

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI ROMA 30 luglio 2014 — Pres.
Est. C. CAVALLO.

Adozione — Casi particolari (adozione in) — Due donne omosessuali (stabile e consolidata convivenza di) — Propria condizione di coppia (diritto di vivere, ex art. 2 Cost., liberamente la) — Figli adottivi o naturali (desiderio di) — Legittimità — Vita familiare (diritto della coppia ad una) — Sussistenza e legittimità — Procreazione artificiale conseguita all'estero (gravidanza della donna più giovane per) — Nascita di una bambina — Gravidanza e nascita (pieno accordo delle due conviventi su) — Bambina (piene, ottimali, felici, ininterrotte, concordi cure prodigate da entrambe le donne alla) — Bambina (piene, ottime condizioni psicofisiche della) — Bambina (pari attaccamento alle due donne della) — “Due sue madri” (donne qualificate dalla piccola quali le) — Dubbi e complessi (inesistenza nella piccola di) — Piccola (ottimo rendimento scolastico della) — Una assistente sociale, una psicologa, una responsabile della scuola frequentata dalla piccola (ottime condizioni psicofisiche della bambina verificate e certificata da) — Bambina (cospicui benefici economici *de futuro* già assicurati dalla ricorrente alla) — Rilevanza positiva — Registro delle unioni civili (iscrizione delle conviventi nel) — Rilevanza positiva — Matrimonio in Spagna tra le due conviventi — Rilevanza positiva — Art. 25 lett. d) legge 28 marzo 2001 n. 149 (richiesta della convivente di adottare la minore avanzata ex) — Madre (consenso della) — P.m.m. (opposizione immotivata del) — Affidamento ad altre persone (enorme danno per la minore in caso di) — Constatata “impossibilità” di un altro affidamento preadottivo — Convivente della madre (richiesta di adozione ex art. 25 lett. d) legge n. 149/2001 avanzata dalla) — Opportunità e legittimità.

(Cost. artt. 2 e 3; legge 28 marzo 2001 n. 149, art. 25; legge 4 maggio 1983 n. 184).

Ritenuto che due conviventi (nella specie, due donne), quale che siano il genere e l'orientamento sessuale di ciascun convivente, hanno il diritto (artt. 2 e 3 Cost.) di vivere liberamente la propria condizione di coppia, con gli obblighi ed i diritti che a tale condizione sono legati, e ritenuto, altresì, che il desiderio di avere figli, di sangue o adottati, rientra nel diritto di ciascuno alla vita familiare, desiderio riconosciuto come

diritto fondamentale, essendone una delle espressioni più naturali e rappresentative, va concessa l'adozione "in casi particolari" ai sensi e per gli effetti di cui al punto d) dell'art. 25 legge 28 marzo 2001 n. 149 (l. 4 maggio 1983 n. 184) qualora sussista l'"impossibilità di un diverso affidamento pre-adoztivo", qualora l'adozione venga richiesta da donna convivente, stabilmente e da non poco tempo, con altra donna, entrambe omosessuali, in favore di una minore in età infantile nata dalla convivente della ricorrente a seguito di procreazione artificiale conseguita, su accordo di entrambe, all'estero, qualora le donne si siano sempre prodigate, in maniera efficacissima, nella cura della minore, assai legata anche alla ricorrente fino a considerare entrambe le donne come le "sue due madri" e sempre in ottima salute psicofisica, mai sfiorata da dubbi e complessi, sempre serena e di ottimo profitto scolastico, nonché molto legata ai compagni, dai quali è voluta assai bene per il suo carattere amabile ed espansivo (come hanno constatato e certificato un'assistente sociale, una psicologa del GIL Adozioni e la responsabile della scuola per l'infanzia frequentata dalla minore); le due donne, sempre d'accordo, fanno altresì studiare alla piccola musica in una struttura affidabile perché qualificata e specializzata: manca, perciò, ogni più piccolo stato di abbandono e, data la situazione, sussiste chiaramente la constatata impossibilità di un affidamento ad altri della minore, che ne ricaverebbe, tra l'altro, un enorme e sterile pregiudizio sotto ogni riguardo, peraltro vietato dalla competente normativa.

Rilevanza positiva va poi attribuita: all'accordo stipulato dalle due conviventi, subito dopo la stabilizzazione del loro rapporto, per regolamentare la loro relazione anche riguardo ai rapporti con la minore; al matrimonio da esse contratto in Spagna; alla loro iscrizione, in Italia, nel Registro delle unioni civili; all'inserimento della piccola, da parte della ricorrente, nella propria assicurazione sanitaria ENPAP ed in una polizza assicurativa integrativa da lei accesa; alla adesione piena, motivata ed incondizionata della madre alla richiesta adottiva della ricorrente (1).

(1) Cfr. App. Torino sez. Famiglia decreto 4 dicembre 2014, in questa *Rivista*, 2015, 129: "Può essere trascritto nei registri anagrafici italiani, senza che possa ravvisarsi violazione alcuna del nostro ordine pubblico, l'atto di nascita di un minore, nato (in seguito a fecondazione eterologa medicalmente assistita con impianto di gameti) fuori dall'Italia, da due donne omosessuali (una cittadinanza spagnola e l'altra cittadina italiana) che, all'estero (Spagna), avevano contratto tra loro un matrimonio secondo la *lex loci* (una delle donne aveva donato all'altra gli ovuli, mentre questa ultima aveva condotto la gravidanza ed aveva partorito il minore *de quo*; la legge estera aveva formalmente dichiarato il minore "figlio matrimoniale delle due donne"). Il

(1) Adozione omoparentale e preminente interesse del minore.

SOMMARIO: 1. Premessa — 2. Art. 44, lettera *d*) ed adottabilità di fatto o di diritto del minore — 3. Art. 44, lettera *d*) e adozione del convivente — 4. Preminente interesse del minore e diritti degli adulti — 5. Principio di precauzione e diritto minorile — 6. Tutela del preminente interesse del minore e modelli familiari — 7. Evidenze scientifiche e certezze in merito al preminente interesse del minore — 8. Interesse del minore ed esito del suo processo evolutivo personale — 9. Giurisprudenza costituzionale, norme CEDU e discriminazione delle unioni *same-sex* — 10. “X e altri c. Austria”: l’adozione omoparentale tra norme CEDU e giurisprudenza costituzionale — 11. Qualche considerazione conclusiva.

diniego della trascrizione nei registri anagrafici italiani archerebbe al “minore figlio legittimo (le donne hanno ormai ritualmente divorziato) delle due madri” gravi danni personali e patrimoniali, vanificando, altresì, la responsabilità genitoriale delle due genitrici e violando il fondamentale postulato, sancito anche dalle nostre norme nazionali, comunitarie ed internazionali, in base al quale nei rapporti di filiazione va riconosciuta e realizzata, in ogni caso, l’assoluta, prioritaria, cogente, effettiva pozione dell’interesse minorile, quali che possano essere od essere stati i vincoli ed i rapporti tra i genitori del minore”. Sulla tutela incondizionata dei “riferimenti affettivi primari” nutriti dal minore in seno ad una coppia di donne omosessuali, cfr. Trib. Palermo decreto 17 aprile 2015, in questa *Rivista*, 2015, 616: “Qualora, nel corso di una pluriennale convivenza tra due donne omosessuali, una di esse, con il pieno consenso ed il sostegno anche economico dell’altra, partorisca, grazie al ricorso a tecniche di procreazione assistita eterologa, una coppia di gemelli, felicemente sempre assistiti, peraltro, da entrambe le donne (che avevano, per di più, vanamente richiesto al giudice minorile di primo e di secondo grado addirittura il riconoscimento alla *partner* della madre di una potestà analoga alla potestà genitoriale), e qualora i gemelli si siano profondamente legati alla *partner* della madre, da essi considerata come “una seconda mamma”, non può la madre di sangue — una volta rottasi in maniera radicale, definitiva ed irreversibile ogni intesa affettiva fra le due donne, che non avevano più in alcun modo coabitato — opporsi a che i gemelli potessero continuare a frequentare la *ex partner* della madre di sangue: l’opposizione della madre di sangue avrebbe, se fosse stata accolta, arrecato ai minori un gravissimo ed inevitabile pregiudizio — peraltro già previsto da una consulenza tecnica d’ufficio qualificata, esplicita, inequivoca e non seriamente contraddetta — sul piano personale, psicologico ed esistenziale, nuocendo non poco alla formazione ed al consolidamento di una normale, corretta ed equilibrata personalità minorile globale: la normativa nazionale, comunitaria ed internazionale, è, del resto, da gran tempo concorde ed unanime nel conferire pozione assoluta all’interesse minorile rispetto ad ogni altro interesse, pur, in sé, giuridicamente rilevante, tanto più qualora, come nel caso di specie, l’opposizione della madre di sangue non si giustifichi in alcun modo, apparendo chiaramente dovuta a motivi di risentimento, di astio, di reazione e di ritorsione collegati alla rottura di ogni intesa fra le due donne omosessuali”.

Nota di G. Miorro.

1. In tema di adozione omoparentale la sentenza n. 299 del 30 luglio 2014 del Tribunale dei minorenni di Roma (1), che ha trovato ampia eco sui mezzi di informazione ed è stata presto seguita da altre decisioni pronunciate su diversi aspetti della medesima materia (2), rappresenta l'occasione per una riflessione sull'adozione da parte delle persone che appartengono a coppie omosessuali.

Il caso giudicato dai giudici minorili romani era, si può dire, emblematico: due donne legate da una relazione sentimentale avevano, da tempo, intrapreso una stabile convivenza e una di esse era ricorsa alle tecniche di procreazione assistita, dando alla luce una bambina, che era stata poi cresciuta dalla coppia.

Quest'ultima aveva contratto matrimonio in uno Stato straniero il cui ordinamento lo consente anche ai nubendi dello stesso sesso, ma ovviamente, nell'ordinamento italiano, la piccola aveva conseguito lo *status* giuridico di figlia della madre naturale.

La compagna di quest'ultima aveva così proposto ricorso al Tribunale dei minorenni di Roma al fine di poter adottare la bambina ai sensi del disposto dell'art. 44, comma primo, lettera *d*) della legge n. 184/1983, adducendo la stabilità del rapporto affettivo della coppia, la perdurante convivenza con la piccola ed il ruolo di genitore da lei di fatto rivestito sin dalla nascita di quest'ultima.

Una rivisitazione critica delle motivazioni con le quali la sentenza del Tribunale dei minori ha accolto il ricorso consente di affrontare le non poche questioni giuridiche poste da situazioni di questo genere.

