

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
CENTRE OF EUROPEAN LAW AND POLITICS

University Bremen

ZERP

Silvia Sonelli

**All'incrocio tra fonti: note sulla recente
giurisprudenza italiana in tema di adozione co-
parentale da parte del partner
dello stesso sesso**

Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi Vol. 10

2016

Als Herausgeber arbeiten an der Reihe mit:

Prof. Luisa Antoniolli, Trento
Prof. Aurelia Colombi Ciacchi, Groningen
Prof. Michele Comenale, Sassari
Prof. Francesca Fiorentini, Triest
Prof. Christian Joerges, Bremen
Prof. Luca Nogler, Trento
Prof. Udo Reifner, Hamburg/Trento
Prof. Silvia Sonelli, Modena
Prof. Gian Maria Uda, Sassari
Prof. Dian Schefold, Bremen
Prof. Christoph U. Schminck-Gustavus, Bremen
Prof. Christoph U. Schmid, Bremen (geschäftsführend)

Beiträge zu deutsch-italienischen und europäischen Themen können den Herausgebern von allen interessierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern zugeleitet werden. Die Einreichung wird per Email an cschmid@uni-bremen.de erbeten.

Editorial

Publisher &
Distributor:

Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen
www.zerp.eu

Reproduction:

Subject to editor's permission

Bremen, Dezember 2016

Sommario

I.	Introduzione	4
II.	Lineamenti essenziali dell'adozione nell'ordinamento italiano	6
III.	L'orientamento recente della Corte Suprema di Cassazione in materia di adozione co-parentale da parte del partner omosessuale	10
IV.	Una recente decisione di merito nel segno del "dissenso"	13
V.	Il giudice e la tutela multilivello dei diritti: alcune riflessioni	16

I. Introduzione

Il 2016 ha visto finalmente approdare anche l'ordinamento italiano al riconoscimento e alla disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Dopo l'insuccesso di varie proposte di legge succedutesi in materia negli ultimi anni¹, il legislatore, "sospinto" dalla giurisprudenza interna e di Strasburgo, ha adottato la legge 20 maggio 2016, n. 76 "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina della convivenza", entrata in vigore il 5 giugno 2016².

Prima dell'intervento del legislatore, la Corte costituzionale si era pronunciata sullo status delle coppie omosessuali nella sentenza n. 138 del 15 aprile 2010. La Consulta era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle norme del codice civile nella parte in cui sistematicamente interpretate, non consentono agli individui di contrarre matrimonio con individui dello stesso sesso. La Corte ritiene infondata la questione di legittimità sotto il profilo dell'art. 3 (principio di eguaglianza) e 29 della Costituzione. Secondo la Corte, le unioni omosessuali non sono riconducibili alla sfera di tutela dell'art. 29 della Costituzione che «riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», riferendosi unicamente all'istituto inteso nel suo significato tradizionale accolto nella disciplina del codice civile - significato che non potrebbe superarsi se non per mezzo di un'interpretazione creativa – mentre la disciplina codicistica non darebbe luogo ad una «irragionevole discriminazione in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». La Corte riconduce invece le unioni omosessuali alla sfera di tutela dell'art. 2 della Costituzione, laddove riconosce e garantisce «i diritti individuali dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». La Corte pur dichiarando la questione di legittimità costituzionale inammissibile in riferimento all'art. 2 C., poiché diretta ad ottenere «una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata», nondimeno afferma il principio secondo cui all'unione omosessuale «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone, nei tempi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connes-

1 Vedi F. DELL'ANNA MISURALE, Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge, in *giustizia civile .com*, n. 6/2016, 3.

2 Sulla legge vedi, tra gli altri, a cura di P. Rescigno e Vincenzo Cuffaro: *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 1771 ss. La legge è stata adottata a seguito di un lungo iter parlamentare che ha visto in discussione numerose proposte di legge: vedi G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, Giuffrè, 2016, 3.

si diritti e doveri»³.

La protratta inerzia del legislatore italiano nell'assicurare un riconoscimento giuridico alle unioni omosessuali, veniva censurata nel 2015 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la condanna a carico dello stato italiano per violazione dell'art. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare) nel caso *Oliari e altri c. Italia*⁴.

La legge n. 76 del 2016, in un unico articolo composto da 69 commi, introduce e disciplina l' "unione civile" tra persone dello stesso sesso (commi 1-35) modellandola in buona parte secondo le disposizioni che disciplinano il matrimonio, attraverso la riproduzione del loro contenuto o attraverso il richiamo a specifiche disposizioni del codice civile⁵. Il comma 20 della legge prevede inoltre che «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» ad esclusione delle norme del codice civile che si applicano invece solo in quanto espressamente richiamate. Dagli effetti di "diretta e automatica estensione" previsti dal comma 20, resta esclusa anche la disciplina dell'adozione di cui alla legge n. 184 del 1983, benché il legislatore si premuri di specificare che «*[r]esta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*»⁶. In partico-

3 Vedi la sentenza n. 138 del 2010, considerato in diritto n. 5 ss. La Corte dichiara inammissibile anche la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui prevede il rispetto da parte del legislatore dei vincoli derivanti dal diritto comunitario e degli obblighi internazionali. Vedi la sentenza e vari commenti della dottrina sul sito Consulta on line: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2010/0138s-10.html>>.

