

# **Diritto Civile Contemporaneo**

Rivista trimestrale *online* ad accesso gratuito ISSN 2384-8537

[www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com)

Anno II, numero II, aprile/giugno 2015

**Stepchild adoption omoparentale ed interesse del minore**

Giampaolo Miotto

## **Stepchild adoption omoparentale ed interesse del minore**

di Giampaolo Miotto

Alcune recenti pronunce che hanno trovato vasta eco presso l'opinione pubblica hanno riaperto il dibattito in merito all'ammissibilità dell'adozione "omoparentale" nel nostro ordinamento giuridico.

In particolare, la sentenza del Tribunale dei minorenni di Roma 30 luglio 2014 ha deciso il caso di due donne legate da una relazione sentimentale, da tempo conventi, una delle quali era ricorsa alle tecniche di procreazione assistita, dando alla luce una bambina, che era stata poi cresciuta da entrambe.

Le due donne avevano contratto matrimonio in uno Stato straniero il cui ordinamento lo consente anche ai nubendi dello stesso sesso, ma ovviamente, in quello italiano, la piccola aveva conseguito lo status giuridico di figlia della madre naturale, sicchè era stata la compagna di quest'ultima a rivolgersi al Tribunale minorile, chiedendo fosse disposta in suo favore l'adozione della bambina ai sensi del disposto dall'art. 44, comma primo, lettera d) della legge n. 184/1983.

A tal fine la ricorrente aveva addotto la stabilità del rapporto affettivo della coppia, la perdurante convivenza con la piccola ed il ruolo genitoriale di fatto rivestito sin dalla nascita di quest'ultima.

Le motivazioni con le quali la sentenza citata ha accolto l'istanza della ricorrente consente di affrontare le non poche questioni giuridiche implicate dalla fattispecie.

La prima, fondamentale questione decisa dal Tribunale minorile è stata quella inerente all'interpretazione dell'articolo 44 della legge n. 184/1983.

Com'è noto, tale disposizione 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, essa consente l'adozione dei minori anche quando non ricorrano le condizioni di adottabilità previste per l'adozione "legittimante".

I Giudici minorili romani hanno ritenuto che la fattispecie in esame, relativa alla situazione giuridica della persona convivente col genitore dell'adottando, potesse farsi rientrare nell'ipotesi prevista dall'art. 44, lettera d).

In senso contrario si era espresso il Pubblico Ministero minorile, per l'insussistenza del "presupposto necessario" dell'adozione di cui alla lettera d), vale a dire dello "stato di adottabilità" del minore, posto che questi aveva un genitore (la madre naturale) in grado di accudirlo e non si trovava quindi in "stato di abbandono".

In effetti, l'art. 44, lettera d) fa riferimento alla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", espressione che chiaramente allude ad un'impossibilità di dare in affidamento preadottivo un minore che non 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" [CATTANEO, *Adozione*, in *Digesto discipline privatistiche, Sezione civile*, Torino, 1987, I, 117] per le ragioni più diverse.

Da questa ipotesi differisce ovviamente 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" dell'affido.

Ciò nondimeno, il Tribunale dei minori ha superato l'obiezione del P.M. minorile, facendo riferimento ad un orientamento giurisprudenziale che ha trovato un qualche seguito fra i Giudici di merito [App. Firenze, Sez. min., 4.10.2012, n.

1274; Trib. Min. Milano, 28.3.2007, n. 626. *Contra*: Trib. Min. Roma, 22.12.1992, in *Dir. Famiglia*, 1993, 212], secondo il quale “l'impossibilità di affidamento 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 *littera 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”.

Essa, tuttavia, a ben guardare, contraddice tanto la lettera, quanto la ratio della legge.

Quanto alla prima, basta considerare come “constatata impossibilità di affidamento preadottivo” significhi “accertata impossibilità” dell'affidamento, sicchè la disposizione chiaramente allude ad un “accertamento” che, in quanto tale, non può che essere quello giudiziale.

Inoltre, se l'oggetto di questo accertamento giudiziale è l’“impossibilità dell'affidamento preadottivo”, esso 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.

Sul punto si è espressa chiaramente la dottrina, laddove ha osservato che “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. E' del tutto evidente, del resto, quale sia la funzione della norma in questione: evitare la cd. “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, *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*, in questa *Rivista*, 2014, III; 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*, Bologna, 2014, 305; *contra*: LONG, *L’adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2015, I, 117 e segg.; WINKLER, *Genitori non si nasce: una sentenza del Tribunale dei minorenni di Roma in materia di second-parent adoption all’interno di una realtà omogenitoriale*, in *Giust. Civ.*, 13.11.2014, 10; COLLURA, *L’adozione in casi particolari*, in *Trattato del diritto di famiglia* diretto da Zatti, II, *Filiazione*, Milano, 2012, 201].