2. La prima, fondamentale questione sulla quale il Tribunale minorile si è pronunciato, è stata quella relativa all'interpretazione dell'art. 44 della legge n. 184/1983, disposizione che, com'è noto, ha introdotto nel nostro ordinamento un *tertium genus* di adozione accanto a quella "legittimante" ed a quella dei "maggiori di età", vale a dire l'adozione "*in casi particolari*", altrimenti detta adozione semplice.

Con riferimento a quattro ipotesi ben precise, l'anzidetta disposizione

(1) La sentenza è stata pubblicata in questa *Rivista*, 2014, 1533, con nota di R. CARRANO e M. PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*; con riguardo alla medesima sentenza, sempre in questa *Rivista*, 2015, 176, si veda la nota di N. CIPRIANI, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*.

(2) App. Torino, sez. Famiglia, decreto 29 ottobre 2014, in questa *Rivista*, 2015, I, 129; Trib. Min. Bologna ordinanza 10 novembre 2014 n. 4701, in *Diritto civile contemporaneo*, 2014, III, con nota di BILOTTI, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*.

consente l'adozione dei minori anche quando non ricorrano le condizioni di adottabilità previste per l'adozione "legittimante" (3).

La sentenza dei giudici minorili romani ha ritenuto che la fattispecie in esame, vale a dire relativa all'adozione da parte di una persona convivente col genitore dell'adottando, potesse farsi rientrare nell'ipotesi prevista dall'art. 44, lettera *d*).

Per giungere a questo risultato essa ha dovuto, anzitutto, superare il parere negativo espresso dal Pubblico Ministero, motivato con l'insussistenza di quello che la parte pubblica riteneva un "presupposto necessario" dell'adozione nel caso di cui alla lettera *d*), vale a dire l'inesistenza di uno "stato di adottabilità" del minore, posto che questi aveva un genitore (la madre naturale) perfettamente in grado di accudirlo e non si trovava quindi in "stato di abbandono".

In effetti, la disposizione anzidetta fa riferimento alla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", espressione che chiaramente allude ad un'impossibilità di dare in affidamento preadottivo un minore che si trovi in accertato "stato di abbandono", realizzandosi così un'impossibilità "di fatto" dell'affidamento stesso.

Per dirla con un'autorevole dottrina, è il caso di quei "minori che, pur avendo i requisiti per l'adozione piena, non abbiano potuto beneficiarne" (4) per le ragioni più diverse.

Ipotesi completamente diversa da questa ovviamente è quella del minore che, non avendo i requisiti propri dell'adottabilità, non può essere dato in affidamento preadottivo, realizzandosi in tal caso un'impossibilità "di diritto" di quest'ultimo.

Il Tribunale dei minori ha superato l'obiezione del P.M. minorile, facendo riferimento ad un orientamento giurisprudenziale che ha trovato un certo seguito fra i giudici di merito (5), secondo il quale "l'impossibilità di affida-

(3) "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7:

a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre;

b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;

c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992 n. 104, e sia orfano di padre e di madre;

d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo".

(4) CATTANEO, *Adozione*, in *Digesto discipline privatistiche, Sezione civile*, Torino, 1987, I, 117.

(5) App. Firenze, sez. min., 4 ottobre 2012 n. 1274; Trib. Minorenni Milano 28 marzo 2007 n. 626. *Contra*: Trib. Minorenni Roma 22 dicembre 1992, in *Giur. merito*, 1993, 924, con nota di MANERA.

mento preadottivo può essere una impossibilità non solo di fatto, che consente di realizzare l'interesse preminente di minori in stato di abbandono ma non collocabili in affidamento preadottivo, ma anche una impossibilità di diritto, che permette di tutelare l'interesse di minori (anche non in stato di abbandono) al riconoscimento giuridico di rapporti di genitorialità più compiuti e completi".

Secondo il Tribunale, "tale interpretazione è pienamente conforme alla lettera legis, che prevede come unica condizione per l'adozione di cui all'art. 44, co. 1, lett. d) l'impossibilità dell'affidamento preadottivo e non l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo di un minore in stato di abbandono. Essa ha, altresì, consentito di realizzare l'interesse superiore del minore in linea con la ratio legis, che una interpretazione più restrittiva avrebbe, invece, seriamente limitato".

Questa interpretazione, tuttavia, contraddice tanto la lettera, quanto la ratio della legge.

Relativamente alla prima, è semplice obiettare che "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" significa "accertata impossibilità" dell'affidamento: la disposizione, quindi, presuppone un "accertamento" che, in quanto tale, non può che essere quello giudiziale (6).

Ma se l'oggetto di questo accertamento giudiziale è l'"impossibilità dell'affidamento preadottivo", questo non può che riguardare l'impossibilità di affidare un minore che già si trovi in stato di abbandono: sarebbe, infatti, privo di senso e di qualsiasi finalità pratica accertare che un minore non si trova in "stato di abbandono" e che per questo motivo non può essere dato in affidamento (7).

(6) Anche se, giova sottolinearlo, tale accertamento non deve necessariamente preesistere al procedimento giudiziale relativo all'adozione, ben potendo lo stato di adottabilità essere pronunciato anche dal giudice di quest'ultimo: Trib. Minorenni Catanzaro 21 settembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 10, 2072; Trib. Minorenni Perugia 22 luglio 1997, in *Giur. merito*, 2000, 565.

(7) Come ha puntualmente rilevato la dottrina: "In realtà, una simile interpretazione dell'art. 44, co. 1, lett. d), cit. è palesemente *contra legem*. E tale è, infatti, considerata dalla dottrina prevalente e dalla stessa giurisprudenza. È del tutto evidente, del resto, quale sia la funzione della norma in questione: evitare la c.d. "istituzionalizzazione" di un minore abbandonato e garantirgli, comunque, un rapporto genitoriale, per quanto limitato sotto diversi profili, anche laddove non si riesca a conseguire il risultato di un'adozione "piena". Neppure attraverso l'art. 44, co. 1, lett. d), cit. è dunque, possibile, nell'ordinamento italiano, trasformare in rapporto giuridico di filiazione il legame che esiste di fatto tra un minore e il convivente same sex del genitore biologico" (BILOTTI, *op. cit.*; ROSSI CARLEO, *La famiglia*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, I, II, Milano, 2009, 493; AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, 399; BIANCA, *Diritto di famiglia, Diritto civile 2.1*, La famiglia, Milano, 2014, 458; DOGLIOTTI, *Codice dei minori*, Torino, 2009, 504; MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2014, 305; *contra*: LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 117; WINKLER, *Genitori non si nasce: una*

Ancor meno convince l'assunto per cui tale interpretazione non contraddirebbe la *ratio* della norma perché tale da realizzare il superiore interesse del minore.

Applicando questo sillogismo, infatti, si finirebbe per privare di qualsiasi significato la casistica dettata dal legislatore per l'"adozione dei minori in casi particolari": qualunque minore, invero, ancorché non venga a trovarsi in stato di abbandono, potrebbe essere adottato ai sensi dell'art. 44, esito interpretativo, questo, che appare francamente paradossale.

3. Un'altra questione rilevante ai fini della decisione adottata, e di non poco impegno sul piano interpretativo, era rappresentata dal fatto che il disposto della lettera *b*) dell'art. 44 prevede espressamente il caso del minore "che sia figlio" di uno dei due coniugi, consentendone l'adozione all'altro.

La legge ha, dunque, specificamente disciplinato il caso del minore che abbia un genitore, consentendone l'adozione solo al coniuge di quest'ultimo.

La previsione della lettera *b*) sottintende che deve trattarsi di un minore accudito da un genitore in grado di corrispondere adeguatamente ai suoi bisogni, perché, se così non fosse, ricorrerebbero, piuttosto, i presupposti di un'adozione legittimante, in quanto questi verrebbe a trovarsi "in stato di abbandono".

Tale constatazione, secondo il Tribunale, non sarebbe, tuttavia, ostativa all'adozione del minore che sia figlio non già del coniuge, bensì del mero convivente dell'adottante.

L'inesistenza di un rapporto di coniugio fra il genitore del minore e l'adottante renderebbe, invero, inapplicabile la sola previsione della lettera *b*) dell'art. 44, ma non osterebbe, invece, ad applicare quella della lettera *d*) in considerazione del "preminente interesse del minore" ed anche perché "se il legislatore avesse voluto estendere tale presupposto anche all'art. 44, co. 1, lett. *d*), lo avrebbe fatto espressamente" (8).

Si noti che, in questa prospettiva, la *quaestio juris* affrontata dalla sentenza in esame prescinde totalmente dalla problematica legata all'orientamento sessuale dell'adottante ed alla natura omosessuale del rapporto di stabile convivenza esistente fra questi ed il genitore dell'adottando (e ciò a dispetto dell'interesse pressoché esclusivo che la motivazione della sentenza riserva a questo aspetto) (9).

sentenza del Tribunale dei minorenni di Roma in materia di second-parent adoption all'interno di una realtà omogenitoriale, in *Giust. Civ.*, 13 novembre 2014, 10; COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato del diritto di famiglia* diretto da Zatti, II, Filiazione, Milano, 2012, 201).

(8) Condivide tale orientamento LONG, *op. loc. ult. cit.*

(9) Come correttamente rilevato da CARRARO e PONZANI, *op. cit.*, 1554, laddove viene lamentato "un "errore" metodologico dell'impostazione della questione giuridica da

Essa, infatti, riguarda unicamente e genericamente la possibilità di estendere al convivente, in virtù della lettera *d*) dell'art. 44, l'*adoptandi facultas* che il disposto della lettera *b*) attribuisce al coniuge: nulla di più e di diverso da questo.

Fatta questa precisazione, a ben guardare, le argomentazioni addotte dal Tribunale a sostegno della tesi prospettata si riducono ad un uso improprio dell'"interesse preminente del minore" come canone ermeneutico preordinato a scardinare la casistica prevista dal legislatore per l'adozione "semplice".

Infatti, un corretto percorso interpretativo dell'art. 44 non può portare che ad un risultato ben diverso rispetto a quello cui sono pervenuti i giudici minorili romani.

Sul piano letterale, come già detto, la formulazione della norma è tale da escludere di per sé stessa un'interpretazione della lettera *d*) volta a consentire l'adozione anche al convivente del genitore dell'adottando: il fatto che questi abbia un genitore e non si trovi in "stato di abbandono", infatti, è di per sé tale da impedire la "constatazione" dell'impossibilità di un suo affidamento preadottivo e, dunque, da vanificare il presupposto previsto dalla disposizione in esame.