A tale sentenza e alla sua impostazione, si richiama la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, in particolare la sentenza n. 4184 del 2012 in tema di intrascrivibilità del matrimonio tra coppie dello stesso sesso celebrato all'estero. Vedi in tema P. RESCIGNO, Il matrimonio same sex al giudizio di tre corti, in *Corriere giuridico*, 2012, 861 ss.

4 Vedi sentenza del 21 luglio 2015, ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11 su hudoc.

5 Per una sintetica panoramica della disciplina vedi DELL'ANNA MISURALE, Unioni civili tra diritto e pregiudizio, cit., 10 ss, la quale evidenzia le differenze rispetto alla normativa sul matrimonio in particolare in tema di formazione dell'unione, impugnazione, assenza della previsione di un dovere di fedeltà, disciplina del cognome, scioglimento, etc.

6 Corsivo aggiunto. Il testo completo del comma 20 è il seguente: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o

lare, il legislatore ha stralciato la disposizione che, nel progetto di legge, prevedeva l'estensione a ciascun componente di un'unione civile della possibilità prevista a favore del "coniuge" di adottare il figlio, anche adottivo, dell'altro coniuge, possibilità prevista dall'art. 44 comma 1, lett. b) della legge n. 184 del 1983. Invero, istanze di tutela cui tale disciplina poteva rivolgersi si configurano sempre più spesso in concreto, per esempio con riferimento a figli nati da precedenti matrimoni, da convivenze o rapporti eterosessuali, come anche con riferimento a figli nati a seguito di inseminazione eterologa o – ipotesi particolarmente delicata e controversa – gestazioni per altri effettuate all'estero⁷. L'esclusione di una applicabilità diretta anche alle coppie di un'unione civile della disciplina dell'adozione e allo stesso tempo il riferimento a «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» sembra dunque rimettere alla giurisprudenza la questione di valutare, in assenza di un quadro legislativo chiaro e completo e tenendo presente l'interazione tra fonti interne e sovranazionali, quanto debba ritenersi "consentito" dalla normativa vigente⁸.

termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

- 7 La legge n. 40 del 2004, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, prevede il ricorso alle tecniche di procreazione assistita in casi documentati di infertilità e sterilità (art. 4, comma 1). A seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015, il ricorso ad essa è consentito anche alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili. La legge consente il ricorso alle tecniche di PMA a «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5). La legge sanziona penalmente «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità» (art. 12, comma 6). La Corte costituzionale è intervenuta su diversi profili della disciplina, e in particolare ha dichiarato incostituzionale il divieto assoluto di eterologa previsto nell'art. 4, comma 3, nella sentenza n. 162 del 2014: vedi il testo della sentenza con molteplici commenti della dottrina su questo e altri interventi della Corte costituzionale in consultazione on line: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0162s-14.html>>.
- 8 La dottrina ha messo in luce come tale formula si riferisca a quanto «"consentito" secondo l'interpretazione corrente» della disciplina: vedi G. FERRANDO, Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2016, 1213 ss., 1218.

II. Lineamenti essenziali dell'adozione nell'ordinamento italiano

Prima di trattare della giurisprudenza recente in materia di adozione co-parentale, è opportuno tracciare pur in estrema sintesi i lineamenti essenziali della disciplina prevista dalla legge n. 184 del 1983, come modificata da successivi interventi del legislatore⁹. Tale legge disciplina l'adozione dei soggetti minori di età individuando il suo presupposto in una situazione di abbandono del minore in quanto privo di assistenza morale o materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, e prevedendo requisiti particolari che le persone degli adottanti devono soddisfare. Costituiscono requisiti il rapporto di coniugio tra gli aspiranti adottanti (deve trattarsi di coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni o che abbiano convissuto in modo stabile e continuativo per almeno tre anni prima del matrimonio) nonché il requisito di una differenza di età di almeno diciotto anni tra l'adottando e gli adottanti e di un limite massimo di differenza di età di quarantacinque anni, requisito che può essere superato nelle ipotesi individuate dallo stesso articolo 6¹⁰. La procedura di adozione contempla due fasi: la prima in cui il tribunale per i minorenni verifica la sussistenza dello stato di adottabilità del minore a causa della sua situazione di abbandono. La seconda – una volta che sia divenuta definitiva la dichiarazione di adottabilità - in cui è previsto un periodo di affidamento preadottivo di un anno presso una coppia che abbia fatto domanda di adozione, al termine del quale periodo, ricorrendo le condizioni previste dalla legge, viene pronunciata l'adozione. Questa conferisce al minore adottato lo status di figlio degli adottanti (dei quali assume e trasmette il cognome), facendo cessare i suoi rapporti con la famiglia di origine, salvi i divieti matrimoniali.

La legge n. 184 del 1983 prevede tale modello di adozione come modello “preferenziale” per l'adozione dei minori¹¹. Nondimeno, la stessa legge n. 184/83 prevede al Titolo IV una diversa disciplina, quella dell' “adozione in

9 Vedi tra gli altri per una trattazione aggiornata della disciplina: T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 2016, 379 ss.