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, ancorchè non venga a trovarsi in stato di abbandono, potrebbe essere adottato ai sensi dell’articolo 44, esito interpretativo questo che appare francamente paradossale.

Non meno rilevante sul piano interpretativo era un’altra questione affrontata dalla decisione che si commenta, relativa al disposto della lettera b) dell’articolo 44, che

prevede espressamente il caso del minore “che sia figlio” di uno dei due coniugi, consentendone l'adozione all'altro.

Tale disposizione ha, in tal modo, specificamente disciplinato il caso del minore che abbia un genitore, consentendone l'adozione solo al coniuge di quest'ultimo.

Ovviamente, tale previsione normativa presuppone che si tratti di un minore accudito da un genitore in grado di provvedere ai suoi bisogni perché in caso contrario sussisterebbero invece i presupposti di un'adozione legittimante, venendo questi a trovarsi “in stato di abbandono”.

Tuttavia, questa elementare constatazione, secondo il Tribunale, non sarebbe ostativa all'adozione del minore che sia figlio non già del coniuge, ma del 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'articolo 44, ma non osterebbe a quella della lettera d).

A tal fine i Giudici romani fanno appello al “preminente interesse del minore” e sostengono che, “se il legislatore avesse voluto estendere tale presupposto anche all'art. 44, co. 1, lett. d), lo avrebbe fatto espressamente”.

In proposito va premesso che la *quaestio juris* affrontata dalla sentenza in esame prescinde dall'orientamento sessuale dell'adottante e dalla natura omosessuale del rapporto di convivenza fra questi ed il genitore dell'adottando, sicchè mal si comprende l'interesse pressochè esclusivo che la motivazione della sentenza riserva a questo aspetto del caso deciso.

Non a caso la dottrina più avvertita ha già evidenziato un palese “errore metodologico dell'impostazione della questione giuridica da 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” [CARRARO E PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1554].

Il nocciolo della questione giuridica esaminata, infatti, è rappresentato dalla possibilità di estendere al convivente (quale che sia il suo orientamento sessuale) la facoltà adozionale che il disposto della lettera b) attribuisce al coniuge, in virtù della lettera d) dell'articolo 44.

Una volta che ci si ponga in questa prospettiva, ci si avvede che, in realtà, le argomentazioni sulle quali i Giudici minorili romani hanno fondato la propria tesi si riducono ad un uso improprio dell'“interesse preminente del minore” quale canone ermeneutico allo scopo di scardinare la casistica dell'adozione “semplice” dettata dall'art. 44.

Una corretta interpretazione di quest'ultimo, infatti, non può che evidenziare l'infondatezza di quella tesi.

A tal fine induce anzitutto l'interpretazione letterale, per cui la formulazione stessa della norma esclude un'interpretazione della lettera d) tale da consentire l'adozione anche al convivente del genitore dell'adottando: se questi ha un genitore e non si trova in “stato di abbandono”, infatti, per le ragioni già illustrate, non può “constatarsi” giudizialmente l'impossibilità del suo affidamento preadottivo, posto che il minore in questione non è nemmeno “adottabile”, ragion per cui tale situazione di per sé non soddisfa il presupposto previsto dalla disposizione in esame.

Quanto, poi, all'interpretazione sistematica, va considerato che l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo in materia di adozione firmata il 24 aprile 1967 (ratificata con legge n. 357/1974), 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 [sentenza 16.5.1994, n. 183, in *Nuova giur. civ. comm.* 1994, I, 605, con nota di CRISTIANI, relativa al notissimo “caso Di Lazzaro”], tale disposizione 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”.

Poiché la Convenzione ha imposto agli Stati contraenti l’obbligo di consentire in ogni caso l’adozione alle “persone singole”, ma, a questo riguardo, ha attribuito loro una mera 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, comma quarto e quinto) o “in casi particolari” (art. 44)”, sul piano strutturale, il sistema adozionale italiano prevede l’adozione della coppia genitoriale come la regola e quella del singolo come l’eccezione [CARRARO e PONZANI, opera citata, 1554], sicchè le disposizioni di cui all’articolo 44 paiono dettare altrettante norme eccezionali, insuscettibili di interpretazione estensiva [Cass. Civ., 27.9.2013, n. 22292, in *Guida al diritto* 2013, 46, 34. *Contra*: Cass. Civ., 21.7.1995, n. 7950, in *Giur. it.* 1997, I, 1, 697, con nota GABRIELLI].

Sicchè un’interpretazione di tal genere del caso disciplinato dalla lettera d) dell’art. 44 pare del tutto arbitraria.

Inoltre, rimanendo sul piano dell’interpretazione sistematica, se si interpretasse il disposto della lettera d) in modo tale da consentire l’adozione anche al convivente, si priverebbe di qualsiasi significato quello della lettera b), che la permette invece solo al coniuge del genitore dell’adottando, poichè questi potrebbe egualmente accedere all’adozione invocando il fatto della convivenza sulla base di quanto previsto dalla lettera d).