Sul piano dell'interpretazione sistematica, occorre inoltre rammentare che il nostro Paese ha ratificato, con legge n. 357/1974, la Convenzione di Strasburgo in materia di adozione firmata il 24 aprile 1967, il cui art. 6 consente agli Stati contraenti la facoltà di permettere l'adozione tanto a "*due persone unite in matrimonio*", quanto "*da parte di un solo adottante*".

Come ha riconosciuto la Corte Costituzionale (10), tale disposizione della Convenzione di Strasburgo non è "*autoapplicativa*", nel senso che non si applica "*direttamente nei rapporti intersoggettivi privati*", ma necessita dell'"*interposizione di una legge interna che determini i presupposti di ammissione e gli effetti dell'adozione di una persona singola*".

Né la Convenzione ha imposto agli Stati contraenti l'obbligo di consentire in ogni caso l'adozione alle "persone singole", ma ha attribuito loro una facoltà, di cui il legislatore italiano si è avvalso, come osserva la Corte Costituzionale, "*entro limiti ristretti, ammettendo l'adozione dei singoli solo in speciali circostanze (art. 25, commi quarto e quinto (11)) o "in casi particolari" (art. 44) (12)*".

risolvere" perché "*l'assenza di una limitazione, esplicita o implicita, relativa all'orientamento sessuale dell'adottante o alla eventuale convivenza omosessuale con il genitore dell'adottando, ai fini dell'adozione particolare*" valorizzata dalla sentenza di cui si discute "*risulta assolutamente irrilevante con riferimento alla questione di cui si tratta*".

(10) Corte cost. 16 maggio 1994 n. 183, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1994, I, 605, con nota di CRISTIANI. Si tratta della decisione della Consulta sul noto "caso Di Lazzaro".

(11) Si tratta del caso in cui "*uno dei coniugi muore o diviene incapace durante l'affidamento preadottivo*", ovvero "*nel corso dell'affidamento preadottivo interviene separazione tra i coniugi affidatari*".

(12) Al riguardo, in dottrina si vedano: GUGLIELMI, *Adozione del "single": rapporti fra norme comunitarie e legislazione statale*, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 2110; LENTI,

Quindi, sul piano strutturale, il sistema adozionale italiano prevede l'adozione della coppia genitoriale come la regola e quella del singolo come l'eccezione (13), sicché le disposizioni di cui all'art. 44 paiono dettare altrettante norme eccezionali, insuscettibili di interpretazione estensiva (14).

Per di più, sempre sul piano dell'interpretazione sistematica, è chiaro che, nel caso si interpretasse il disposto della lettera *d*) in modo tale da consentire

L'adozione da parte di persone singole: la legge n. 184 e la Convenzione europea di Strasburgo, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, 233; PIETRANGELI, *L'adozione del singolo, la Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967 e la legislazione vigente: critica ad una recente sentenza della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 1996, I, 628. Anche la recentissima ordinanza del Trib. min. Bologna 10 novembre 2014 n. 4701, cit., che ha sollevato q.l.c. degli artt. 35 e 36 della legge n. 1983/184 (laddove non consentono di pronunciare il riconoscimento della sentenza straniera che abbia disposto l'adozione di un minore nei confronti del *partner same-sex* del suo genitore) anche sul presupposto che l'art. 44 debba interpretarsi in modo tale da non essere "certamente applicabile agli omosessuali per difetto del requisito del rapporto di coniugio tra genitore naturale ed adottante" e da non consentire, quindi, alle "persone singole" neppure l'adozione semplice.

(13) CARRARO e PUNZANI, *op. cit.*, 1554.

(14) In tal senso si è recentemente espressa la Suprema Corte: Cass. 27 settembre 2013 n. 22292, in *Guida al diritto*, 2013, 46, 34. *Contra*: Cass. 21 luglio 1995 n. 7950, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 697, con nota GABRIELLI. Com'è noto, il dibattito sulla natura delle norme eccezionali (anche in rapporto a quella delle norme speciali) e sull'ammissibilità della loro interpretazione estensiva è a tutt'oggi ben lontano dall'esser sopito. Quanto alla prima, tuttavia, pare ancora d'attualità quanto scriveva ROLANDO QUADRI (*Applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, 307): "Il carattere che positivamente distingue il diritto speciale dal diritto eccezionale è proprio di essere il primo una entità, considerata nella sua obbiettivizzazione, "razionale" e come tale suscettibile di espansione logica, funzionale, di essere invece il secondo, obbiettivamente considerato (a prescindere dei motivi che ne determinarono l'emanazione), una entità "non razionale" risolvendosi in una mera descrizione o rappresentazione di situazioni determinate, rappresentazione che è, per sua natura, specifica, particolare, puntuale. In questo senso depongono certamente i testi romani, la cui tematica è quella di escludere ogni sviluppo logico: "quod contra rationem juris introductum est, non est deducendum ad consequentias". Alla luce di questa prospettazione non possono nutrirsi dubbi sul fatto che le ipotesi di "adozione semplice" previsti dall'art. 44, per la loro natura "puntuale" (vorremmo dire spiccatamente "casistica" ed eterogenea), non si presentano affatto come un'entità "razionale" (dotata di unità interna, connotata da sistematicità e suscettibile di espansione logica), ragion per cui paiono rappresentare un caso esemplare di norma eccezionale. Quanto, invece, alla possibilità di un'interpretazione estensiva delle norme eccezionali, la giurisprudenza della Suprema Corte, dopo più di qualche incertezza, pare essersi consolidata in senso negativo (Cass. 12 settembre 2013 n. 20905, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 628284; Cass. 22 marzo 2013 n. 7294, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 625930; Cass. 14 marzo 2013 n. 6572, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. 16 ottobre 2012 n. 17764, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 10, 1219).

l'adozione anche al convivente, si priverebbe di qualsiasi significato quello del disposto della lettera *b*), laddove la permette solo a chi sia coniuge del genitore dell'adottando, per la semplice ragione che questi potrebbe egualmente accedere all'adozione invocando il mero fatto della convivenza sulla base, per l'appunto, di quanto previsto dalla lettera *d*) in tal modo interpretata.

Questa constatazione dovrebbe reputarsi anch'essa sufficiente a respingere un'interpretazione che si pone in contrasto con l'elementare criterio ermeneutico per cui tra più interpretazioni possibili deve preferirsi quella che attribuisce ad una disposizione un qualche significato rispetto a quella che ne annulli totalmente la valenza precettiva (15).

Inoltre, una lettura attenta dei "casi particolari" previsti dall'art. 44, anche in rapporto con quelli che sono i presupposti dell'"adozione legittimante", che costituisce indubbiamente l'istituto privilegiato dal legislatore, porta a formulare una duplice constatazione.

La prima, veramente elementare, è che l'art. 44 disciplina, in realtà, alcune ipotesi residuali di adozione, rispetto alla fattispecie regolamentata dall'adozione legittimante, il che conferma la sua natura di norma eccezionale, come tale "di stretta interpretazione": non a caso, essa detta una casistica molto limitata e molto specifica.

Appare, pertanto, a maggior ragione contraddittoria con tale natura della norma un'interpretazione a tal punto estensiva di uno dei casi da essa previsti da produrre l'effetto non già di ampliarne la sfera applicativa in quel caso, ma addirittura di disgregare l'intera casistica prevista dal legislatore, vanificandola del tutto (16).

La seconda constatazione riguarda il fatto per cui i casi previsti dalle lettere *a*) e *c*) fanno riferimento ad una situazione in cui il minore è privo di entrambi i genitori, mentre quello di cui alla lettera *b*) è l'unico nel quale, invece, viene disciplinata la situazione del minore che abbia un solo genitore in vita e, come ho detto, un genitore che si occupi adeguatamente di lui.

Si tratta, dunque, di un caso, se possibile, ancor più eccezionale, in quanto l'adozione viene consentita in assenza dello stato di abbandono del minore.

Ora, con riguardo a questa specifica fattispecie, il legislatore ha previsto che possa farsi luogo all'adozione "semplice" in una sola ipotesi, e cioè quella in cui il genitore sia coniugato, stabilendo che, in tal caso, l'adozione sia consentita ad una sola persona, vale a dire al coniuge (17).

(15) In proposito si veda: ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, Padova, 2013, II, 484.

(16) In tal senso: BILOTTI, *op. cit.* Sostiene, invece, l'insussistenza della tassatività dei casi previsti dall'art. 44, LONG, *op. loc. ult. cit.*

(17) L'effetto sostanzialmente abrogativo che l'interpretazione accolta dai Giudici minorili romani esplica sul disposto normativo dell'art. 44, lettera *b*) è sottolineata da CIPRIANI, *op. cit.*, 179.

L'eccezionalità di tale situazione rende, quindi, vieppiù evidente l'impossibilità di qualsiasi forma di interpretazione estensiva, essendo chiarissima l'intenzione del legislatore di conferire uno *jus singulare* proprio ed esclusivamente ad una determinata categoria di persone, quella dei coniugi del genitore dell'adottando, e non ad altre persone che a quella categoria non appartengano.

La natura stessa della norma porta, quindi, necessariamente a rovesciare l'affermazione dei giudici minorili romani, con riguardo al fatto che, se il legislatore avesse inteso estendere anche al convivente la facoltà di adottare, lo avrebbe esplicitamente previsto nella sede propria in cui ha disciplinato questa specifica fattispecie, vale a dire quella della lettera *b*) dell'art. 44 (18).

In altre parole, la regola interpretativa sintetizzata dal brocardo "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", con riguardo alla situazione del minore che abbia un genitore in vita, va correttamente applicata alla norma diretta a disciplinare questa specifica fattispecie, e cioè a quella dettata dalla lettera *b*) dell'art. 44, e non di certo a quell'altra dettata dalla lettera *d*), che con tale fattispecie non ha alcuna attinenza.

La conferma dell'erroneità del procedimento logico seguito dalla sentenza capitolina a questo proposito è dimostrata dal fatto che, laddove questa sostiene di voler circoscrivere il significato normativo della lettera *d*) a quanto testualmente da essa affermato, in realtà ne trae un'interpretazione estensiva che va ben al di là di quanto si ricava dal suo tenore letterale.

Ma la conclusione per cui il diritto positivo non consente di ammettere all'adozione il convivente del genitore dell'adottando, trova una conferma decisiva in un'altra disposizione, vale a dire nel terzo comma dell'art. 44, secondo il quale: "*Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato*".

L'unico dei quattro casi disciplinati dal primo comma dell'art. 44 per il quale questa norma esclude l'adozione del singolo è, quindi, proprio quello di cui alla lettera *b*).