10 L'art. 6, comma 5, prevede che i limiti di età «possono essere derogati, qualora il tribunale per i minorenni accerti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore», mentre il comma 6 prevede che l'adozione non è preclusa «quando il limite massimo di età degli adottanti sia superato da uno solo di essi in misura non superiore a dieci anni, ovvero quando essi siano genitori di figli naturali o adottivi dei quali almeno uno sia in età minore, ovvero quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già dagli stessi adottato». Articolo così sostituito dall'art. 6 della legge 28 marzo 2001, n. 149.

11 Ci si riferisce in tale sede all'adozione nazionale. L'adozione internazionale è prevista dal Titolo III della legge n. 184/1983.

casi particolari”, con requisiti meno rigorosi ed effetti diversi e più limitati rispetto alla c.d. adozione “piena” o “legittimante”¹². L’art. 44 della legge n. 184, infatti, prevede al comma 1 che “[i] minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell’articolo 7 nelle seguenti ipotesi: a) quando l’adozione sia domandata da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell’ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) quando l’adozione sia domandata dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell’altro coniuge; c) quando si tratta di un minore disabile ai sensi dell’art. 3, comma 1, della legge n. 104 del 1992, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. L’art. 44 specifica inoltre che nei casi di cui alle lettere a), c), e d) suddette l’adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato (quindi anche alla persona singola); se però l’adottante è coniugato (o separato) l’adozione può essere disposta a seguito di richiesta di entrambi i coniugi. Inoltre, viene richiesta una differenza di età minima di diciotto anni tra adottando e adottanti nelle ipotesi *sub* lett. a) e d), mentre non è posto un limite con riguardo alla differenza massima di età. L’art. 46 prevede come necessario il consenso dei genitori e del coniuge dell’adottando e il dissenso del coniuge convivente o dei genitori che esercitino la responsabilità genitoriale risulta ostativo all’adozione. La disciplina attribuisce all’adottato nei confronti dell’adottante una posizione simile a quella conferita dall’adozione “piena”, compresi i diritti successori del primo nei confronti del secondo. L’adottante, invece, non ha alcun diritto di successione nei confronti dell’adottato. Questi, inoltre, conserva i rapporti con la famiglia di origine, quindi anche i diritti successori e gli obblighi alimentari, mentre non ha rapporti giuridici con la famiglia dell’adottante né quest’ultimo ne ha con la famiglia dell’adottato. L’adottato conserva il cognome d’origine al quale antepone quello dell’adottante. L’adozione in casi particolari è revocabile per indegnità dell’adottato o dell’adottante, o per violazione dei doveri che incombono sugli adottanti (art. 51).

Sia per l’adozione “piena” che per l’adozione in casi particolari, è previsto il diritto del minore di essere sentito se ha compiuto gli anni 12 e, in considerazione della sua capacità di discernimento, anche se ha un’età inferiore, nonché la necessità del consenso all’adozione del minore che abbia compiuto i quattordici anni (art. 22, comma 6, art. 25 e art. 45).

Se la giurisprudenza più risalente, alla luce dell’intenzione del legislatore storico resa palese dai lavori preparatori, riteneva che la fattispecie individuata

12 Termine utilizzato prima della riforma della filiazione che ha introdotto lo status unico di figlio, superando la distinzione tra filiazione legittima e filiazione naturale.

dalla lett. d) presupponesse comunque una situazione di abbandono e quindi lo stato di adottabilità del minore e una impossibilità *unicamente di fatto* di procedere ad un affidamento preadottivo (come nell'ipotesi di minori "difficili" dichiarati in stato di abbandono ma per i quali fosse difficile rinvenire un nucleo familiare disposto ad accoglierli), la giurisprudenza più recente, riprendendo principi già enunciati nella giurisprudenza costituzionale, ha valorizzato un'interpretazione estensiva della norma che ha portato alla sua applicazione anche ad ipotesi in cui non sussisteva una situazione di abbandono del minore, e l'impossibilità dell'affidamento preadottivo si configurasse unicamente sul piano "del diritto". Così, per esempio, i giudici hanno accolto la richiesta di adozione ai sensi della lett. d) da parte del convivente della madre del minore (vedi la sentenza n. 626/2007 del Tribunale per i minorenni di Milano) cui, come tale era preclusa l'applicazione della lett. b) (adozione da parte del coniuge). Nella stessa direzione si è mossa la Corte d'Appello di Firenze, sentenza n. 1274 del 2012, sul presupposto del constatato progressivo orientamento legislativo e giurisprudenziale nel senso di eliminare ogni discriminazione tra minori cresciuti da coppie unite in matrimonio e coppie conviventi¹³. Più di recente, alla fattispecie individuata dall'art. 44 comma 1, lett. d) la giurisprudenza di merito¹⁴ ha ricondotto l'ipotesi della richiesta di adozione da parte del

13 La Corte d'Appello di Firenze nella sentenza n. 1274/2012, riformando la sentenza del Tribunale per i minorenni di Firenze 20 marzo 2012, accoglie la tesi della difesa reclamante: «il limite del trattamento privilegiato accordato al matrimonio nella prospettiva dell'adozione sta nei diritti inviolabili del minore, che non possono essere pregiudicati dalla scelta non matrimoniale dell'adottante. Del resto, pur favorendo il rapporto coniugale attraverso un'apposita previsione, la legge n. 184/1983 non arriva a tanto, in quanto all'art. 44 lett. D svincola l'adozione in casi particolari [...] dal presupposto del matrimonio, per ricondurla all'autonomo riscontro della idoneità dell'adottante»: vedi sentenza cit., p. 8. Il processo di equiparazione tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori dal matrimonio è culminato nella disciplina prevista dal Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219.

