

**CASSAZIONE CIVILE; sez. I,
22 giugno 2016, n. 12962**
DI PALMA Presidente, ACIERNO Estensore

**Adozione di minore – Genitore omosessuale - Curatore speciale – Nomina – Esclusione
(l. n. 184/83 artt. 44, 46 e 57)**

L'interesse del genitore al consolidamento del proprio progetto di vita omosessuale e genitoriale non è ex se confliggente con l'interesse del minore, e pertanto la nomina del curatore speciale deve essere esclusa se non sono presenti particolari circostanze che la richiedano, oggetto di valutazione del giudice caso per caso.

Adozione di minore – Coppia omosessuale – Adozione del compagno di uno dei genitori – Necessità affidamento preadottivo – Esclusione - Best interest del minore - Fattispecie

Nell'applicare il principio del best interest del minore, l'espressione "impossibilità di affidamento preadottivo" contenuta nella clausola residuale di cui all'Art. 44 c. 1 lett. d) della L. 184/83 deve essere interpretata estensivamente, nel senso di ricomprendere oltre all'impossibilità di fatto, anche quella di diritto, nella prospettiva di valorizzare rapporti di fatto già esistenti con il minore. (Nel caso di specie, al fine di permettere l'adozione del minore al compagno del genitore, si è ritenuto integrato tale requisito anche nell'ipotesi del minore non in stato di abbandono, attesa la presenza di un genitore accidentente).

MOTIVI DELLA DECISIONE – 1. – Con il primo motivo (con cui deduce: "Omesa nomina del curatore speciale della minore ai sensi dell'articolo 18 c.p.c. – nel procedimento di adozione il conflitto di interessi del minore è in re ipsa"), il Pubblico Ministero ricorrente critica la sentenza impugnata, sostenendo che: a) la situazione di conflitto d'interessi si manifesta nello stesso ricorso introduttivo, laddove è esplicitato che la nascita di (OMISSIS) è stata il frutto di un progetto portato avanti dalla coppia costituita dalla madre biologica e dalla ricorrente, "dal che è agevole ravvisare l'aspirazione di entrambe, e quindi anche della madre della minore, a vivere la bigenitorialità nell'ambito del rapporto di coppia come consolidamento dello stesso" (cfr. Ricorso, p. 4); b) tale conflitto è "potenziale", dal momen-

to che la madre agisce nel proprio interesse e ritiene che tale interesse coincida con quello della minore, sicché la decisione impugnata, anche se formalmente tesa a salvaguardare l'interesse della minore, appare sostanzialmente ispirata da una concezione "adultocentrica"; c) l'assenso della madre all'adozione non è risolutivo, trattandosi di una condizione della procedura prevista per qualsiasi tipologia di adozione in casi particolari; d) pertanto, sarebbe stato necessario scindere le due posizioni, quella di portatrice di un interesse morale all'adozione e quella di legale rappresentante dell'adottanda, appunto con la nomina di un curatore speciale della minore.

Con il secondo motivo (con cui deduce: "Errore nella applicazione della legge L. 184 del 1983, ex articolo 44, lettera d"), il ricorrente critica ancora la sentenza impugnata, quanto all'interpretazione dell'articolo 44, comma 1, lett. d), data dalla Corte d'Appello, sostenendo che: a) la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" presuppone pur sempre la preesistenza di una situazione di abbandono, trattandosi di un istituto giuridico unitario dai caratteri individuabili in negativo che mira a offrire tutela a situazioni di adozione difficili od impossibili di fatto, come è comprovato dalla stessa scelta del participio passato "constatata", che rimanda ad un'attività materiale - la ricerca di una coppia idonea all'affidamento preadottivo - al cui esito infruttuoso soltanto si apre la possibilità dell'adozione speciale; b) al riguardo, il richiamo della sentenza della Corte Costituzionale n. 383 del 1999 non appare pertinente, in quanto tale sentenza è relativa ad una fattispecie concernente la domanda di adozione speciale rivolta da parenti entro il quarto grado che già si occupano ed accudiscono il minore, così impedendo la dichiarazione di abbandono; c) invece, la sentenza della Corte di Cassazione n. 22293 del 2013 afferma correttamente che non può dilatarsi la nozione d'impossibilità di affidamento preadottivo al punto da ricomprendervi l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, con la conseguenza che l'impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta un'ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante.