Poichè tra più interpretazioni possibili deve preferirsi quella che attribuisce ad una disposizione un qualche significato rispetto a quelle che ne vanificano il contenuto



precettivo, è chiaro che questa sola constatazione sarebbe anch'essa sufficiente a respingere l'esegesi dell'art. 44 proposta dai Giudici minorili romani.

Volendo approfondire la propria ricerca, l'interprete dovrebbe poi cogliere altre due importanti rilievi, partendo da una lettura attenta dei "casi particolari" previsti dall'articolo 44, anche in rapporto con quelli che sono i presupposti dell'"adozione legittimante", che costituisce indubbiamente l'istituto privilegiato dal legislatore.

La prima, elementare constatazione è che l'art. 44 disciplina alcune ipotesi residuali di adozione, rispetto a quella contemplata dall'adozione legittimante, il che conferma la sua natura di norma eccezionale e quindi "di stretta interpretazione".

A tal fine non è privo di significato il fatto che essa detti una casistica molto limitata e molto specifica.

Ne consegue che un'interpretazione a tal punto estensiva di uno dei casi da previsti dalla norma da produrre non già l'effetto di ampliarne la sfera applicativa in quel caso, ma addirittura di disgregare l'intera casistica prevista dal legislatore, vanificandola del tutto, si porrebbe in contraddizione con la natura stessa della norma in esame.

Non meno importante appare il rilievo 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 il solo a contemplare la situazione del minore che abbia un genitore in vita e, in ogni caso, 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 assoluta e comprovata mancanza di uno stato di abbandono del minore.

Con riguardo a questa specifica fattispecie, la legge prevede che possa disporsi l'adozione "semplice" in una sola ipotesi, quella in cui il genitore sia coniugato, consentendola, in tal caso, ad una sola persona, e cioè coniuge dell'adottando.

La sua assoluta eccezionalità è di per sé sola eloquente ai fini di comprendere come il diritto positivo escluda qualsiasi forma di interpretazione estensiva dell'art. 44, lettera b), essendo indiscutibile l'intento del legislatore di conferire uno *jus* singulare esclusivamente ad una determinata categoria di persone, quella dei coniugi del genitore dell'adottando, e non ad altri che a detta 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'articolo 44.

Altrimenti detto, la regola ermeneutica 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 che disciplina questa specifica fattispecie, vale a dire a quella dettata dalla lettera b) dell'articolo 44, e non di certo a quell'altra dettata dalla lettera d), che con la medesima fattispecie non ha alcuna attinenza.

Per quanto la sentenza in esame sostenga di voler circoscrivere il significato normativo della lettera d) a quanto da essa testualmente affermato, in realtà ne trae un'interpretazione estensiva che palesemente esorbita dal suo tenore letterale.

Il fatto che il diritto positivo non consenta l'adozione del convivente del genitore dell'adottando trova, poi, una decisiva conferma nel disposto terzo comma dell'articolo 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".

Pertanto, l'unico dei quattro casi disciplinati dal primo comma dell'articolo 44 per il quale l'adozione del singolo rimane esclusa è quindi proprio quello di cui alla lettera b).

Combinando tale 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 nel caso della lettera b), quale evidentemente non può essere aggirata per la via di un'interpretazione estensiva della lettera d).

Sorprende che il Tribunale minorile di Roma abbia ignorato questo aspetto, così come ha ignorato l'importante, e recentissimo, precedente costituito dalla sentenza n. 22292/2013 della Cassazione Civile, pronunciato in tema di adozione ex articolo 44, proprio relativamente 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-adottivo" 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-adottivo rappresenta un'ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante...".

La conclusione che la Suprema Corte aveva tratto da tali presupposti era che "... 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".

L'interpretazione estensiva dell'art. 44 sulla quale il Giudice minorile romano ha fondato la propria decisione era stata quindi bocciata dalla Cassazione, proprio sul presupposto della natura di norma eccezionale e dunque di stretta interpretazione della medesima disposizione, 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'articolo 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.

Pertanto il discorso sulla tematica dibattuta potrebbe fermarsi qui.

Proseguire l'indagine, esaminando gli altri argomenti addotti dai Giudici minorili capitolini a sostegno della decisione assunta, è invece quanto mai interessante, al fine di dissipare non pochi malintesi e confutare diversi luoghi comuni che aleggiano sulla materia.

Anzitutto, 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 [CARRARO e PONZANI, opera citata, 15559].