14 Vedi: Tribunale min. Roma, 30 luglio 2014; Tribunale min. Roma, 22 ottobre 2015; Tribunale min. di Roma, 23 dicembre 2015; Corte d'Appello di Roma, Sez. min., 23 dicembre 2015; Tribunale min. di Roma, 30 dicembre 2015, Tribunale min. Roma 22 marzo 2016 (in un caso di stepchild adoption da parte del partner omosessuale di un minore nato a seguito di eterologa e maternità surrogata svoltasi in Canada, dove è consentita se effettuata a titolo gratuito) la cui sentenza non è stata impugnata dalla procura minorile ed è dunque divenuta definitiva; Corte d'appello di Torino, Sez. min., 27 maggio 2016. Contra Tribunale min. Torino 11 settembre 2015 n. 258, decisione però riformata dalla Corte d'appello di Torino, Sez. min., 27 maggio 2016; Tribunale min. Milano del 13 settembre 2016 depositata il 17 ottobre 2016, su cui vedi infra nel testo il par. IV. L'orientamento giurisprudenziale è stato accolto non senza dissenso di una parte della dottrina che ritiene l'interpretazione resa dell'art.

partner omosessuale del figlio biologico del convivente, orientamento confermato in ultimo dal giudice di legittimità nella sentenza n. 12962 del 2016.

III. L'orientamento recente della Corte Suprema di Cassazione in materia di adozione co-parentale del minore da parte del partner omosessuale

Pochi giorni dopo l'adozione della legge n. 76 del 2016, la prima sezione civile della Corte di Cassazione pronuncia una sentenza che avalla l'orientamento interpretativo estensivo, in un caso che, sebbene al di fuori dell'ambito di applicazione della legge n. 76/2016 *ratione temporis*, certo può annoverarsi in un ipotetico elenco di fattispecie lasciate "orfane" di una espressa disciplina da parte del legislatore¹⁵.

Nella sentenza n. 12962 del 2016¹⁶, la Cassazione rigetta il ricorso del Procuratore generale della Repubblica avverso la sentenza della Corte d'Appello

44, primo comma, lett. d) "forzata", sotto il profilo dei canoni dell'interpretazione letterale, sistematica nonché rispetto alla ratio della disciplina, tenuto conto dell'intenzione del legislatore storico, e teme che essa «consentirebbe un'indiscriminata apertura verso adozioni che non avrebbero più soltanto la funzione di proteggere i minori nelle situazioni d'emergenza che giustificano l'applicazione delle regole sull'adozione in casi particolari, ma anche quella di sanare rapporti familiari di fatto illecitamente precostituiti»: F. TOMMASEO, Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale, in *Famiglia e diritto*, 2016, 275 ss. e riferimenti ivi indicati. L'Autore accoglie invece con favore l'orientamento della giurisprudenza di merito relativamente alla diversa questione del riconoscimento di adozioni "omoparentali" legittimamente formati secondo il diritto di uno stato estero, pur in ipotesi non consentite o non contemplate dall'ordinamento italiano, in forza dell'applicazione di una nozione di ordine pubblico internazionale che ne consenta il riconoscimento ove non contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento interno, valutati in relazione al superiore interesse del minore. Su tale problematica si è espressa di recente la Corte di Cassazione con la sentenza n. 19599/2016; vedi in generale, tra gli altri, G. ROSSOLILLO, Riconoscimento di status familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2016, 335 ss.

15 Sul carattere di "supplenza" dell'intervento dei giudici e sulla necessità di un intervento di riforma da parte del legislatore vedi - entrambi critici sull'orientamento giurisprudenziale estensivo - P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Il Corriere giuridico*, 2016, 1217 ss.; A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 719 ss.

16 Sentenza n. 12962 del 26 maggio 2016, depositata il 22 giugno 2016. Tra i numerosi commenti, vedi: G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 1213 ss.; P. MOROZZO