1.1. - Nell'odierna udienza di discussione, il sostituto Procuratore Generale ha chiesto: 1) in via preliminare, la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, perché involgente una questione di massima di particolare importanza; 2) in via subordinata, l'accoglimento del ricorso, ritenendo inapplicabile alla fattispecie dedotta nel presente giudizio la L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. d), in quanto tutta la disciplina normativa relativa all'adozione, comprensiva dell'articolo 44, è rivolta alla tutela dell'infanzia maltrattata, abbandonata ed abusata, mentre nel caso di specie la minore ha un genitore legittimo che si occupa in modo del tutto idoneo di lei; inoltre, l'interpretazione della condicio legis "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" che non richieda la preventiva esistenza di una condizione di abbandono determinerebbe un aggiramento

del limite contenuto nella lett. *b*) dello stesso articolo 44, il quale consente soltanto l'adozione del figlio del coniuge ed esclude tale possibilità per le coppie eterosessuali o dello stesso sesso che non siano unite in matrimonio; ancora, la Corte d'Appello di Roma non ha neanche tentato un'interpretazione costituzionalmente orientata della lett. *h*) dell'articolo 44, volta ad estenderne l'applicazione anche alle coppie di fatto, ne' ha ritenuto di sollevare eccezione d'illegittimità costituzionale della norma per disparità di trattamento tra le unioni matrimoniali e le altre forme di relazione stabile oppure per discriminazione dovuta ad orientamento sessuale, ma ha ritenuto applicabile la lett. *d*) nonostante il carattere derogatorio e di stretta interpretazione della norma; infine, a fronte di un'ampia varietà di situazioni familiari stabili meritevoli di tutela, deve ritenersi rimessa al legislatore la scelta in ordine ai valori ed ai diritti da tutelare.

2. - Preliminarmente, quanto alla richiesta di rimessione alle Sezioni Unite formulata dal sostituto Procuratore Generale, il Collegio osserva innanzitutto che, secondo il consolidato e condiviso orientamento di questa Corte (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 4219 del 1985, 359 del 2003, 8016 del 2012), l'istanza di parte volta all'assegnazione del ricorso alle sezioni unite, formulata ai sensi dell'articolo 376 cod. proc. civ. (nella specie, ai sensi del terzo comma dello stesso articolo 376) e dell'articolo 139 disp. att. cod. proc. civ., costituisce mera sollecitazione all'esercizio di un potere discrezionale, che non solo non è soggetto ad un dovere di motivazione, ma non deve neppure necessariamente manifestarsi in uno specifico esame e rigetto di detta istanza.

Fermo restando quanto ora ribadito, può in ogni caso osservarsi che la Corte di cassazione ha pronunciato a sezione semplice su numerose questioni variamente collegate a temi socialmente e/o eticamente sensibili, in tema sia di "direttive di fine vita" (sentenza n. 21748 del 2007), sia di limiti al riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive (sentenze nn. 4184 del 2012 e 2004 del 2015), sia di adozione da parte della persona singola (sentenze nn. 6078 del 2006 e 3572 del 2011), sia di surrogazione di maternità nella forma della gestazione affidata a terzi (sentenza n. 24001 del 2014). Deve, pertanto, ritenersi che non tutte le questioni riguardanti diritti individuali o relazionali di più recente emersione ed attualità sono per ciò solo qualificabili come "di massima di particolare importanza" nell'accezione di cui all'articolo 374 c.p.c., comma 2.

3. - In limine, il Collegio precisa che, nella specie, il rapporto di filiazione esistente tra la minore e la madre biologica e legale, al pari del rapporto che lega la minore alla richiedente l'adozione ai sensi della L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. *d*), non è riconducibile ad alcuna delle forme di cosiddetta "surrogazione di maternità" realizzate mediante l'affidamento della gestazione a terzi: la minore, infatti, è stata riconosciuta dalla donna

che l'ha partorita, in applicazione dell'articolo 269 c.c., comma 3.

4. - Il ricorso non merita accoglimento.

4.1. - Il primo motivo non è fondato.

Con esso (cfr., *supra*, n. 1.), la critica del ricorrente si incentra sulla prefigurabilità di un conflitto "potenziale" (così qualificato dallo stesso ricorrente) tra l'interesse della madre ad ottenere riconoscimento giuridico dell'unione con la propria partner e quello, autonomo, della minore adottanda, conflitto dal quale scaturirebbe la necessità della nomina di un curatore speciale della minore medesima.

La questione che tale motivo pone non ha precedenti specifici e consiste nello stabilire se, nell'ambito di un rapporto di convivenza di coppia, la domanda proposta da una delle persone componenti la coppia per l'adozione del figlio minore dell'altra, ai sensi della L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. d), determini *ex se* un conflitto di interessi, anche solo potenziale, tra la madre ed il minore adottando.