Dopo aver concluso che l'art. 44, comma primo, lettera d) consentirebbe l'adozione del convivente, la sentenza, infatti, disserta ampiamente sul fatto che questa "non può non applicarsi anche a conviventi del medesimo sesso", al fine di sostenere che non possano essere discriminati a motivo di tale circostanza, dovendo essere riconosciuto il diritto a realizzare "il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati", quale completamento del loro "diritto alla vita familiare", e ciò in relazione al disposto degli articoli 2 e 3 della Costituzione e degli articoli 8 e 14 della Convenzione CEDU.

Tuttavia tali diritti, se anche 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.

Ed è per questo che, probabilmente, i Giudici minorili si sono preoccupati di formulare un assunto "cardine" della motivazione, secondo il quale "non 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 sostegno di questa tesi viene citato un precedente [Cass. Civ., 11.1.2013, n. 601, in *Dir. famiglia* 2013, 2, 515] secondo il quale, con riferimento a questa fattispecie, 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".

Questo assunto può essere considerato sotto due diverse prospettive, quella più propriamente giuridica ed un'altra che implica piuttosto aspetti che interessano la psichiatria e la sociologia.

Sotto il primo profilo dev'essere anzitutto precisato il significato da attribuirsi alla "preminenza" dell'interesse del minore che il Giudice dell'adozione è chiamato a tutelare.

Se ci si pone nella prospettiva dell'adottando (che è la 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: "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 *Dir. fam. e pers.*, 2004, 2, 611].

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.

Di recente le Sezioni Unite [Cass. Civ., Sez. un., 1.6.2010, n. 13332, in *Foro it.* 2011, 6, 1862, con nota di IANNIRUBERTO] hanno sottolineato come la preminenza dell'interesse del minore, sancita anche dagli artt. 3 e 20 della Convenzione di New York (ratificata con legge n. 176/1991), non solo rappresenti "il criterio guida cui deve uniformarsi ogni percorso decisionale relativo ai minori", ma determini 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".

Dovrebbe essere quindi 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.

Alla luce di questo lapalissiano principio giuridico pare evidente che il sillogismo sul quale i Giudici capitolini hanno fondato il loro argomentare in realtà inverte la regola probatoria preordinata al giudizio sulla rispondenza dell'adozione all'interesse tutelato dalla legge.

Il Tribunale minorile avrebbe, infatti, dovuto ritenere indispensabile la prova che l'ambiente familiare offerto dall'adottante presenti le migliori condizioni per lo sviluppo della personalità dell'adottando, mentre, al contrario, lo ha ritenuto tale per il solo fatto di poter presumere che così non sia.

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, realizza quindi un'indebita inversione della regola di giudizio propria del procedimento di adozione, sicchè è palese l'erroneità dell'argomento da questi addotto per dimostrare che l'adozione omoparentale, in linea di principio, sia da ritenersi rispondente all'"interesse preminente del minore".

In materia, infatti, l'articolo 8, comma primo della Convenzione di Strasburgo prescrive che "l'autorità competente non deciderà un'adozione se non ha acquisito certezza che l'adozione avvenga nell'interesse del minore", dettando una norma che non lascia spazio a dubbi di sorta.

L'anzidetta disposizione, ignorata dal Tribunale minorile capitolino (che pure ha posto a proprio fondamento il "preminente interesse del minore") ai fini di forgiare la *regula juris* da applicare al caso giudicato, prescrive al Giudice dell'adozione di acquisire prova certa al riguardo, escludendo quindi il ricorso a qualsiasi surrogato e tanto più precludendo qualsiasi inversione dell'onere

probatorio, compresa quella che questi ha di fatto impiegato ai fini della decisione assunta.

Anche sotto il profilo della regola probatoria applicata al caso concreto, pertanto, la sentenza in esame si dimostra del tutto incoerente rispetto al quadro normativo di riferimento: va da sé che tale rilievo sarebbe anch'esso sufficiente a dimostrare l'erroneità della soluzione adottata.

Proseguire l'indagine, al fine di collocarla in un orizzonte giuridico più vasto, non appare comunque inutile.

Nell'ambiente giuridico europeo tale orizzonte può essere invero individuato nel cosiddetto "principio di precauzione" introdotto dall'articolo 191 del Trattato di Lisbona (firmato il 13 dicembre 2007 e ratificato con legge 2.8.2008 n. 130), in materia di salute, di ambiente, di sicurezza pubblica, ma che in questi anni ha dimostrato una forte valenza pervasiva anche con riguardo ad altri settori dell'ordinamento.

Tant'è che è ormai opinione condivisa quella per cui il principio di "precauzione" rappresenta un principio generale del diritto comunitario di immediata applicazione negli ordinamenti nazionali [T.A.R. Puglia, Lecce, 14.02.2013, n. 312, in *Foro Amm.* TAR 2013, 2, 667; Comitato Nazionale di Bioetica, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, 18.6.2004], sì da possedere una valenza espansiva tale da renderlo applicabile a materie diverse rispetto a quelle previste dal Trattato.