di Roma - sezione minorenni, che aveva confermato la sentenza con cui il Tribunale per i minorenni di Roma nel 2014 aveva accolto la domanda di adozione di una minore presentata dalla partner della madre biologica ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d) della legge n. 184 del 1983¹⁷. La bambina era nata nel 2009 a seguito di un intervento di procreazione medicalmente assistita effettuato in Spagna nel quadro di un progetto genitoriale maturato all'interno della coppia convivente in modo stabile da diversi anni. La decisione del Tribunale per i minorenni si basava sulle seguenti argomentazioni: diversamente dall'adozione "legittimante", non è previsto alcun divieto per la persona singola di adottare ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d); nessuna limitazione può derivare dall'orientamento sessuale della richiedente l'adozione in casi particolari; con la suddetta previsione il legislatore ha voluto favorire il consolidamento di rapporti tra minore e parenti o persone che già se ne prendono cura anche se con effetti più limitati rispetto a quelli previsti dall'art. 6 della stessa legge; il richiamo all'interesse del minore di cui all'art. 57 della legge n. 184 deve intendersi come «limite invalicabile e chiave interpretativa dell'istituto». Infine, rilevava il Tribunale, la condizione della "impossibilità dell'affidamento preadottivo" di cui alla lett. d) va intesa non restrittivamente come impossibilità di fatto, bensì come impossibilità "di diritto" così da comprendere la situazione di minori che non si trovano in stato di abbandono. Il giudice faceva applicazione di tali principi alla fattispecie pendente, rilevando come la minore non si trovasse in stato di abbandono, in quanto accudita dalla madre, e quindi non fosse collocabile in affidamento preadottivo. Rilevava inoltre che la minore aveva sviluppato una relazione di tipo genitoriale con la compagna della madre biologica, relazione che poteva trovare riconoscimento giuridico attraverso e nei limiti dell'istituto previsto dall'art. 44 comma 1, lett. d), così consentendo anche l'esito positivo delle indagini dei servizi sociali volte ad accertare che l'adozione realizzasse in concreto l'interesse preminente del minore come richiesto dall'art. 57 della legge n. 184. Il Tribunale constataba come nella giurisprudenza recente, l'art. 44 comma 1, lett. d) avesse trovato applicazione anche all'ipotesi dell'adozione da parte del "convivente", e riteneva l'esito interpretativo che estendesse al partner omosessuale l'applicazione della lett. d) conforme sia ai principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, sia ai principi enunciati nella giurisprudenza di Strasburgo, in particolare nel caso *X ed altri c. Austria* in cui la Corte europea aveva condannato l'Austria per violazione dell'art. 14 congiuntamente all'art. 8 Cedu, a cau-

DELLA ROCCA, Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption, cit.

17 Vedi Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza n. 299/2014.

sa della discriminazione perpetrata tra coppie eterosessuali e omosessuali nell'accesso alla *second-parent adoption*¹⁸.

La Corte di cassazione, conferma l'orientamento dei giudici di merito rigettando il ricorso del pubblico ministero. Essa ritiene che l'art. 44, comma 1, prevedendo che nei casi particolari di cui al secondo comma i minori "possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'articolo 7"¹⁹, stabilisce che l'adozione in tali casi è possibile anche in assenza della dichiarazione di adottabilità e quindi della stessa situazione di abbandono del minore che tale dichiarazione è diretta ad accertare.

La Corte ritiene tale impostazione coerente con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 383 del 1999 in cui la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'allora lett. c) - oggi lett. d) - dell'art. 44, comma 1, affermava che «[...] l'art. 44 della legge n. 184 del 1983 si sostanzia in una sorta di *clausola residuale* per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione "legittimante", consentendo l'adozione dei minori "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7". *In questa logica di apertura, la lettera c) fornisce un'ulteriore "valvola" per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere a) e b) [...] Le ordinanze di rimessione ritengono di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lettera c) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento. In realtà, l'art. 44 è tutto retto dalla "assenza delle condizioni" previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima legge n. 184»²⁰.*

Secondo la Cassazione, l'impostazione da essa accolta non è in contrasto con la decisione n. 22292 del 2013 pronunciata dalla I Sezione della stessa Cassazione civile in cui questa riteneva che l'affidamento preadottivo già in corso non consentisse il ricorso da parte dei precedenti affidatari all'adozione in casi particolari. Tale impostazione sarebbe inoltre coerente con il diritto della Convenzione europea come risultante dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in particolare, sotto il profilo del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale degli aspiranti adottanti che emerge nella sentenza del 19 febbraio 2013, *X ed altri c. Austria* tra coppie eterosessuali e coppie

18 X ed altri c. Austria, sentenza della Grande Camera del 19 febbraio 2013, ric. n. 19010/07, consultabile su hudoc.

19 L'art. 7, comma 1, recita: «L'adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità ai sensi degli articoli seguenti».

20 Corsivo aggiunto.

omosessuali²¹. Secondo la Corte di Cassazione, il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale preclude che «l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto («*la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo*»), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57, primo comma, n. 2)» possa essere svolto – anche indirettamente – «dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio»²².

V. Una recente decisione di merito nel segno del "dissenso"

Pochi mesi dopo la sentenza della Corte di Cassazione, il Tribunale per i minorenni di Milano, in un caso simile, "si schiera" a favore di un'interpretazione restrittiva dell'art. 44 comma 1, ritenendo che l'impostazione fatta propria dalla Cassazione «non corrisponda alla lettera della norma né alla ratio dell'istituto»²³.

