola.

Il vero è che ciò che sopra ogni cosa conta è offrire al minore l'opportunità di essere preso in cura da chi può farlo nel migliore dei modi e donargli il calore di una "famiglia", nella peculiare accezione di cui il termine si carica nelle esperienze di cui andiamo dicendo.

Sotto questo profilo, tanto la Convenzione quanto la Carta costituzionale, riviste per il verso giusto, non solo non ostano ad una soluzione siffatta ma, anzi, vigorosamente spingono per la sua concreta affermazione. Lo fa l'una, per la parte in cui non guarda con sfavore a "famiglie" composte da persone dello stesso sesso, pur rimettendosi – come s'è rammentato – a discipline nazionali in ordine alla loro definizione e complessiva regolazione; e lo fa anche l'altra che, pur esprimendosi (nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza costituzionale) in senso avverso al matrimonio tra omosessuali, ugualmente riconosce la somiglianza di condizioni in cui versano le coppie di fatto rispetto a quelle coniugate, tanto da dichiararsi pronta ad intervenire ogni qual volta dovesse aversi un trattamento arbitrariamente deteriore riservato alle une coppie a fronte di quello invece fatto a beneficio delle altre.

tutte, v. la decisione *X. e altri c. Austria*, sent. del 19 febbraio 2013, ric. n. 19010/07, e su di essa, tra i molti commenti, R. CONTI, *Pensieri sparsi, a prima lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione e coppie dello stesso sesso e sull'efficacia delle sentenze di Strasburgo* -GC, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria-, in www.europeanrights.eu, 24 febbraio 2013; L. CONTE, *Il caso X e altri c. Austria: l'adozione del figlio del proprio partner omosessuale*, in *Quad. cost.*, 2/2013, 462 ss.; A.M. LECIS COCCO-ORTU, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in www.forumcostituzionale.it, 15 marzo 2013; C. FATTA - M.M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6/2013, 519 ss.; F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali*, cit., 69 ss.).

²⁷ Faccio, ancora una volta, riferimento alle pronunzie dei giudici di Parma e Bologna, dietro richiamate.

Ora, l'affido è, a mia opinione, proprio uno dei casi in cui si riscontra, a un tempo, la diversità e però pure la somiglianza delle condizioni soggettive; ed ecco perché, dunque, non potrebbe – come si diceva – legittimamente aversi un affido preadottivo a coppia di omosessuali, che non potrebbero in alcun caso o modo dar vita ad una famiglia (nella sua ristretta e propria accezione), mentre potrebbe aversi l'affido *tout court*, a motivo della sua strutturale precarietà e del suo orientamento volto al reinserimento del minore nel contesto familiare di origine. La regola resta nondimeno quella dell'affido a famiglia nella sua costituzionale e propria accezione, specie – come si diceva – in presenza di figli; in subordine, può tuttavia aversi tanto l'affido a *single* quanto quello a coppia di persone dal medesimo orientamento sessuale, ove a ciò induca l'interesse preminente del minore²⁸.

4. Il cerchio si chiude (una succinta notazione finale)

Si torna così alla partenza del discorso svolto, al bisogno cioè di una disciplina legislativa essenziale, *per principia*, che “razionalizzi” il modello qui sommariamente descritto e quindi esplicitamente rimandi al giudice per l'oculata valutazione di tutti gli elementi dalla cui combinazione, varia in ragione dei casi, dipende l'opzione in ordine all'affido, in ispecie la valutazione se ricorrono le condizioni per l'applicazione di quella che si è detto essere la regola ovvero per il ricorso a soluzione diversa, tra le quali è anche l'affido congiunto del minore a persone conviventi di orientamento omosessuale. In difetto dell'intervento del legislatore, il rischio è – come sempre – quello che questioni eticamente sensibili, alle quali – come si segnalava – fa capo un groviglio di interessi di varia estrazione e natura, non di rado tra di loro confliggenti, siano fatte oggetto di parimenti varie e discordanti soluzioni, alle volte frutto d'improvvisazione ed approssimazione, poggianti su argomenti non dotati della necessaria solidità ed idoneità a linearmente condurre all'esito maggiormente adeguato alla sintesi dei valori costituzionali evocati in campo dal caso. Una volta di più, insomma, si è qui costretti a ripetere, con la sensibile dottrina richiamata all'inizio di questa riflessione, che il giudice non può essere lasciato solo con se stesso, la propria scienza e coscienza, a far fronte a bisogni intensamente avvertiti in seno al corpo sociale ma deve piuttosto essere messo in grado di venire incontro a questi ultimi nel migliore dei modi, avvalendosi del sostegno al riguardo offerto da una misurata ed assiologicamente ispirata disciplina legislativa.

²⁸ Per quest'aspetto, inappagante appare essere la motivazione di entrambi i provvedimenti di affido sopra richiamati e che hanno dato lo spunto per questa riflessione, non essendo chiara la ragione per cui non sia stata preferita la soluzione dell'affido a coppia coniugata e in forza di quali elementi la scelta sia piuttosto caduta sugli affidatari, in ispecie se e quali legami già si intrattenessero tra uno di essi o entrambi e il minore.