Questa *regula juris* impone alle pubbliche autorità comportamenti prudenziali a fronte di qualsiasi "rischio potenziale", pur in assenza "di evidenze scientifiche consolidate", in quanto l'esigenza di tutela degli interessi pubblici coinvolti "diventa imperativa già in presenza di rischi solo possibili, ma non ancora scientificamente accertati" [Cons. Stato, 4.03.2013, n. 1281, in *Foro Amm.*, CDS, 2013, 3, 648]: quando sono implicati valori fondamentali per la collettività, il principio in esame prescrive di astenersi da una determinata azione se non vi è certezza sulla sua innocuità, per carenza di conoscenze scientifiche.



Trasponendo tale principio al diritto minorile, laddove sono in gioco valori fondamentali della persona umana, e dunque di massimo rilievo per l'ordinamento, si deve convenire che la valutazione del "preminente interesse del minore" da compiersi nel giudizio di adozione consista nella valutazione delle condizioni che l'ambiente familiare dell'adottante può offrire all'adottando e sull'incidenza che tali condizioni, in prospettiva futura, sono suscettibili di avere sulla sua salute psichica e sullo sviluppo della sua personalità.

Sotto questo profilo pare palese che il principio di precauzione imponga di astenersi da decisioni che non siano giustificabili sulla 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 a rischi di cui non sia stata scientificamente esclusa la ricorrenza.

Diversamente, 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, ometta 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.

Pertanto, pure questo principio, oltre a quelli propri della materia adozionale, 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.

Queste considerazioni rafforzano l'impressione che la decisione del Tribunale minorile capitolino abbia finito per far divenire preminente l'interesse dell'adottante, a scapito di quello del minore.

Se si fosse tenuto presente quest'ultimo, infatti, si sarebbe dovuto partire da un dato di fatto 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.

E' 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, come il nostro legislatore ha esplicitamente riconosciuto nella legge fondamentale.

Anche recentemente infatti la Corte Costituzionale ha ribadito il principio per cui "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)" (Corte Cost., 11.06.2014, n. 170, in *Giur. Cost.* 2014, 3, 2694).

Dal che deriva che la famiglia tutelata dall'articolo 29 della Costituzione è solo ed esclusivamente la "società naturale fondata sul matrimonio" fra uomo e donna [da ultimo, si veda: Cass. Civ., Sez. I, 9/02/2015, n. 2400, in *Dir. e giust.* 2015, 9 febbraio, con nota di IEVOLELLA].

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.

Appare perciò fuorviante la riduzione del criterio dell' "*imitatio naturae*" ad una mera mimesi dell'istituto matrimoniale operata dai Giudici minorili romani, al fine di decretarne il superamento in virtù dei mutamenti del costume sociale, posto che tale criterio dev'essere correttamente inteso con riguardo alla necessaria compresenza di entrambe le figure genitoriali nel modello tipico della famiglia adottiva, che indubbiamente rimane un principio guida della nostra normativa in

materia di adozione, come ha sottolineato la stessa Corte Costituzionale [Corte Cost. 18.07.1986, n. 198, in *Giur. cost.* 1986, I, fasc.8].

Sotto questo profilo, pertanto, ci si dovrebbe domandare se, come si parla del “desiderio di avere dei figli” per ipotizzare il diritto dell’adulto all’adozione, non si dovrebbe piuttosto pensare ad un diritto del minore “ad avere un padre ed una madre”, diritto che indubbiamente sarebbe sovraordinato ad ogni altro.

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 [BUSACCA, opera citata, pag. 611].

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...” [BUSACCA, opera citata, pag. 604; 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.].

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 semmai 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?

Ponendosi 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.

Ancora non esistono, infatti, studi scientifici tali da aver attendibilmente dimostrato che le coppie formate da due persone dello stesso sesso possano offrire ad un minore pari opportunità di sviluppo della propria personalità rispetto a 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* [*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), 735–75], ha evidenziato come questi in realtà non rispondano 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.

Diversa consistenza scientifica parrebbe avere, con riguardo all'osservanza dei criteri scientifici usuali per questo genere di ricerche, lo studio di 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], anch'esso controverso, come tutti quelli in materia, 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.

Tuttavia, il fatto che quest'ultimo studio abbia dimostrato significativi svantaggi per le persone cresciute in una famiglia omoparentale, se pone indubbiamente più di un interrogativo, non assume una rilevanza decisiva ai fini che qui interessano, vale a dire sotto un profilo giuridico.

Infatti, ai fini della "certezza" necessaria per assicurare adeguata tutela al "preminente interesse" degli adottandi, 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, quindi, 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.

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 considerare "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 pure una prognosi circa l'esito del processo formativo della sua personalità: anzi, ciò che è prioritario valutare a questo proposito è proprio il possibile esito di tale processo evolutivo, al fine di assicurare, in sede prognostica, che l'adozione possa garantire all'adottando le migliori opportunità al riguardo.