Al riguardo, è indispensabile premettere il quadro normativo di riferimento interno e convenzionale concernente la rappresentanza e la partecipazione del minore ai giudizi che lo riguardano.

La generale previsione contenuta nell'articolo 78 c.p.c., comma 2 - "Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante" - deve integrarsi, con specifico riferimento al minore, con gli articoli 3 e 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva dalla L. 27 maggio 1991, n. 176, nonché con gli articoli 4 e 9 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e resa esecutiva dalla L. 20 marzo 2003, n. 77.

In particolare, la Convenzione di New York - dopo aver affermato, nell'articolo 3, par. 1, il fondamentale principio, secondo cui "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente" -, con l'articolo 12, par. 2, stabilendo che "... si darà... al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in modo compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale", sancisce l'autonomia dei diritti e degli interessi del minore anche nei procedimenti giurisdizionali.

A sua volta, l'articolo 4, par. 1, della Convenzione di Strasburgo dispone che "Salvo quando disposto dall'articolo 9, il fanciullo ha il diritto di chiedere, personalmente o per il tramite di altre persone o organi, la designazione di un rappresentante speciale delle procedure dinanzi ad

un'autorità giudiziaria che lo concernono, qualora il diritto interno privi coloro che hanno responsabilità di genitore, della facoltà di rappresentare il fanciullo per via di un conflitto d'interesse con lo stesso". E il successivo articolo 9, par. 1, stabilisce che "Nelle procedure che interessano un fanciullo, se, in virtù del diritto interno, coloro che hanno responsabilità di genitore si vedono privati della facoltà di rappresentare il fanciullo a causa di un conflitto d'interessi con lo stesso, l'autorità giudiziaria può designare un rappresentante speciale per il fanciullo in tali procedure".

Tale quadro normativo convenzionale esige, dunque, che possa essere rappresentata autonomamente la posizione del minore nei giudizi che lo riguardano e si riferisce in particolare a quelli relativi ad interventi sulla responsabilità genitoriale ed a quelli adottivi, riservando tuttavia ai legislatori nazionali di stabilirne le modalità.

La scelta operata dal legislatore italiano è fondata sulla predeterminazione normativa di alcune peculiari fattispecie nelle quali è ipotizzabile in astratto, senza dover distinguere caso per caso, il conflitto d'interessi, con conseguente necessità di nomina del curatore speciale a pena di nullità del procedimento per violazione dei principi costituzionali del giusto processo (cfr., ad esempio, articolo 244 cod. civ., comma 6, articolo 247 cod. civ., commi 2, 3 e 4, articolo 248 cod. civ., commi 3 e 5, articolo 249 cod. civ., commi 3 e 4, articolo 264 cod. civ.), mentre tutte le altre concrete fattispecie di conflitto d'interessi potenziale, che possa insorgere nei giudizi riguardanti i diritti dei minori, sono regolate dall'articolo 78 cod. proc. civ., comma 2: ciò significa che il giudice del merito è tenuto a verificare in concreto l'esistenza potenziale di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentante e quello preminente del minore rappresentato.

L'impostazione binaria ora illustrata è coerente con l'interpretazione complessiva del sistema di tutela della effettiva rappresentanza degli interessi del minore nei giudizi che lo riguardano, derivante dagli orientamenti della Corte costituzionale e della giurisprudenza di legittimità.

In particolare, la Corte costituzionale, già nell'ordinanza n. 528 del 2000, allude alla necessità di verificare l'esistenza nel nostro ordinamento di norme che consentano la nomina del curatore speciale del minore nei giudizi che hanno ad oggetto la potestà genitoriale (articoli 333 e 336 cod. civ., *ratione temporis applicabili*), ancorché non vi sia una previsione puntuale al riguardo nelle norme codicistiche richiamate. La stessa indicazione è contenuta nella sentenza n. 1 del 2002, nella quale viene espressamente precisato che il menzionato articolo 12 della Convenzione di New York integra la disciplina contenuta nell'articolo 336 cod. civ. (nella versione *ratione temporis applicabile*) in modo da consentire, "se del caso", la nomina di un curatore speciale. Nella sentenza n. 83 del 2011, la Corte è esplicita nell'affermare che, se di regola la rappresentanza sostanziale e processuale del minore è affidata al genitore, qualora si prospettino situa-

zioni di conflitto d'interessi, spetta al giudice procedere alla nomina del curatore anche d'ufficio, "avuto riguardo allo specifico potere attribuito in proposito all'autorità giudiziaria dall'articolo 9, comma 1, della Convenzione di Strasburgo.... previa prudente valutazione delle circostanze del caso concreto" (n. 5 del Considerato in diritto).