Il caso dedotto in giudizio riguardava la domanda di adozione da parte di una donna ex art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983 della figlia biologica della compagna. Quest'ultima, con ricorso depositato contestualmente al primo, chiedeva di adottare la figlia biologica della partner, nata successivamente ma con la medesima procedura di procreazione assistita avvenuta con il seme di un medesimo donatore. I ricorsi venivano riuniti avendo per oggetto istanze "incrociate" di adozione delle figlie biologiche delle due ricorrenti. La relazione predisposta dai servizi sociali dava atto di un contesto familiare, sociale e scolastico positivo per le due minori, accolte con affetto anche dalle rispettive famiglie delle ricorrenti. Queste ultime, ponevano a fondamento delle proprie domande esigenze di tutela legale ed economica delle minori, come, ad esempio, l'esigenza che le sorelle non venissero separate in caso di avvenimen-

21 In cui la Corte europea afferma (vedi paragrafi 142 e 151) che «[T]he Government did not adduce any specific argument, any scientific studies or any other item of evidence to show that a family with two parents of the same sex could in no circumstances adequately provide for a child's needs. On the contrary, they conceded that, in personal terms, same-sex couples could be as suitable or unsuitable as different-sex couples when it came to adopting children», e che lo stesso Governo «have failed to adduce particularly weighty and convincing reasons to show that excluding second-parent adoption in a same-sex couple, while allowing that possibility in an unmarried different-sex couple, was necessary for the protection of the family in the traditional sense or for the protection of the interests of the child».

22 È opportuno ricordare che già nella sua giurisprudenza pregressa la Cassazione ha affermato che l'orientamento sessuale del soggetto non può costituire elemento di discriminazione ai fini dell'affidamento del minore: vedi sentenza n. 601/2013 (affidamento alla madre separata e convivente con altra donna).

23 Sentenza, cit., p. 6.

ti occorsi alle ricorrenti e che potessero godere di diritti successori in eguale misura, esigenze sanitarie e scolastiche, nonché esigenze di regolamentazione della situazione delle minori in caso di disaccordo tra le ricorrenti.

Il pubblico ministero si esprimeva a favore dell'accoglimento del ricorso. Il Tribunale, invece, ritiene che il ricorso debba essere rigettato in quanto non sussistenti, in fatto, i presupposti di cui all'art. 44 lett. d) della legge 184/1983. Il giudice dà atto che sussistono due diversi orientamenti interpretativi relativamente alla fattispecie prevista dall'art. 44, lett. d).

L'orientamento interpretativo restrittivo riconosce alle ipotesi individuate dall'art. 44 della legge n. 184, carattere tassativo, e ritiene che la lett. d) si riferisca unicamente ad un'impossibilità di fatto, come attesterebbe la stessa espressione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo".

Il secondo orientamento fa propria un'interpretazione "estensiva" dell'art. 44 lett. d) che esso giustifica anche alla luce della giurisprudenza costituzionale. Pur riconoscendo quelli che sono stati gli obiettivi originari del legislatore, tale orientamento ritiene che l'evoluzione delle diverse forme di legami affettivi e la necessità di dare attuazione al principio del preminente interesse del minore, possa determinare un ampliamento della portata della norma. A questa dovrebbero dunque ricondursi tutti i casi in cui sia di fatto o anche 'giuridicamente' impossibile pronunciare una dichiarazione di adottabilità per mancanza dei presupposti di cui all'art. 7 l. 184/83, purché l'adozione ex art. 44 lett d) corrisponda al concreto interesse del minore. Tale orientamento interpretativo "estensivo" si basa sulle seguenti argomentazioni: non è ravvisabile nell'ordinamento, al di fuori della adozione legittimante, il divieto per la persona singola di adottare ai sensi dell'art. 44 comma 1, lett. d); con tale disposizione il legislatore ha inteso favorire, attraverso un modello adottivo ad effetti più limitati, il consolidamento di rapporti tra minore e parenti o persone che già se ne prendono cura; la *ratio legis* e quindi la chiave interpretativa dell'istituto, va identificata nella verifica della realizzazione dell'interesse del minore che deve essere concretamente verificato. Con particolare riferimento alla richiesta di adozione da parte del partner omosessuale, tale orientamento ritiene, alla luce del contesto normativo costituzionale e sovranazionale, l'insussistenza di ostacoli normativi che possano fondarsi sull'orientamento sessuale.

Il Tribunale aderisce all'orientamento restrittivo, ritenendo che la giurisprudenza della Corte costituzionale a cui l'opposto orientamento si richiama, si riferisca in realtà a fattispecie in cui il minore è «sostanzialmente privo di un contesto genitoriale idoneo a sostenere la sua crescita»²⁴ e si ponga quindi la necessità di sopperire a tale mancanza con «figure genitoriali sostitutive», ipo-

24 Vedi sentenza cit., p. 9.

tesi che non si configurerebbe nel caso dedotto in giudizio²⁵.

Inoltre, il Tribunale ritiene che il carattere tassativo delle ipotesi individuate dall'art. 44, comma 1 della legge n. 183/1983 da cui deriverebbe un obbligo di stretta interpretazione della norma, sia stato riconosciuto dalla Cassazione nella sentenza n. 22292 del 27 settembre 2013, laddove afferma che «deve condividersi l'opinione secondo cui la norma contenuta nell'art. 44 individua delle ipotesi tassative e di stretta interpretazione» e che è «contrario alla *ratio legis* dell'art. 44 dilatare la nozione di impossibilità di affidamento pre-adoztivo ricomprendendovi non solo l'ipotesi del mancato reperimento o del rifiuto di aspiranti all'adozione legittimante, ma anche ipotesi in contrasto con l'interesse del minore in quanto (quest'ultimo) criterio guida di tutta la normativa sull'adozione»²⁶. Il Tribunale, richiama tale sentenza «per ribadire come un orientamento 'estensivo' non risulti in verità radicato nella giurisprudenza di merito o di legittimità».