Altrimenti detto, 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.

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.

Come si è visto, la questione della discriminazione degli adulti appartenenti a coppie omosessuali ha ben poca pertinenza con la materia in esame, proprio perché i diritti e le aspettative degli adulti, in tema di adozione, sono sottordinati rispetto a quelli del minore ed in quanto, 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.

Tuttavia, non è possibile eludere le argomentazioni addotte dalla sentenza romana per sostenere che un'interpretazione della normativa sull'adozione "in casi particolari" suscettibile "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 è chiaro i Giudici minorili capitolini propongono una lettura decisamente manipolativa della sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale [in *Giur. cost.* 2010, 2, 1604, con nota di ROMBOLI], che ha ritenuto infondata la q.l.c. delle norme che non consentono il matrimonio fra persone dello stesso sesso.

E' vero che, in quell'occasione, la Consulta ha riconosciuto come pure le "unioni omosessuali" vadano annoverate fra le formazioni sociali tutelate dall'articolo 2 della Costituzione, cui "spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia", come ricorda la decisione in esame, ma quest'ultima omette di considerare come quella stessa sentenza abbia parimenti affermato che la tutela di quel diritto non implica affatto l' "equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio".

Sostiene, invero, la Consulta che la "nozione di matrimonio" prevista dall'articolo 29 della Costituzione presuppone "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, ancorchè sovente obliterato.

Su tale presupposti, i Giudici costituzionali hanno ritenuto l'insussistenza della prospettata illegittimità costituzionale delle disposizioni denunciate, in relazione al principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione, proprio perchè

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, attinenti rispettivamente al “diritto al rispetto della vita privata e familiare”, al “diritto al matrimonio”, al “divieto di discriminazione”.

Al riguardo la Consulta aveva osservato come l’articolo 12 della CEDU (così come l’analogo articolo 9 della Carta di Nizza) in realtà rinvii alle legislazioni nazionali la disciplina dell’esercizio del diritto di sposarsi e non imponga 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”.

Si deve perciò concludere che dalla giurisprudenza costituzionale 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 affermare la parificazione anche ai fini adozionali.

Al riguardo un’autorevole dottrina, con riferimento alle citate norme CEDU, ha sottolineato come “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 ordinamento nazionale, denunciandole se stesse la loro incompetenza 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” [BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 10, 865 e segg.].

Queste considerazioni introducono un’ulteriore argomento sul quale il Tribunale minorile capitolino disserta ampiamente, 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 articoli 8 e 14 della CEDU.

A questo fine si fa riferimento alla recente sentenza della *Grand Chambre* CEDU nel caso “X e altri c. Austria” [Corte Eur. Dir. Uomo, 19.2.2013, n. 1902/2013, ricorso n. 19010/07, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)], 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”.

Esaminando con cognizione di causa il contenuto dell’anzidetta decisione, tuttavia, tale assunto si dimostra privo di fondamento.

Ci si avvede infatti che la Corte CEDU 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 [Casi “*Gas et Dubois*” - Corte Eur. Dir. Uomo 15.3.2012, ricorso n. 25951/07, “*Burden c. Regno Unito*” - Corte Eur. Dir. Uomo, 29.4.2008, ricorso n. 13378/05, “*Scalko c. Kopf*” - Corte Eur. Dir. Uomo, 24.6.2010, ricorso n. 30141/04, tutti in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)], 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’articolo 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.

La Corte CEDU 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’articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l’articolo 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”.

Si badi che 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), sicchè questo era il parametro al quale i Giudici minorili romani avrebbero dovuto far riferimento per prendere atto dell’insussistenza di una discriminazione rilevante ai fini dell’articolo 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”.

Ma, come si è già illustrato, al contrario, il diritto italiano, per il combinato disposto del primo comma, lettera b) e del terzo comma dell'articolo 44, consente solamente al coniuge, e non anche al convivente, la cosiddetta adozione "coparentale", per cui, alla luce di tale sostanziale diversità del nostro diritto nazionale rispetto a quello austriaco, il profilo discriminatorio che la CEDU aveva attribuito a quest'ultimo era del tutto insussistente relativamente al nostro.

Solo l'erronea interpretazione del Tribunale minorile romano, laddove aveva inteso attribuire anche ai singoli conviventi una *adoptandi facultas* che la legge riserva solo al coniuge, poteva invero rendere la norma nazionale suscettibile di prestarsi a rilievi critici analoghi a quelli che la CEDU aveva rivolto alla legge austriaca, ragion per cui risulta *ab imis* infondato l'argomento che il la sentenza del Tribunale minorile vorrebbe trarre dall'anzidetta decisione della CEDU.

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, prescindendo dall'interesse del minore.

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 "*Frette c. Francia*" [Corte Eur. Dir. Uomo, 26.2.2002, 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".