Combinando questa esplicita esclusione del singolo col fatto che quest'ultima ipotesi ammette all'adozione il solo coniuge del genitore dell'adottando, si ha la prova decisiva di una chiara ed inequivoca volontà del legislatore di non consentire l'adozione del convivente, come tale insuperabile mediante una interpretazione estensiva della lettera *d*).

Il Tribunale minorile di Roma ha ignorato questo aspetto, così come ha ignorato l'importante, e recentissimo, precedente costituito dalla sentenza n.

(18) Come osserva CIPRIANI, *op. cit.*, 179: "È altresì evidente che, nel porre la regola, il legislatore ha anche implicitamente individuato il limite della sua operatività, escludendola per le altre ipotesi nella quali mancasse il requisito del vincolo coniugale tra l'aspirante adottante e il genitore dell'adottando".

22292/2013 della Cassazione civile (19), pronunciato in tema di adozione ex art. 44, con specifico riguardo al caso previsto dalla lettera d).

Nella motivazione di tale pronuncia, fra l'altro, testualmente si legge: "... deve condividersi, infatti, l'opinione secondo cui la norma contenuta nell'art. 44 individua delle ipotesi tassative e di stretta interpretazione, le uniche, quindi, che possano legittimare la proposizione di una richiesta di adozione in casi particolari. Cosicché è contrario alla ratio legis dell'art. 44 dilatare la nozione di "impossibilità di affidamento pre-adoattivo" ricomprendendovi non solo l'ipotesi del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante, ma anche l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, in quanto criterio guida di tutta la normativa sull'adozione. La valutazione dell'interesse del minore non è affatto esclusa da una interpretazione coerente alla volontà del legislatore di configurare un istituto specifico e destinato ad operare solo in casi particolari, ma trova la sede propria di valutazione nel giudizio relativo allo stato di adottabilità e nel procedimento di adozione. Ne deriva che l'ipotesi dell'adozione per impossibilità di affidamento pre-adoattivo rappresenta un'ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante..."

Da questo presupposto la Suprema Corte aveva tratto la condivisibile conclusione per cui "... la scelta del legislatore è nel senso di privilegiare l'adozione legittimante e di configurare come ipotesi residuale o subordinata l'adozione in casi particolari, nei quali, peraltro, non si può considerare compreso quello in esame, se non a costo di vanificare completamente, in nome della ricerca del superiore interesse del minore, la tipicità dei presupposti legittimanti la domanda di adozione ex art. 44".

Pertanto, la Cassazione aveva già bocciato l'interpretazione estensiva dell'art. 44 sulla quale il giudice minorile romano ha fondato la propria decisione, proprio sul presupposto della sua natura di norma eccezionale e, dunque, di stretta interpretazione, della tassatività dei casi da essa previsti e della correlata tipicità dei presupposti che essa prevede. Nessun riferimento a questi argomenti, francamente ineccepibili, e, tanto meno, una loro confutazione, si legge nella sentenza romana, nonostante essi siano chiaramente dirimenti ai fini della questione dibattuta.

Se, infatti, il mero convivente del genitore dell'adottando non può accedere all'"adozione in casi particolari" disciplinata dall'art. 44, diviene superfluo discutere in merito alla possibilità di ammettere l'adozione del figlio del partner di una coppia omosessuale da parte del suo convivente.

Il nostro discorso sulla tematica dibattuta potrebbe fermarsi qui, limitandosi a constatare questo dato di fatto, che appare incontestabile alla stregua del diritto positivo.

4. È, invece, opportuno proseguire nella disamina della sentenza del

(19) Si tratta di Cass. n. 22292/2013 già citata.

Tribunale per i minorenni romano per cogliere quelle che sono state, in realtà, le motivazioni più profonde della sua *ratio decidendi* e per commentare alcuni argomenti che si prestano a più di qualche equivoco.

Relativamente al primo aspetto, per quanto la sentenza richiami ripetutamente il principio giuridico della "preminenza dell'interesse del minore", la netta sensazione che il lettore ricava è che, in realtà, essa si sia preoccupata dei diritti o delle aspettative degli adulti ben più che degli interessi dei minori (20).

Infatti, la sentenza, dopo aver concluso che l'art. 44, comma primo, lettera d) consente di disporre l'adozione a favore del convivente, disserta ampiamente sul fatto che tale conclusione "*non può non applicarsi anche a conviventi del medesimo sesso*", i quali non possono essere discriminati a motivo di tale circostanza ed ai quali deve essere riconosciuto il diritto a realizzare "*il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati*", quale completamento del loro "*diritto alla vita familiare*" (21).

Tali diritti, secondo i giudici minorili romani, sarebbero radicati negli artt. 2 e 3 della Costituzione e negli artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU).

Pare persino superfluo osservare come i medesimi diritti, se anche fossero realmente predicabili nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, non avrebbero alcuna attinenza col "preminente interesse del minore" che la normativa sull'adozione è diretta a tutelare.

È proprio per questo motivo, che, molto probabilmente, i giudici minorili si sono poi premurati di formulare quello che, ai fini di quest'ultimo, diviene un assunto "cardine" della motivazione della sentenza, sostenendo che "*non*

(20) "Dall'impostazione della questione, così come operata in premessa dal Tribunale, si trae l'impressione che il riferimento all'orientamento sessuale dell'adottante nei casi di adozione particolare sia il frutto non tanto di un banale errore metodologico, quanto, piuttosto, di una scelta, più o meno consapevole, di voler porre al centro dell'attenzione la coppia omosessuale in luogo della persona del minore" (CARRARO e PONZANI, *op. cit.*, 1555). Nello stesso senso si veda RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2015, 587: "Il provvedimento sposa, invece, singolarmente una prospettiva adultocentrica molto concentrata su un preteso diritto della coppia omosessuale alla genitorialità adottiva — che non sussiste, invero, nemmeno per la coppia eterosessuale —, sicché il provvedimento finisce per spendere poche righe piuttosto superficiali sull'interesse della persona di età minore adottanda".

(21) In proposito, la dottrina ha criticamente osservato come la motivazione della sentenza denoti l'intento di tutelare non tanto l'esigenza "*del minore ad avere una famiglia, quanto quella della coppia omosessuale ad essere considerata una famiglia, mediante la strumentalizzazione di un rapporto di filiazione quale tipico rapporto di tipo familiare*" (CARRARA e PONZANI, *op. cit.*, 1562). "Ed è questo un ulteriore elemento della sentenza che desta perplessità: il sistema giuridico, permeato dall'interesse del minore, non considera l'istituto adottivo nella prospettiva del diritto degli adulti alla genitorialità, del loro c.d. diritto ad adottare" (RUO, *op. cit.*, 589).

può presumersi che l'interesse del minore non possa realizzarsi nell'ambito di un nucleo familiare costituito da una coppia di soggetti del medesimo sesso". A questo proposito, essi citano un precedente della Cassazione civile (22) per cui, con riferimento a tali ipotesi, una prognosi sfavorevole in merito all'"equilibrato sviluppo del bambino" non sarebbe fondata su "certezze scientifiche o dati di esperienza", ma concretizzerebbe un "mero pregiudizio".

In questa presa di posizione evidentemente vi sono due aspetti: uno giuridico ed uno che travalica i limiti del diritto e riguarda piuttosto la psichiatria e la sociologia.

Per quel che concerne il primo, non sembra inutile ricordare quale sia il reale significato da attribuirsi a quella "preminenza" dell'interesse del minore che il giudice dell'adozione è preposto a tutelare.

Se ci si pone nella prospettiva dell'adottando (e cioè in quella della persona prioritariamente tutelata dalla legge), occorre riconoscere che questi ha diritto di essere affidato ad un ambiente familiare che possa assicurargli le migliori opportunità di sviluppare la propria personalità e, quindi, di completare la sua maturazione personale nel migliore dei modi (23).

Fine precipuo del giudizio di adozione è, dunque, quello di assicurare il *best interest* del minore, poiché questo indubbiamente è il diritto che deve essere tutelato, anche a discapito di quelli degli adulti che siano coinvolti nella sua vicenda umana, quando ciò si renda necessario (24).

In proposito, le Sezioni Unite hanno, invero, sottolineato che la preminenza dell'interesse del minore, sancita anche dagli artt. 3 e 20 della Convenzione di New York (ratificata con legge n. 176/1991) (25), non solo rappre-

(22) "Non ci si può opporre all'affidamento ed alla stabile, duratura permanenza di un minore presso una coppia omofila e convivente (coppia composta da due donne), situazione, questa, priva in sé d'ogni pericolo, a meno che non venga data prova certa che, in una determinata fattispecie, all'omosessualità della coppia si aggiungono seri e sicuri fatti e circostanze costituenti un reale, concreto pericolo per un sano e normale sviluppo psicofisico, morale ed educativo del minore" (Cass. 11 gennaio 2013 n. 601, in questa *Rivista*, 2013, 2, 515).

(23) Com'è assolutamente inderogabile ai fini adozionali: "il perno attorno al quale l'intero sistema ruota, rimane sempre l'interesse preminente del minore... che assume i caratteri di un vero e proprio diritto soggettivo del minore ad un ambiente familiare idoneo a garantirne la crescita e lo sviluppo" (BUSACCA, *L'adozione internazionale dei singles, alcune riflessioni intorno all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 85 del 2003*, in questa *Rivista*, 2004, 2, 611).

(24) Ed infatti, la legge n. 184/1983, che disciplina l'adozione nel nostro Paese, è significativamente rubricata "diritto del minore ad una famiglia".

(25) Il medesimo principio è sancito pure dall'art. 1 della Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione firmata a L'Aja il 29 maggio 1993 e ratificata con legge 31 dicembre 1998, n. 476 e dalla Convenzione europea sull'adozione dei minorenni data a Strasburgo il 27 novembre 2008 (non ancora ratificata dall'Italia).

senta "il criterio guida cui deve uniformarsi ogni percorso decisionale relativo ai minori", ma determina anche "sul piano logico e su quello giuridico, la sovraordinazione di tale interesse rispetto a tutti quelli astrattamente confliggenti con esso, ivi compresi quelli fondati sui desideri degli adottanti, recessivi rispetto al primo" (26).

Pertanto, dovrebbe essere ben chiaro a tutti che "il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati", il "diritto alla vita familiare" ed altre simili aspettative degli adulti, quand'anche siano tutelate dalla legge, sono del tutto secondarie e recessive rispetto all'interesse del minore, la cui scrupolosa protezione è affidata al giudice dell'adozione (27).