Coerentemente con i principi soprarichiamati -fondati sul rafforzamento del potere-dovere del giudice del merito di verificare in concreto l'esistenza di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del genitore-rappresentante legale e quelli del minore -, sono state individuate, anche ai fini della delimitazione del sindacato di legittimità di questa Corte, le ipotesi di conflitto d'interessi, rilevabili in astratto ed in via generale, distinguendole dalle situazioni concrete che volta a volta il giudice del merito ha il potere-dovere di esaminare, anche alla luce delle norme convenzionali sopra indicate e del sistema potenziato di tutela processuale della posizione del minore nei giudizi che lo riguardano, derivante dalla L. 28 marzo 2001, n. 149 (di modifica della l. n. 184 del 1983, le cui norme processuali sono entrate in vigore il 1 luglio 2007). Al riguardo, può richiamarsi la sentenza n. 7281 del 2010, con la quale, in ordine ad un giudizio di adottabilità, si è ritenuto che il conflitto d'interessi tra genitori e minore, ai sensi della L. 184 del 1983, articolo 8, u.c., e articolo 10, comma 2, sia in re ipsa, con conseguente obbligo per il giudice di provvedere alla nomina del curatore speciale, mentre relativamente al rapporto tra tutore e minore la valutazione in concreto di una situazione d'incompatibilità debba essere frutto di valutazione svolta caso per caso dal giudice (cfr., in senso conforme, le sentenze nn. 12290, 16553 e 16870 del 2010, 11420 del 2014).

L'apprezzamento dell'esistenza di un potenziale conflitto d'interessi, che non sia previsto normativamente in modo espreso (come ad esempio, nel disconoscimento di paternità, dal citato articolo 244 c.c., u.c.) o non sia ricavabile dall'interpretazione coordinata delle norme che regolano il giudizio (come nel procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità), è rimesso in via esclusiva al giudice del merito e non è sindacabile in sede di giudizio di legittimità: al riguardo, può richiamarsi la sentenza n. 5533 del 2001, secondo la quale il conflitto d'interessi tra genitore e figlio minore si determina non "in presenza di un interesse comune, sia pure distinto ed autonomo, di entrambi al compimento di un determinato atto, ma soltanto allorché i due interessi siano nel caso concreto incompatibili tra loro". Il medesimo principio è affermato nella motivazione della sentenza n. 21651 del 2011, proprio con riferimento ad una fattispecie di adozione in casi particolari, ai sensi della L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. b), laddove non si esclude "in linea di principio" l'applicabilità dell'articolo 78 c.p.c., comma 2, ma si afferma, richiamando la precedente pronuncia n. 2489 del 1992, che "il conflitto deve essere concreto, diretto ed attuale, e sussiste se al vantaggio di un soggetto corrisponde il danno dell'altro".

Alla luce dei richiamati principi, emerge chiaramente l'infondatezza

del motivo in esame. Rilevato che viene censurata – sotto il profilo della violazione di norme di diritto di cui all’articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, – l’”Omessa nomina del curatore speciale della minore ai sensi dell’articolo 78 c.p.c.”, sul rilievo che “nel procedimento di adozione il conflitto di interessi del minore è in re ipsa”, anche se da ritenersi non in atto ma potenziale, deve escludersi che possa trarsi in via ermeneutica, in carenza d’indici normativi specifici, un’incompatibilità d’interessi ravvisabile in generale quale conseguenza dell’applicazione della L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. *d*). Questa peculiare ipotesi normativa di adozione in casi particolari mira infatti – come meglio risulterà nel corso dell’esame del secondo motivo (cfr., *infra*, n. 4.2.) – a dare riconoscimento giuridico, previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all’interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall’adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali. La ratio dell’istituto è quella di consolidare, ove ricorrano le condizioni dettate dalle legge, legami preesistenti e di evitare che si protraggano situazioni di fatto prive di uno statuto giuridico adeguato. All’interno di tale paradigma non può ravvisarsi una situazione d’incompatibilità d’interessi in re ipsa, desumibile cioè dal modello adottivo astratto, tra il genitore-legale rappresentante ed il minore adottando.