In altre parole, nell'anzidetta decisione della Corte CEDU, 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" [Cass. Civ., Sez. un. n. 13332/2010 citata].

A questo proposito si rendono necessarie due precisazioni.

La prima è relativa 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.

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'articolo 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 [Cass. Civ., 24.10.2007, n. 349. in *Giur. cost.* 2007, 5, 3535, con note di CATARBA, GUAZZAROTTI, SCIARABBA].

Alla regola del bilanciamento fra interessi di rilievo costituzionale, costantemente seguita dalla Consulta, “non si sottraggono neppure i diritti della persona consacrati in precetti della normativa europea”, come anche di recente ha rammentato il Giudice delle leggi nazionale [Corte Cost., 16.10.2014, n. 235, in *Dir. e giust.* 2014, 17ottobre, con nota di MARINO].

Quest’ultimo ha infatti osservato che “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” [Corte Cost. n. 349/2007 citata].

Ne consegue che l’interpretazione offerta dalla CEDU nel caso specifico, nel nostro ordinamento nazionale, non sarebbe vincolata, proprio perché soggetta ad 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”.

Oltre a ciò, 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” [BARBA, opera citata, pag. 867] e forse hanno ritenuto più utile presentare la decisione della CEDU nel modo più confacente alla tesi che avevano deciso di accogliere.

Su quest’ultimo aspetto va fatta una breve riflessione.

Il complesso delle disposizioni dettate dall’articolo 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, ciò esclude in radice la possibilità 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.

Inoltre, 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.

Tenendo presenti questi presupposti, l’impressione che si ricava dalla lettura di decisioni come quella illustrata è che l’omosessualità dell’adottante sia stata in realtà l’occasione per dimostrare un lodevole intento antidiscriminatorio, finendo tuttavia per snaturare la lettera e la ratio delle norme che si era chiamati ad interpretare e addirittura per posporre proprio il preminente interesse del minore alle aspettative degli adulti coinvolti nella vicenda. Infatti, non uno degli argomenti addotti si dimostra in grado di reggere ad un attento vaglio critico, per cui l’impressione che se ne trae è che, nonostante l’ampiezza della sua motivazione, la sentenza in esame rappresenti in realtà un tributo a quel “politicamente corretto”

che non dovrebbe trovar spazio nei provvedimenti giudiziari, specie in un materie così delicate come il diritto minorile.

---

**Questa Nota può essere così citata:**

G. MIOTTO, *Stepchild adoption omoparentale ed interesse del minore*, in *Dir. civ. cont.*,  
**5 giugno 2015**



N 3079/15

Diritto Civile Contemporaneo

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE CIVILE - 3

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MARIO FINOCCHIARO - Presidente -

Dott. ROBERTA VIVALDI - Rel. Consigliere -

Dott. ANNAMARIA AMBROSIO - Consigliere -

Dott. LUIGI ALESSANDRO SCARANO Consigliere -

Dott. FRANCESCO MARIA CIRILLO - Consigliere -

Art. 147 c.c. -  
Risarcimento danni -  
Illecito endofamiliare

Ud. 11/12/2014 - PU

R.G.N. 7927/2013  
Non 3079

Rep. c. I

RECUPERO PER  
L'INTERESSA INFERIORE  
356 c. v.

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 7927/2013 proposto da:

GC X , RC

X , elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIUSEPPE FERRARI 11, presso lo studio dell'avvocato DINO VALENZA, che le rappresenta e difende, giusta delega in calce al ricorso;

- ricorrenti -

contro

AG VF , elettivamente domiciliata in ROMA, VIA AMPIO FLAVIANO 20, presso lo studio dell'avvocato SALVATORE BUONOMO, rappresentata e difesa



dall'avvocato UBALDO MARRONE, giusta procura speciale in calce al controricorso;

*- controricorrente -*

avverso la sentenza n. 1309/2012 della CORTE D'APPELLO di PALERMO del 13.4.2012, depositata il 24/09/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza dell'11/12/2014 dal Consigliere Relatore Dott. ROBERTA VIVAIEDI;

udito per le ricorrenti l'Avvocato Paola Stoppello (per delega verbale dell'avv. Dino Valenza) che si riporta ai motivi del ricorso;

udito per la controricorrente l'Avvocato Ubaldo Marrone che si riporta agli scritti.

*af*

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

CR e CG hanno proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi illustrati da memoria avverso la sentenza della Corte d'Appello di Palermo del 24.9.2012 che - in un giudizio di risarcimento danni promosso da VF AG nei confronti di FG per omesso mantenimento, assistenza ed istruzione, ritenendolo responsabile di non avere adempiuto ai doveri genitoriali nei suoi confronti quale figlia naturale - , ha accolto parzialmente l'appello proposto dalla stessa AG condannando CG e CR , in solido ed in qualità di coeredi di FG , al pagamento della somma di € 50.000,00 in suo favore.