Se si tiene fermo questo presupposto, risulta evidente che il sillogismo formulato dai giudici capitolini, in realtà, produce l'effetto di invertire la regola probatoria preordinata al giudizio sulla rispondenza dell'adozione all'interesse tutelato dalla legge.

Anziché ritenere necessaria la prova che l'ambiente familiare offerto dall'adottante presenti le migliori condizioni per lo sviluppo della personalità dell'adottando, il Tribunale lo ha ritenuto tale sul presupposto per cui non potrebbe presumersi che così non fosse.

Ovviamente, sul piano dell'argomentazione giuridica, la mancanza di una prova certa in ordine alla possibile avversità di una determinata situazione non integra affatto la prova della sua effettiva positività.

Presumere l'adeguatezza di un determinato "ambiente familiare" sino a prova contraria, così come ha fatto la sentenza pronunciata dai giudici capitolini, produce un'indebita inversione della regola di giudizio propria del procedimento di adozione, per cui risulta palese l'erroneità dell'argomento addotto per dimostrare che l'adozione omoparentale, in linea di principio, sarebbe da ritenersi rispondente all'"interesse preminente del minore", così come dianzi delineato.

Tale conclusione è davvero inevitabile ove si consideri che, nella specifica materia, l'art. 8, comma primo della Convenzione di Strasburgo prevede espressamente che "l'autorità competente non deciderà un'adozione se non ha acquisito certezza che l'adozione avvenga nell'interesse del minore".

Tale disposizione, ignorata dal Tribunale minorile capitolino ai fini di forgiare la *regula juris* da applicare al caso giudicato, in realtà prescrive al giudice dell'adozione di acquisire prova certa al riguardo, escludendo il ricorso a qualsiasi surrogato, e tanto più vietando quell'inversione dell'onere probatorio che, invece, esso ha di fatto impiegato ai fini della decisione assunta.

(26) Cass. Sez. un. 1 giugno 2010 n. 13332, in *Foro it.*, 2011, 6, 1862, con nota di IANNIRUBERTO.

(27) Di fronte all'esigenza di tutelare il diritto del minore al "miglior suo sviluppo... tutti i diritti degli altri soggetti pubblici — persino quelli punitivi dello Stato — e privati cedono e debbono cedere" (RUO, *op. cit.*, 585).

5. L'incoerenza della regola probatoria concretamente adottata dalla sentenza di cui si discute rispetto a quella che si sarebbe dovuta applicare al caso concreto, sarebbe, ancora una volta, sufficiente a dimostrare l'erroneità della soluzione adottata.

Ma anche a questo proposito non pare inutile proseguire l'approfondimento, collocando la riflessione in un orizzonte giuridico più vasto, per cercare di comprendere in modo più pieno la cautela che la problematica dell'adozione impone a chi se ne occupa.

In proposito, infatti, vien quasi naturale far riferimento all'amplessima diffusione che sta avendo nell'ambiente giuridico europeo il cosiddetto "principio di precauzione" introdotto dall'art. 191 del Trattato di Lisbona (28), che gli ha assegnato un ruolo dominante in materia di salute, di ambiente, di sicurezza pubblica.

In sintesi, si tratta di una *regula juris* che impone alle pubbliche autorità comportamenti prudenziali ogniqualvolta sussista un "rischio potenziale", pur in assenza "di evidenze scientifiche consolidate" (29), in quanto l'esigenza di tutela degli interessi pubblici coinvolti "diventa imperativa già in presenza di rischi solo possibili, ma non ancora scientificamente accertati" (30). Insomma, quando sono coinvolti valori così importanti per la collettività, laddove non vi sia certezza sull'innocuità di una determinata azione, per carenza di conoscenze scientifiche consolidate, il principio in esame precauzionalmente prescrive di astenersi da quell'azione (31).

Ciò detto, poiché la valutazione del "preminente interesse del minore" da compiersi nel giudizio di adozione consiste nella valutazione delle condizioni che l'ambiente familiare dell'adottante può offrirgli, non vi è dubbio che queste implichino, altresì, un giudizio sull'incidenza che queste, in prospettiva futura, sono suscettibili di avere sulla sua salute psichica, quale aspetto fondamentale dello sviluppo della sua personalità.

Ed è sotto questo punto di vista che indubbiamente il principio di precauzione impone di astenersi da decisioni che non siano giustificabili sulla

(28) "Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea" firmato il 13 dicembre 2007 e ratificato con legge 2 agosto 2008 n. 130.

(29) Cons. Stato 4 marzo 2013 n. 1281, in *Foro Amm.*, *CDS*, 2013, 3, 648.

(30) T.A.R. Campania Napoli 2 dicembre 2013 n. 5469, *Rep. Foro Amm.*, *TAR*, 2013, 12.

(31) Si noti come il "principio di precauzione" si distingua da quello di "prevenzione" (che impone di verificare preventivamente che una determinata azione non danneggi l'uomo o l'ambiente), anch'esso caratteristico del diritto comunitario, proprio perché consiste in una "tutela anticipata", diretta a prevenire rischi solo "possibili", ancorché non scientificamente accertati, ma nemmeno dimostratamente esclusi (in proposito si veda, *ex multis*: T.A.R. Toscana Firenze 8 ottobre 2013 n. 1350, in *Foro Amm.* *TAR*, 2013, 10, 3042).

base di un giudizio prognostico di comprovata certezza (com'è imposto, del resto, anche dai già citati artt. 3 e 20 della Convenzione di New York), in modo da non esporre il minore ad ogni possibile rischio di cui non sia stata scientificamente esclusa la ricorrenza.

Del resto, se così non fosse, sarebbe davvero difficile comprendere il motivo per cui un ordinamento che applica con tanta cura un così severo principio precauzionale a materie importanti come quelle citate, dovrebbe omettere, invece, di farlo in una materia, se possibile, ancor più delicata, come quella dei diritti fondamentali dei minori, tanto più con riguardo ad istituti, come quello dell'adozione, in cui costoro rivestono la posizione di soggetti "deboli", e perciò specificamente tutelati dalla legge.

Peraltro, a questo proposito non pare inutile rilevare come sia ormai opinione condivisa che quello di "precauzione" rappresenta un principio generale del diritto comunitario di immediata applicazione negli ordinamenti nazionali (32) e di una valenza pervasiva tale da determinarne l'espansione applicativa anche a materie diverse rispetto a quelle previste dal Trattato (33) (si pensi solo all'applicazione che la nostra giurisprudenza nazionale ne ha fatto nel diritto civile, ad esempio in tema di contratto di vendita (34), di responsabilità professionale del notaio (35), di responsabilità medica (36)).

Anche l'osservanza di tale principio, oltre che di quelli propri della materia adozionale, pertanto avrebbe imposto una cautela ben diversa rispetto a quella che la sentenza del Tribunale minorile di Roma ha dimostrato, limitandosi a sostenere che, non potendosi presumere l'"impossibilità di realizzare" l'interesse del minore in "un contesto familiare omosessuale", tale interesse debba *ipso jure* ritenersi soddisfatto.

6. Queste considerazioni rafforzano il convincimento che la decisione del Tribunale minorile, nella sostanza, abbia finito per far divenire preminente l'interesse dell'adottante, a scapito di quello del minore (37).

Tenendo presente quest'ultimo, invece, occorre partire da un dato di fatto

(32) T.A.R. Puglia Lecce 14 febbraio 2013 n. 312, in *Foro Amm. TAR*, 2013, 2, 667; Comitato Nazionale di Bioetica, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, 18 giugno 2004.

(33) In dottrina non sono mancati studi, specialmente in materia di responsabilità civile, che hanno affrontato l'argomento in modo sistematico, specie in materia di responsabilità civile: PARDOLESI, *Il principio di precauzione a confronto con lo strumentario dell'analisi economica del diritto*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006; IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004.

(34) Cass. 10 luglio 2014 n. 15824, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

(35) Cass. 27 novembre 2012 n. 20995, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 11, 1339.

(36) Trib. Roma, sez. XII, 28 febbraio 2004, in *Iusexplorer*.

(37) CARRARO e PONZANI, *op. cit.*, 1564.

indiscutibile, e dunque da un'evidenza scientifica che, come tutti i fatti di natura, non è priva di significato, per cui solo un uomo e una donna possano generare un figlio e, dunque, questo è l'"ambiente sociale proprio" in cui l'uomo nasce e si sviluppa: ciascuno di noi è nato e, salvo dolorose eccezioni, è cresciuto in un "nucleo familiare" di questo genere.

È, quindi, indiscutibile che tale nucleo familiare sia naturalmente idoneo ad accogliere ed a crescere un figlio: su questa evidenza non possono esservi incertezze o discussioni.

Il nostro legislatore lo ha esplicitamente riconosciuto nella legge fondamentale.

La Corte Costituzionale lo ha ripetutamente affermato, anche di recente, ribadendo che "la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi devono essere persone di sesso diverso (sentenza n. 138 del 2010)" (38).

Dal che deriva che la famiglia tutelata dall'art. 29 della Costituzione è solo ed esclusivamente la "società naturale fondata sul matrimonio" fra uomo e donna (39).

Questa scelta costituzionale si riflette innegabilmente anche sulla normativa in materia di adozione, poiché è proprio quello della famiglia "costituzionalmente intesa" che il legislatore ha voluto privilegiare ai fini adozionali.

Lo stesso criterio dell'"imitatio naturae" non può essere ridotto ad una mera mimesi dell'istituto matrimoniale, per decretarne il superamento in virtù dei mutamenti del costume sociale, come ha fatto la sentenza in discussione, ma va correttamente inteso con riferimento alla necessaria compresenza di entrambe le figure genitoriali nel modello tipico della famiglia adottiva ed indubbiamente rimane un principio guida della nostra normativa in materia di adozione, come ha sottolineato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 198/1986 (40).

Anzi, sotto questo profilo vien da chiedersi se, come si parla del "desiderio di avere dei figli" per ipotizzare il diritto dell'adulto all'adozione, non si debba pensare ad un diritto del minore ad avere un padre ed una madre, diritto che indubbiamente sarebbe sovraordinato ad ogni altro (41).

(38) Corte cost. 11 giugno 2014 n. 170, in *Giur. Cost.*, 2014, 3, 2694.

(39) Com'è stato recentissimamente ribadito pure dalla Corte di Cassazione, con riguardo al caso dell'istanza di trascrizione di un matrimonio contratto all'estero da una coppia dello stesso sesso, sostenendo che "nel nostro sistema giuridico di diritto positivo il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale" (Cass., Sez. I, 9 febbraio 2015 n. 2400, in *Dir. e giust.*, 2015, 9 febbraio, con nota di LEVOLELLA).