Sostenendo inoltre che il termine 'impossibilità giuridica' si riveli molto generico e suscettibile di applicazione indiscriminata a tutti i casi di impossibilità ad accedere all'adozione legittimante", il Tribunale, ritiene che la disposizione con cui dovrebbe confrontarsi la fattispecie dedotta in giudizio, sia la lett. b) dell'art. 44. Questo infatti, nota il Tribunale, presuppone l'assenza di uno stato di abbandono o semi-abbandono, ed anzi presuppone la presenza di un genitore biologico idoneo ad esercitare la responsabilità genitoriale e l'eventuale mancanza, ovvero l'incapacità di esercitare la responsabilità genitoriale da parte dell'altro. La lett. b) richiede un rapporto di coniugio tra il ricorrente e il genitore biologico del minore. Tale disposizione non si applica dunque al "convivente" del genitore biologico; sotto tale profilo dunque non si porrebbe nemmeno secondo il Tribunale la questione di discriminazione tra coppie eterosessuali e omosessuali emersa nel caso austriaco deciso dalla Corte di Strasburgo, in quanto solo le coppie coniugate possono accedere all'adozione piena e solo il "coniuge" del genitore biologico dell'adottando può fare richiesta di adozione ex art. 44 comma 1, lett. b).

Secondo il Tribunale, le riforme legislative più recenti in tema di adozione (2001), filiazione (2013) e affido familiare (2015) non avrebbero inciso sul necessario presupposto del matrimonio in tema di adozione: «Il legislatore per istituire lo 'status' di figlio tra il minore ed un adulto legato da un vincolo affettivo e non biologico ha richiesto una garanzia maggiore e cioè la presenza di un vincolo di coniugio perché questo vincolo comporta l'instaurarsi di una cornice giuridica nella coppia (reciprocità e corresponsività di diritti e doveri, certezza nel regime patrimoniale, controllo giurisdizionale in caso di sciogli-

25 Vedi sentenza cit., p. 10.

26 Vedi sentenza cit., p. 11.

mento etc) che ricade come sicurezza anche sul minore»²⁷. Altrettanto, non avrebbe inciso su tale presupposto, la sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010 che attesterebbe anzi l'assenza di una disparità di disciplina ingiustificata tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali in materia di accesso all'istituto matrimoniale così come contemplato dall'art. 29 della Costituzione.

Con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il Tribunale richiama, tra le altre, la sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012 in cui la Corte ritiene non esservi violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 nel caso di rigetto da parte del giudice della domanda della partner omosessuale di adozione "simple" del figlio della compagna (adozione legalmente accessibile ma che avrebbe fatto venir meno la responsabilità del genitore biologico a danno dell'interesse del minore).

Ritiene infine che l'interpretazione adottata sia conforme alla ratio della legge n. 76 del 2016 nella misura in cui preclude di introdurre in via interpretativa una soluzione che la legge non ha inteso recepire.

VI. Il giudice e la tutela multilivello dei diritti: alcune riflessioni

La problematica della *second parent adoption* nel contesto di coppie dello stesso sesso, pone sotto stress le dinamiche di una tutela multilivello dei diritti in un ordinamento come quello italiano che solo da poco tempo è riuscito ad approdare ad una legge sulle unioni civili.

Al piano degli obblighi internazionali, si impone anzitutto il rispetto della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (ratificata e resa esecutiva nel nostro ordinamento con legge n. 176 del 1991) il cui art. 3, par. 1 prevede che «in tutte le azioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche e private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

A livello europeo, in tema di salvaguardia del "best interest of the child", la giurisprudenza di Strasburgo appare articolata e non sempre univoca nei suoi orientamenti²⁸. Nondimeno, dalla sua giurisprudenza emergono dei principi che hanno una ricaduta diretta sul terreno della problematica in esame. Emerge

27 Ibidem, p. 15.

28 Vedi ampiamente in tema E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016, specie 87 ss.

con particolare forza la “direttiva” secondo cui «whenever the situation of a child is in issue, the best interests of *that child* are paramount»²⁹: l’interesse del minore deve dunque essere apprezzato e salvaguardato *in concreto*.

Attinente alla questione dell’approccio interpretativo all’art. 44 comma 1, lett. d), della normativa italiana in tema di adozione, è la sentenza della Corte europea nel caso *Zhou c. Italia* del 21 gennaio 2014, laddove la Corte prende atto e implicitamente approva l’orientamento interpretativo estensivo dell’art. 44 comma 1 lett. d) della legge n. 184 del 1983 nella misura in cui l’estensione in via interpretativa del suo ambito di applicazione anche alle ipotesi di “impossibilità giuridica” a procedere ad un affidamento preadottivo, consente di realizzare in concreto la salvaguardia del minore in ipotesi non espressamente contemplate dal legislatore, eppure meritevoli di tutela³⁰.