Resiste con controricorso VF AG .

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

Con il primo motivo le ricorrenti denunciano violazione e falsa applicazione dell'art. 147 c.c. e 116 c.p.c. anche in relazione art. 30 Cost. (art 360, num. 3, c.p.c.).

Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 c.c., 2059 c.c., art. 2947 c.c. [ rectius 2697 c.c.] e 116 c.p.c. (art 360, num. 3, c.p.c.).

I due motivi, intimamente connessi, sono esaminati congiuntamente.

Essi non sono fondati per le ragioni che seguono.

In primo luogo, vale sottolineare che, a di là delle violazioni denunciate, in realtà le ricorrenti perseguono un nuovo riesame di merito, non consentito in questa sede, a fronte di una puntuale e corretta motivazione.

Così, in ordine alla prospettata violazione dell'art. 147 c.c., ritenuta dalla Corte di merito motivatamente esistente, da parte del G , per il suo comportamento violativo dei doveri genitoriali.

La vicenda s'inserisce nella più vasta problematica della responsabilità aquiliana nei rapporti familiari oggetto di una rielaborazione condotta sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali della persona.

Ora, l'obbligo del genitore naturale di concorrere al mantenimento del figlio nasce proprio al momento della sua nascita, anche se la procreazione sia stata successivamente accertata con sentenza (Cass.20 dicembre 2011, n. 27653; Cass.3 novembre 2006. n. 23596).

E ciò perché la sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento comportando per il genitore, ai sensi dell'art. 261 c.c., tutti i doveri

propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ai sensi dell'art. 148 c.c..

L'obbligazione, infatti, trova la sua ragione giustificatrice nello status di genitore, la cui efficacia retroattiva è datata appunto al momento della nascita del figlio (fra le varie Cass. 6.11.2009 n. 23630).

Inoltre, l'obbligo dei genitori di mantenere i figli (artt. 147 e 148 c.c.) sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsiasi domanda.

La conseguenza ineludibile è che, anche nell'ipotesi in cui al momento della nascita il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, per ciò stesso non viene meno l'obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale.

La ragione è evidente, poiché il diritto del figlio naturale ad essere mantenuto, istruito ed educato, nei confronti di entrambi i genitori, è sorto fin dalla sua nascita (Cass. 22.11.2013 n. 26205; Cass. 10.4.2012 n. 5652; Cass. 2.2.2006 n. 2328; Cass. 14.5.2003 n. 7386).

Quanto al secondo profilo, relativo al risarcimento del danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.), la decisione adottata dalla Corte di merito è ineccepibile.

Nella giurisprudenza di legittimità (fra le varie Cass.22.11.2013 n. 26205; Cass. 10.4.2012 n. 5652; Cass.15.9.2011 n. 18853), è stata, infatti, da tempo enucleata la nozione di illecito endofamiliare.

Su tale base, la violazione dei relativi doveri non trova la sua sanzione, necessariamente e soltanto, nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia.

La natura giuridica di tali obblighi, infatti, comporta che la relativa violazione, nell'ipotesi in cui provochi la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo ad un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c., come reinterpretato alla luce dei principi enucleati dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nella nota decisione n. 26972 del 2008.

Ed è su tale base che la Corte di merito - nel pieno rispetto dei principi relativi al danno - conseguenza, - lo ha riconosciuto sussistere: sulla base delle risultanze probatorie acquisite ed accuratamente esaminate, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c..

Il che vuol dire la risarcibilità del pregiudizio di natura non patrimoniale, quando il fatto illecito abbia violato in

modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale.

Il disinteresse dimostrato da un genitore nei confronti di una figlia - come accertato in sede di merito - , integra da un lato, la violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, e determina, dall'altro, un' immancabile ferita di quei diritti nascenti dal rapporto di filiazione, che trovano nella carta costituzionale (in part., artt. 2 e 30), e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento un elevato grado di riconoscimento e di tutela.

Conclusivamente, il ricorso è rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e, liquidate come in dispositivo, sono poste a carico solidale delle ricorrenti.

Sussistono le condizioni per l'applicazione del disposto dell'art. 13 comma 1 quater dpr n. 115/2002 introdotto dalla legge 228 del 2012.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso. Condanna le ricorrenti in solido al pagamento delle spese che liquida in complessivi € 5.200,00, di cui € 5.000,00 per compensi, oltre spese generali ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater del d.p.r. n. 115/2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento,

da parte delle ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1- bis, dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, il giorno 11 dicembre 2014, nella camera di consiglio della sesta sezione civile - 3 della Corte di cassazione.

Il Consigliere Estensore

Il Presidente

DEPOSITATO IN CANCELLERIA  
16 FEB. 2015

Roma.

Il Funzionario Giudiziario  
Pro'c. TALARICO