(40) Corte cost. 18 luglio 1986 n. 198, in *Giur. cost.*, 1986, I, fasc. 8.

(41) La già citata Corte cost. n. 198/1986, con riferimento al disposto dell'art. 789 della legge n. 184/1983, ha affermato che "la scelta del legislatore appare razional-

Ad ogni modo, dal diritto positivo si desume agevolmente che, in caso di adozione, lo specifico modello familiare composto da un uomo ed una donna è ritenuto idoneo dall'ordinamento ad assicurare le "migliori opportunità" di sviluppo della persona dell'adottando e la tutela del suo "preminente" interesse, esimendo il giudice dell'adozione da qualsiasi dimostrazione al riguardo (42).

Non altrettanto può dirsi evidentemente per altre, diverse forme di convivenza umana.

Che altri modelli familiari possano svolgere lo stesso ruolo, che siano in grado di offrire all'adottando pari possibilità di crescita personale, è, invece, cosa tutta da dimostrare e che, sotto il profilo giuridico, non può certamente presumersi, proprio in ragione del quadro normativo esistente.

Come ha osservato un'autorevole dottrina, "la posizione del minore-persona all'interno della famiglia, come soggetto da proteggere, ma al contempo da promuovere nella realizzazione dei suoi interessi esistenziali, reclama attenzione e garanzia di uno sviluppo corretto all'interno di un contesto familiare idoneo, stabile nelle relazioni ed equilibrato nei modelli genitoriali. Un modello la cui realizzazione al di fuori della famiglia, tradizionalmente intesa, è tutta da dimostrare..." (43).

Pertanto, il problema che concretamente si porrebbe al giudice minorile con riguardo all'adozione omoparentale, qualora il nostro ordinamento consentisse l'adozione del convivente, sarebbe il seguente: è provato che anche altre specie di convivenza umana, come quella di due persone dello stesso sesso, siano egualmente idonee a questo fine, e cioè possano offrire all'adottando le stesse opportunità della famiglia matrimoniale?

mente fondata sull'esigenza, da un lato, di inserire il minore adottando in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità, e, dall'altro, di assicurargli la presenza, sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori". In dottrina si è affermato, sulla base di un'analisi del diritto positivo nazionale, che "è chiaro allora che il legislatore italiano ha inteso garantire l'interesse del minore a crescere e a sviluppare la propria personalità in un rapporto potenziale di cura con due figure genitoriali distinte e complementari, e dunque con un padre e una madre" (BILOTTI, *op. cit.*).

(42) "In questo senso, considerando anche la complessità della nozione di interesse del minore ed il necessario ricorso anche ad una serie di nozioni che travalicano l'ambito strettamente giuridico, può comprendersi il richiamo al brocardo latino dell'adozione *imitatio naturae*, nel plasmare il rapporto di filiazione "giuridica" quanto più similmente a quello biologico, garantendo, quindi, la tendenziale stabilità del "gruppo" familiare e, all'interno di esso, la compresenza di entrambi gli elementi genitoriali, nelle componenti maschile e femminile" (BUSACCA, *op. cit.*, 611).

(43) BUSACCA, *op. cit.*, 604. In proposito si veda pure la letteratura ivi citata: AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Diritto e formazione*, 2002, 447 e segg.; ZOPPINI, *Tentativo di inventario per il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 335 e segg.; ZATTI, *Familia, familiae - Declinazione di un'idea*. 1) *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 9 e segg.

7. Ovviamente, se ci si pone da un punto di vista "ideologico", la risposta a questa domanda, in termini positivi o negativi, può essere molto netta.

Ma, se ci si libera dal peso di posizioni preconcepite, allo stato delle evidenze scientifiche disponibili non è possibile sostenere l'esistenza di una prova di questo genere.

Non vi sono, infatti, studi scientificamente attendibili che abbiano dimostrato che le coppie formate da due persone dello stesso sesso siano in grado di offrire ad un minore pari opportunità di sviluppo della propria personalità rispetto a quelle che gli garantiscono quelle eteroparentali.

In proposito vengono sovente citati gli studi considerati dall'APA (American Psychological Association) nel 2004 per sostenere questa tesi, peraltro contestata dall'American College of Pediatricians, ma la loro revisione ad opera di Loren Marks, sociologo della Louisiana State University (44), ha evidenziato come questi, in realtà, non rispondessero ad elementari criteri scientifici, per il campionamento estremamente limitato e disomogeneo, la mancanza di anonimato e di gruppi di confronto, e soprattutto la scarsità di dati sul "lungo termine", e cioè sull'esito del processo formativo dei minori (*children's outcome*) cresciuti da coppie omosessuali.

Una consistenza scientifica diversa parrebbe avere, con riguardo all'osservanza dei criteri scientifici usuali per questo genere di ricerche, lo studio di Mark Regnerus (45), anch'esso controverso, come tutti quelli in materia (46),

(44) LOREN MARKS, *Same-sex parenting and children's outcomes: A closer examination of the American psychological association's brief on lesbian and gay parenting*, in *Social Science Research* 41 (2012), 735-751. L'abstract del lavoro in questione è il seguente: "In 2005, the American Psychological Association (APA) issued an official brief on lesbian and gay parenting. This brief included the assertion: "Not a single study has found children of lesbian or gay parents to be disadvantaged in any significant respect relative to children of heterosexual parents" (p. 15). The present article closely examines this assertion and the 59 published studies cited by the APA to support it. Seven central questions address: (1) homogeneous sampling, (2) absence of comparison groups, (3) comparison group characteristics, (4) contradictory data, (5) the limited scope of children's outcomes studied, (6) paucity of long-term outcome data, and (7) lack of APA-urged statistical power. The conclusion is that strong assertions, including those made by the APA, were not empirically warranted".

(45) MARK REGNERUS, *How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study*, in *Science Research* 41, (2012), 752-770. L'abstract di questo studio è il seguente: "The New Family Structures Study (NFSS) is a social-science data-collection project that fielded a survey to a large, random sample of American young adults (ages 18-39) who were raised in different types of family arrangements. In this debut article of the NFSS, I compare how the young-adult children of a parent who has had a same-sex romantic relationship fare on 40 different social, emotional, and relational outcome variables when compared with six other family-of-origin types. The results reveal numerous, consistent differences, especially between the children of women who have had a lesbian relationship and those

che peraltro si distingue dagli altri proprio per l'ampiezza del campione rappresentativo (2.988 persone selezionate casualmente), nonché per il fatto che questo era costituito da "figli" di età compresa tra i 18 e 39 anni e, dunque, giunti al termine del loro percorso formativo.

Che questo studio abbia dimostrato significativi svantaggi per le persone cresciute in una famiglia omoparentale rispetto ai figli di coppie eterosessuali pone indubbiamente più di un interrogativo, ma non assume una rilevanza decisiva ai fini che qui interessano, sotto un profilo razionale e giuridico.

Per le ragioni già illustrate, con riguardo alla "certezza" necessaria in merito alla tutela del "preminente interesse" degli adottandi, infatti, non interessa tanto che vi sia evidenza scientifica del fatto i figli di coppie omoparentali siano effettivamente svantaggiati, quanto, piuttosto, che non sussista un'evidenza siffatta in merito al fatto che essi realmente non lo siano.

Sino a che non si sarà raggiunta una "certezza" di questo genere, tale da omologare le opportunità di sviluppo della personalità del minore adottato da coppie omoparentali a quelle delle coppie eteroparentali, infatti, non sarebbe comunque possibile sostenere che l'adozione omoparentale possa soddisfare il preminente interesse del minore ad ottenere dall'adottante le migliori opportunità al riguardo.

8. A questo proposito, un altro aspetto che emerge dalla sentenza del Tribunale minorile capitolino è relativo al fatto che questo, esaminando la situazione personale dell'adottanda, si sia limitato a valorizzare "le valutazioni estremamente positive che la psicologa, l'assistente sociale e l'insegnante hanno riportato sul suo stato di salute fisica e psicologica" in termini rassicuranti.

L'"interesse del minore", infatti, non può essere ridotto alla valutazione del suo stato di "salute fisica e psicologica" attuale, ma investe necessariamente anche una prognosi in merito all'esito del processo formativo della sua personalità: ciò che è prioritario valutare a questo proposito è proprio il possibile esito di tale processo evolutivo, al fine di assicurare che l'adozione possa garantire all'adottando le migliori opportunità al riguardo.

with still-married (heterosexual) biological parents. The results are typically robust in multivariate contexts as well, suggesting far greater diversity in lesbian-parent household experiences than convenience-sample studies of lesbian families have revealed. The NESS proves to be an illuminating, versatile dataset that can assist family scholars in understanding the long reach of family structure and transitions".

(46) Si segnala, tuttavia, che, sottoposto il suo studio ad una duplice revisione da parte dell'Università del Texas, della quale Regnerus è professore associato (una ad opera di un panel composto da quattro membri della sua Facoltà ed un'altra condotta da un consulente privato indipendente), questa si è conclusa nel senso di ritenere l'adeguatezza dei criteri scientifici adottati: "Price found that the inquiry was handled in a manner consistent with university policy and indicated the process was "also consistent with federal regulatory requirements of inquiries into research misconduct".

In altre parole: l'assenza di un disagio attuale non esclude affatto che possa maturare uno svantaggio psico-sociale destinato a manifestarsi in età adulta ed a pesare per l'intera vita dell'adottando (47).

Ed è proprio a questo riguardo che non paiono esservi certezze scientifiche tali da consentire una serena equiparazione al modello familiare eterosessuale di altri modelli parafamiliari e da autorizzare una conclusione come quelle che, invece, ha tratto il Tribunale minorile di Roma quando ha affermato che non sarebbero "né il numero, né il genere dei genitori a garantire, di per sé, le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano".

Quale sia il fondamento scientifico di questo assunto non viene esplicitato, sicché questa rimane un'opinione che, in quanto tale, non può certo avere il peso di una certezza.

9. Per le ragioni già rilevate, il tema della discriminazione degli adulti appartenenti a coppie omosessuali ha ben poca pertinenza con la materia di cui ci stiamo occupando, proprio perché i diritti e le aspettative degli adulti, in tema di adozione, sono subordinati rispetto a quelli del minore e perché, sotto il profilo giuridico, i limiti posti dalla legge italiana all'adozione del singolo, e cioè della persona non coniugata, non riguardano affatto le persone omosessuali in quanto tali, ma le persone non coniugate in generale.