L’adesione da parte del Tribunale di Milano all’orientamento interpretativo restrittivo, sembra invece andare contro quell’esigenza di interpretazione evolutiva delle norme che l’obiettivo della salvaguardia dell’interesse del minore richiederebbe. Il giudice confina la problematica su un piano di “interpretazione” della norma che predilige perlopiù un approccio letterale e un’accezione “statica” della *ratio legis*, laddove invece, come riconosciuto dalla dottrina «l’interesse del minore può portare l’interprete a considerare recessivo perfino il significato letterale degli enunciati linguistici di cui la legge si compone sempre che la decisione sia espressione del principio personalista, e degli altri principi costituzionali ad esso strettamente correlati»³¹.

Riconducendo la fattispecie all’ambito di applicazione della lett. b) dell’art. 44, il giudice (troppo) facilmente “chiude il cerchio”, traendone la conseguenza della inapplicabilità di tale disposizione alla fattispecie dall’assenza del requisito di “coniuge” con riferimento al partner omosessuale, e ritenendo così anche di

29 Vedi *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza del 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, par. 75. Corsivo aggiunto. La sentenza, che sarà oggetto di riesame da parte della Grande Camera, constata una violazione da parte dello Stato italiano dell’art. 8 Cedu, e riguarda la delicata questione della maternità surrogata (vietata dall’ordinamento italiano), per di più non a titolo gratuito, cui aveva fatto ricorso una coppia di coniugi italiani all’estero.

30 Anche se va riconosciuto che nel caso di specie era in gioco non un “accrescimento” delle tutele a beneficio del minore, bensì la stessa permanenza del minore nel nucleo familiare di origine obiettivamente vulnerabile, nucleo a cui un’adozione “piena” l’avrebbe sottratto. Il caso, dunque, indubbiamente presenta fatti rilevanti diversi dalla fattispecie in esame (configurandosi piuttosto come un’ipotesi di “semi-abbandono”) ma nondimeno supporta un’interpretazione della disciplina che realizzi una tutela effettiva dell’interesse del minore.

31 Vedi A. ARENA, A proposito dello “statuto costituzionale del minore” (brevi riflessioni a margine di alcune “novità” nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune), su *Consulta on line*, 2016, 247: <<http://www.giurcost.org/studi/arena2.pdf>>.

pervenire ad una soluzione applicativa conforme ai principi enunciati dalla Corte europea nel caso *X ed altri c. Austria*: la diversità di disciplina nell'accesso alla *second parent adoption* non riguarderebbe infatti le coppie omosessuali nei confronti delle coppie conviventi eterosessuali, bensì le coppie coniugate rispetto alle coppie non coniugate, siano esse etero o omosessuali.

Il Tribunale, così facendo, trascura che sia la giurisprudenza costituzionale sia la giurisprudenza di Strasburgo hanno valorizzato la fattispecie residuale individuata dall'art. 44 lett. d) come una "valvola" del sistema per venire incontro a concrete istanze di tutela dell'interesse del minore, lasciate prive di una disciplina legislativa, eppure rilevanti in una «lettura combinata» delle norme costituzionali, in particolare degli articoli 2, 3, 30³² e 31³³ della Costituzione³⁴.

Alla luce della giurisprudenza di Strasburgo nel caso *X ed altri c. Austria* che vieta nei termini sopra visti un'ingiustificata disparità di trattamento in base all'orientamento sessuale, e nel caso *Zhou c. Italia*, l'interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d) da parte del giudice di legittimità può configurarsi, a nostro avviso, come un'interpretazione "convenzionalmente conforme" che non trova preclusione nelle norme della Costituzione³⁵, ma è piuttosto diretta ad assicurare un'effettiva realizzazione dei valori da questa contemplati.

32 L'art. 30 C., primo comma, prevede che «È dovere e diritto dei genitori mantenere istruire educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità».

33 L'art. 31 C., prevede: «La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

34 Cfr. G. MATUCCI, Adozione omogenitoriale e diritti costituzionali del minore, in Forum di Quaderni costituzionali: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/matucci.pdf>. L'Autrice pur ritenendo l'orientamento dei giudici sostanzialmente «coerente» con il quadro costituzionale, sottolinea la necessità di un intervento complessivo del legislatore in materia, anche alla luce della recente riforma della filiazione e alla sua incidenza sulla disciplina dell'adozione in casi particolari: vedi p. 15.

35 Secondo la ricostruzione dei rapporti tra diritto della Cedu e ordinamento nazionale che si deve alle fondamentali "sentenze gemelle" della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 e alla giurisprudenza costituzionale ad esse successiva. In particolare, non ci sembra che l'aver presupposto l'art. 29 C. una famiglia costituita da genitori di diverso sesso, fondata sul matrimonio, precluda il ricorso all'adozione semplice del minore da parte del partner omosessuale del genitore biologico, laddove tale figura parentale, già positivamente consolidata nelle relazioni con il minore, possa integrarne, a suo beneficio, molteplici esigenze di tutela, lasciate scoperte di una disciplina a causa dell'inerzia del legislatore.