Ciò nondimeno, è necessario considerare le argomentazioni addotte dalla sentenza romana per sostenere la tesi secondo cui un'interpretazione della normativa sull'adozione "in casi particolari" che "pretendesse di discriminare le coppie omosessuali si porrebbe in conflitto con il dato costituzionale" e pure "con gli artt. 14 e 8 della CEDU".

Quanto al primo aspetto, si osserva che i giudici minorili capitolini propongono una lettura decisamente manipolativa della sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale (48), che ha ritenuto infondata la q.l.c. delle norme che non consentono il matrimonio fra persone dello stesso sesso.

Infatti, è ben vero che, in quell'occasione, la Consulta ha riconosciuto che anche le "unioni omosessuali" vanno annoverate fra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 della Costituzione, cui "spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia", come ricorda la sentenza del Tribunale minorile romano (49), ma quella stessa sentenza ha parimenti

(47) In proposito, si veda RUCO, *op. cit.*, 585.

(48) Corte cost. 15 aprile 2010 n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1604, con nota di ROMBOLI.

(49) Concetto che, peraltro, il Giudice delle leggi ha poi ribadito pure nella più recente Corte cost. 11 giugno 2014 n. 170, in *Giur. Cost.*, 2014, 3, 2694, con nota di SAFFIO.

affermato che la tutela di quel diritto non implica affatto l'“equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio” (50).

Ciò in quanto la “nozione di matrimonio” prevista dall'art. 29 della Costituzione presuppone necessariamente “che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso”, anche tenuto presente il contenuto del secondo comma dello stesso art. 29 Cost. laddove stabilisce “il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi” proprio in relazione “alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale”, elemento interpretativo quest'ultimo di importanza tutt'altro che secondaria (anche se sovente obliterato dagli interpreti).

Sicché la prospettata illegittimità costituzionale delle disposizioni denunciate, ipotizzata con riguardo al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, è stata ritenuta priva di fondamento proprio perché queste non davano “luogo ad un'irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”.

La medesima sentenza, giova ricordarlo, aveva respinto anche un altro, diverso profilo di censura, riferito al disposto dell'art. 117 Cost., quale norma interposta, in relazione a quello degli artt. 8, 12 e 14 della CEDU (51), attinenti rispettivamente al “diritto al rispetto della vita privata e familiare”, al “diritto al matrimonio”, al “divieto di discriminazione”.

In proposito osservava la Consulta che l'art. 12 della CEDU (così come l'analogo art. 9 della Carta di Nizza) in realtà rinvia alle legislazioni nazionali la disciplina dell'esercizio del diritto di sposarsi e non impone affatto agli Stati contraenti “la piena equiparazione delle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna”, sussistendo, quindi, al riguardo la piena “discrezionalità del Parlamento”.

Sicché, dalla giurisprudenza costituzionale anzidetta, in tema di matrimonio, non si ricava affatto che la diversità del trattamento riservato dalle norme vigenti alle unioni omosessuali rispetto a quelle matrimoniali fra uomo e donna possa considerarsi irragionevole, ovvero contrastante con gli obblighi imposti al nostro ordinamento dalle Convenzioni internazionali, sì da poterne inferire che esse debbano essere parificate anche ai fini dell'adozione.

Infatti, come ha evidenziato un'autorevole dottrina, con riferimento alle citate norme CEDU, “pare che le norme sovranazionali invocate non soltanto non consentano il risultato atteso da quanti assumono che dalle medesime possa togliersi la conclusione che debba riconoscersi, in tutti gli Stati, il matrimonio omosessuale, ma addirittura, finiscono per rimandare ogni valutazione normativa circa il matrimonio omosessuale entro i confini e nelle regole proprie di ciascuna

(50) In senso conforme si veda pure la recentissima Cass. n. 2400/2015, cit.

(51) Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955 n. 848.

ordinamento nazionale, denunciando esse stesse la loro incompetenza a statuire su questa materia. A rileggere con attenzione la disciplina sovranazionale e, in particolare, la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e così anche la Carta di Nizza, si avverte, a tacere della precisazione che l'idea di matrimonio, che da esse traspare, è di tipo eterosessuale, che le medesime, nel riconoscere a ciascun individuo il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare e il divieto di ogni discriminazione, attribuiscono a ciascuno "il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto" (52).

10. Queste considerazioni introducono un'ulteriore argomento sul quale si diffonde il Tribunale minorile capitolino, e cioè l'asserita sussistenza di un contrasto fra un'interpretazione dell'art. 44 della legge n. 184/1983 che escludesse dall'adozione "semplice" il *partner* di una coppia omosessuale ed i già citati artt. 8 e 14 della CEDU.

A questo fine viene evocata la sentenza recentemente pronunciata dalla Grand Chambre della CEDU nel caso "X e altri c. Austria" (53), che viene definito "analogo a quello in esame", per rilevare che la Corte ha ritenuto "discriminatoria... la legge austriaca che non consente l'adozione" alle "coppie omosessuali", permettendola invece "alle coppie di fatto eterosessuali".

Tale perentorio assunto, tuttavia, si rileva privo di fondamento, ove si consideri con cognizione di causa il contenuto di tale decisione.

Ripercorrendone la motivazione, ci si avvede che la Corte si è chiesta in primo luogo "se la situazione dei ricorrenti... fosse paragonabile a quella di una coppia eterosessuale sposata nella quale uno dei partner desiderasse adottare il figlio dell'altro" (paragrafi 105-110), rispondendo negativamente a questa domanda.

Essa, citando i suoi non pochi precedenti conformi (54), ha richiamato, anzitutto, la propria giurisprudenza per cui "il matrimonio conferisce uno status particolare a coloro che vi si impegnano" e "l'esercizio del diritto di contrarre matrimonio è tutelato dall'art. 12 della Convenzione e che tale diritto comporta delle conseguenze a livello sociale, personale e giuridico" per i coniugi, a differenza di chi non si assume il vincolo matrimoniale.

(52) BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 10, 865 e segg. Ivi si rinviene una puntuale ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di matrimonio e diritti delle coppie omosessuali.

(53) CORTE EUR. DIR. UOMO 19 febbraio 2013 n. 1902/2013, ricorso n. 19010/07, in *www.echr.coe.int*.

(54) Casi "Gas et Dubois" (Corte Eur. Dir. Uomo, 15 marzo 2012, ricorso n. 25951/07), "Burden c. Regno Unito" (Corte Eur. Dir. Uomo 29 aprile 2008, ricorso n. 13378/05), "Scalk c. Kopf" (Corte Eur. Dir. Uomo 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04), tutte in *www.echr.coe.int*.

Essa ha, poi, osservato che "il diritto austriaco in materia di adozione prevede un regime specifico per le coppie sposate" e autorizza "uno dei coniugi ad adottare il figlio dell'altro coniuge (adozione coparentale)", concludendo che la situazione delle ricorrenti, e cioè di una coppia omosessuale, "rispetto all'adozione coparentale non è assimilabile a quella di una coppia sposata", ragion per cui non poteva ravvisarsi una "violazione dell'art. 14 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 8 nei confronti degli interessati se la loro situazione viene comparata a quella di una coppia sposata nella quale uno dei coniugi desidera adottare il figlio dell'altro".

Ora, la fattispecie concreta sottoposta al vaglio del Tribunale minorile di Roma era esattamente questa, e cioè quella di una normativa nazionale che, consentendo l'adozione "in casi particolari" al coniuge del genitore dell'adottando, la vieta invece ai singoli (si badi bene, non già solo ai singoli *partners* di una coppia omosessuale, ma ai singoli in generale).

Questo era, dunque, il parametro al quale i giudici minorili romani avrebbero dovuto far riferimento, nel loro argomentare, per prendere atto dell'insussistenza di una discriminazione rilevante ai fini dell'art. 14 CEDU (come la stessa Grand Chambre aveva ritenuto).

Essi hanno, invece, sostenuto l'esatto contrario, facendo riferimento a quell'altra parte della sentenza della CEDU in cui la Corte ha considerato una problematica del tutto diversa, perché attinente alla comparazione "tra la situazione dei ricorrenti e quella di una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner desidera adottare il figlio dell'altro", e ciò sul presupposto che "nel diritto austriaco, l'adozione coparentale è aperta non solo alle coppie sposate, ma anche alle coppie eterosessuali non sposate, mentre è giuridicamente impossibile per le coppie omosessuali".

Come si è visto, invece, il diritto italiano, per il combinato disposto del primo comma, lettera *b*) e del terzo comma dell'art. 44, consente solamente al coniuge, e non anche al convivente, la cosiddetta adozione "coparentale", per cui, preso atto di tale sostanziale diversità del nostro diritto nazionale rispetto a quello austriaco, si deve altresì concludere che il profilo discriminatorio che la CEDU aveva attribuito a quest'ultimo era del tutto insussistente relativamente al nostro (55).

Solo l'erronea interpretazione del Tribunale minorile, laddove aveva inteso attribuire anche ai singoli conviventi una *adoptandi facultas* che la legge

(55) Il corretto riferimento giurisprudenziale, pertanto, era, semmai, da farsi alla citata sentenza "Gas et Dubuois", citata, con la quale la Corte Eur. Dir. Uomo aveva ritenuto non discriminatoria la norma nazionale francese, analoga a quella italiana, secondo la quale "solo le coppie sposate" possano "esercitare la potestà genitoriale congiunta in caso di adozione semplice", e ciò sul presupposto per cui "l'adozione coparentale non era aperta nemmeno alle coppie eterosessuali non sposate" (come, infatti, puntualmente annota ai paragrafi 104, 105 e 106 la stessa sentenza relativa al caso "X e altri c. Austria" citata dai giudici minorili capitolini).

riserva solo al coniuge, potrebbe rendere la norma nazionale suscettibile di prestarsi a rilievi critici analoghi a quelli che la CEDU aveva rivolto alla legge austriaca (56).

Pertanto, risulta *ab imis* infondato l'argomento che la sentenza del Tribunale minorile vorrebbe trarre dall'anzidetta decisione della CEDU al fine di sorreggere la propria tesi.

Ma anche in merito al contenuto dei rilievi che la CEDU ha formulato con riguardo alla legge nazionale austriaca è bene intendersi.

Infatti, non può sfuggire ad un lettore attento che la comparazione operata dalla CEDU in questo caso è avvenuta tra la situazione giuridica di una "coppia omosessuale" e quella di una "coppia eterosessuale", per cui ha riguardato esclusivamente i diritti degli adulti (57), prescindendo dall'interesse del minore (58).

In altre parole, la tutela apprestata dalla legge al "diritto all'adozione" di una coppia, se così vogliamo chiamarlo, viene confrontato con quello che la stessa legge riconosce ad una coppia di altro genere, ma non si confronta, per nulla o quasi, con quel "preminente interesse del minore" che la nostra legislazione adozionale considera, invece, "il criterio guida cui deve uniformarsi ogni percorso decisionale relativo ai minori", come tale "sovraordinato ai desideri degli adottanti" (59).

(56) Come si è visto, poiché la nostra legislazione nazionale parifica conviventi eterosessuali e conviventi omosessuali, al fine di escluderli entrambi dall'adozione "semplice" prevista dall'art. 44, il profilo discriminatorio paventato a tale riguardo da WINKLER, *op. cit.*, 10, è, in realtà, del tutto insussistente.

(57) Anzi, per esser precisi, la Corte ha precisato di non esser stata "chiamata a pronunciarsi sulla questione specifica dell'adozione coparentale da parte di coppie omosessuali, e ancor meno su quella generica dell'adozione da parte di coppie omosessuali", trattandosi, invece, di decidere su un "problema ben definito", ovvero se i ricorrenti fossero "stati o meno vittime di una discriminazione tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali in materia di adozione coparentale" (paragrafo 134, concetto poi ribadito anche al paragrafo 149), e ciò a prescindere dal fatto che "la domanda di adozione presentata dai ricorrenti avrebbe dovuto o meno esser accolta" dal giudice nazionale austriaco (paragrafo 152). Sicché risulta del tutto evidente come la sua attenzione si sia focalizzata esclusivamente sul diritto degli adulti a non esser discriminati, e non già su quello del minore ad ottenere le migliori condizioni di affidamento.

(58) In proposito, è peraltro d'obbligo evidenziare i rilievi critici formulati nella *dissenting opinion* con la quale 7 dei 17 giudici della Grand Chambre hanno motivato il loro dissenso dalla decisione della Corte, anche con riguardo all'omesso esame della questione attinente all'"interesse superiore del minore" (paragrafo 8), rilevando che "la sentenza tace su tale punto essenziale" e ricordando il principio affermato dalla Corte stessa nel Caso "Frettè c. Francia" (Corte Eur. Dir. Uomo 26 febbraio 2002, ricorso n. 36515/97, in *www.echr.coe.int*), per cui "l'adozione consiste nel dare una famiglia a un bambino e non una bambino a una famiglia".

(59) Cass., Sez. un., n. 13332/2010 citata.

Questa constatazione suscita due rilevi.

Il primo è relativo al fatto che il Governo austriaco, nelle proprie difese, non aveva addotto, se non marginalmente, l'argomento inerente agli interessi del minore ai fini di giustificare la disparità di trattamento censurata dai ricorrenti, per cui tale questione è stata considerata e risolta dalla Corte in termini del tutto inadeguati rispetto a quelli che sarebbero i parametri propri del nostro ordinamento nazionale (60).

A questo proposito si consideri, solo per fare un rapido cenno, che nel caso specifico giudicato dalla CEDU il minore di cui la compagna della madre aveva chiesto l'adozione aveva conservato stabili e positivi rapporti col padre (separato dal coniuge).

Il secondo rilievo è inerente al fatto che la Corte CEDU, al fine di stabilire se vi sia o meno violazione dei diritti previsti dalla Convenzione da parte dello Stato contraente, considera "singolarmente" il diritto di cui viene lamentata la violazione (in questo caso il diritto a non essere discriminati), come traspare chiaramente proprio dalla motivazione di "X e altri c. Austria" (laddove non viene effettuata alcuna comparazione fra il "diritto a non essere discriminata" della ricorrente ed il "preminente interesse" dell'adottando).

Al contrario, la Corte Costituzionale, ai fini di valutare la legittimità costituzionale di una norma ordinaria censurata con riferimento al disposto dell'art. 117 della Costituzione, in relazione a norme interposte dettate da convenzioni internazionali, "opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalle norme di volta in volta scrutinate", secondo la tecnica del "bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti" che caratterizzano la situazione giudicata (61).

Pertanto, alla regola del bilanciamento fra interessi di rilievo costituzionale, costantemente seguita dalla Consulta, "non si sottraggono neppure i diritti

(60) Il tema viene trattato marginalmente in "X e altri c. Austria", e solo per affermare che "il Governo non ha presentato argomenti precisi, studi scientifici o altri elementi di prova che possano dimostrare che le famiglie omogenitoriali non possono in alcun caso occuparsi adeguatamente di un minore", ma ciò anche per il fatto che questa non era stata la linea di difesa del Governo austriaco, il quale, anzi, nei propri scritti difensivi, aveva ammesso "che, in termini personali, le coppie omosessuali sono in teoria idonee o inidonee all'adozione quanto le coppie eterosessuali" (paragrafo 142). Si noti che la Corte aveva precedentemente riconosciuto che "anche la tutela dell'interesse del minore costituisce uno scopo legittimo", astrattamente idoneo a giustificare "una disparità di trattamento", restando, tuttavia, "da stabilire se il principio di proporzionalità sia stato rispettato nella presente causa" (paragrafo 138), ciò che non aveva ritenuto essere avvenuto proprio per le ragioni anzidette.

(61) Cass. 24 ottobre 2007 n. 349, in *Giur. cost.* 2007, 5, 3535, con note di CARTABIA, GUAZZAROTTI, SCLARABBA.

della persona consacrati in precetti della normativa europea”, come anche di recente ha rammentato il giudice delle leggi nazionale (62).

Ciò proprio perché “le norme CEDU, rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale, non si sottraggono — così come interpretate dalla Corte di Strasburgo — al controllo di costituzionalità”, con la conseguenza che “tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione” (63).

Pertanto, l’interpretazione offerta dalla CEDU nel caso specifico, nel nostro ordinamento nazionale, non sarebbe per nulla vincolante, proprio perché non esente da una doverosa verifica di compatibilità con i valori costituzionalmente protetti coinvolti nella medesima vicenda giuridica, primo fra tutti quello, dominante, dell’interesse del minore “ad avere una famiglia” che, come si è detto, è sicuramente prevalente su quello dell’adulto ad “avere un figlio”, ovvero di “non essere discriminato” (64).

Ciò a tacer del fatto che anche in sede CEDU la disparità di trattamento riservata al *partner* di una coppia omosessuale ai fini adozionali (se fosse ipoteticamente sussistente, ciò che oggi non è, come si è visto) dovrebbe comunque esser soggetta a quella valutazione di “proporzionalità” che la sentenza “X e altri c. Austria” non ha effettuato, pur avendo ritenuto astrattamente l’interesse del minore uno “scopo legittimo” a tal fine, perché non sollecitata al riguardo dal Governo austriaco.

La complessità di tali questioni pare esser sfuggita ai Giudici capitolini, che, evidentemente, hanno subito quello che è stato icasticamente definito “il fascino delle cose comprese soltanto a metà” (65) e forse hanno ritenuto più utile presentare la decisione della CEDU nel modo più confacente alla tesi che avevano deciso di accogliere.

11. Ed è proprio questo l’ultimo aspetto di questa sentenza che merita una breve riflessione.

Come si è chiarito, il complesso delle disposizioni dettate dall’art. 44 della nostra legge nazionale per l’adozione “in casi particolari” è sufficientemente preciso nel consentire solamente al coniuge l’adozione del figlio del proprio coniuge, vietandola, invece, al convivente, il che esclude in radice la possibilità

(62) Corte cost. 16 ottobre 2014 n. 235, in *Dir. e giust.*, 2014, 17 ottobre, con nota di MARINO.

(63) Corte cost. n. 349/2007 citata; ma si veda anche: Corte cost. 28 novembre 2012 n. 264, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4216, con note di BILANCIA, CAPONI e PINELLI.

(64) Come osserva anche RUO, *op. cit.*, 588 e segg.

(65) BARBA, *op. cit.*, 867.

che il *partner* di una coppia omosessuale possa chiedere l'adozione del figlio del proprio compagno.

Poiché la legge impone il medesimo divieto anche al convivente eterosessuale, in ciò non vi è alcuna discriminazione censurabile alla luce delle norme CEDU.

Non solo: questo tema non ha alcuna rilevanza ai fini del preminente interesse dell'adottando, che, in ogni caso, sarebbe sovraordinato rispetto al diritto dell'adulto a non essere discriminato.

Pertanto, l'impressione che si ricava dalla lettura di decisioni come quella del Tribunale minorile di Roma è che l'omosessualità dell'adottante sia stata, in realtà, l'occasione per dimostrare un lodevole intento antidiscriminatorio, a costo, tuttavia, di snaturare la lettera e la *ratio* delle norme che esso era chiamato ad interpretare e di posporre proprio il preminente interesse del minore alle aspettative degli adulti coinvolti nella vicenda (66).

In definitiva, non uno degli argomenti addotti dalla sentenza in esame si dimostra in grado di reggere ad un attento vaglio critico, sicché l'impressione che se ne trae è che, ad onta dell'ampiezza della sua motivazione, essa in realtà rappresenti un tributo a quel "politicamente corretto" che dovrebbe esser estraneo ai provvedimenti giudiziari, specialmente in una materia così delicata come il diritto minorile (67).

Non è certamente questo il modo di risolvere i problemi posti dai cambiamenti che interessano il contesto sociale europeo ed italiano e che, nel nostro ordinamento nazionale, attendono, semmai, una risposta dal legislatore.

GIAMPAOLO MIOTTO

TRIBUNALE DI MILANO 19 settembre 2014 — *Giudice i.p.* MASTRANGELO — P.M. L. MANNELLA.

Cittadini stranieri — Italia (cittadini stranieri permanenti in) — Italia (famiglia straniera permanente da non pochi anni in) — Marito/

(66) "... si tratta di affermazioni che sembrano a volte dare "una copertura" (per usare lo stesso linguaggio del provvedimento) motivazionale a una scelta ideologica più che a dare conto di una decisione compiuta per attuare le migliori condizioni di sviluppo psico-fisico dell'adottanda anche in via di prognosi" (Ruo, *op. cit.*, 585).

(67) "Si tratta di questioni di grande delicatezza umana e di altissimo profilo costituzionale, rispetto alle quali una pacata riflessione sui diritti fondamentali e sulle priorità di tutela che il sistema giuridico deve garantire — prima di tutto ai soggetti vulnerabili e, tra loro, a quelli che lo sono maggiormente di volta in volta e tempo per tempo — mal si accompagna con un approccio ideologizzato che appiattisca temi e problemi, diversi ed articolati, su un unico "falso piano", in ragione della "Weltanschauung" di chi li affronta" (Ruo, *op. cit.*, 595).