Al riguardo, deve aggiungersi che non può non cogliersi, nella necessità dell’assenso del genitore dell’adottando previsto dalla L. 184 del 1983, articolo 46, un indice normativo contrario alla configurabilità, in via generale ed astratta, di una situazione di conflitto d’interessi anche solo potenziale. Tale situazione può, invece, riscontrarsi in concreto nel corso del procedimento di adozione di cui all’articolo 44, sicché il giudice, se sollecitato da una delle parti o dal pubblico ministero, deve verificarne l’esistenza nella fattispecie dedotta in giudizio. Nella specie, la Corte d’Appello, con l’ordinanza del 9 aprile 2015 (cfr., *supra*, Fatti di causa, n. 2.) ha trattato espresamente la questione, escludendo la necessità della nomina di un curatore speciale, sia in considerazione della radicale diversità della situazione sub iudice rispetto a quelle che caratterizzano le dichiarazioni di adottabilità, nelle quali viene in luce proprio l’inidoneità dei genitori e l’inadempienza ai doveri discendenti dal vincolo di filiazione, sia in relazione alla valutazione in concreto della comunanza – e non dell’incompatibilità – degli interessi del genitore e del minore, sia, infine, in considerazione della necessità dell’assenso preventivo all’adozione da parte del genitore stesso.

La censura, in conclusione, è da respingersi sotto il profilo della violazione di legge, dal momento che il conflitto d’interessi denunciato non è in re ipsa ma va accertato in concreto con riferimento alle singole situazioni dedotte in giudizio.

Può, infine, osservarsi che l’unica ragione posta a sostegno della denunciata incompatibilità d’interessi è stata individuata nell’interesse della

madre della minore al consolidamento giuridico del proprio progetto di vita relazionale e genitoriale. Al riguardo, tuttavia: o si ritiene che sia proprio la relazione sottostante (coppia omoaffettiva) ad essere potenzialmente contrastante, in re ipsa, con l'interesse del minore, incorrendo però in una inammissibile valutazione negativa fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale della madre della minore e della richiedente l'adozione, di natura discriminatoria e comunque priva di qualsiasi allegazione e fondamento probatorio specifico; oppure si deve escludere tout court, come già ampiamente argomentato, la configurabilità in via generale ed astratta di una situazione di conflitto d'interessi. E, comunque, anche a voler qualificare il vizio denunciato all'interno del paradigma di cui all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (ancorché non espressamente dedotto), la Corte d'Appello ha compiutamente esaminato il profilo indicato, ne ha trattato in modo completo ed ha espresso, di conseguenza, una valutazione finale insindacabile.

4.2. - Anche il secondo motivo è privo di fondamento.

Il suo esame sarà incentrato sull'esatta delimitazione dell'ambito di applicazione dell'ipotesi normativa di adozione in casi particolari disciplinata nella L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. *d*). In particolare, l'indagine ermeneutica sarà concentrata sul contenuto da attribuire alla disposizione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", condizione questa - in cui deve trovarsi il minore adottando - indispensabile per l'applicazione di tale fattispecie di adozione.

4.2.1. - Al fine di pervenire ad un'interpretazione coerente con la lettera e la ratio dell'istituto, oltreché con il contesto costituzionale e convenzionale all'interno del quale devono collocarsi i diritti del minore, è necessario esaminare il testo dell'articolo 44 nella sua interezza nonché la sua evoluzione normativa ed applicativa alla luce, in particolare, della giurisprudenza della Corte costituzionale e di questa Corte.

Il testo originario della norma era il seguente: "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, orfano di padre e di madre, da vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo comma 1. L'adozione, nei casi indicati nel precedente comma, è consentita anche in presenza di figli legittimi comma 2. Nei casi di cui alle lett. *a*) e *c*) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, il minore deve essere adottato da entrambi i coniugi terzo comma. In tutti i casi l'adottante deve superare di almeno diciotto anni l'età di coloro che intende adottare comma 4".

L'articolo 25 della menzionata L. 28 marzo 2001, n. 149, ha sostituito l'intero articolo 44, inserendo, in particolare, una nuova ipotesi adottiva relativa al minore disabile, contrassegnata dalla lett. c). Per effetto di questa interpolazione, l'adozione "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo" risulta attualmente contrassegnata dalla lett. d). Inoltre, le successive modifiche hanno riguardato la soppressione - ad opera del Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, articolo 100, comma 1, lett. t), nel comma 2 dello stesso articolo 44, dell'attributo "legittimi" dopo "figli", nonché l'inserimento - ad opera della L. 19 ottobre 2015, n. 173, articolo 4, comma 1, (Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare) -, nell'articolo 44, comma 1, lett. a), dopo le parole "stabile e duraturo", relative al rapporto del minore orfano di padre e di madre con parenti fino al sesto grado, delle parole "anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento".

Il testo vigente della L. 184 del 1983, articolo 44 risulta, pertanto, il seguente: "2. 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, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, 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 dalla L. 5 febbraio 1992, n. 104, articolo 3, comma 1, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. 2. L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli. 3. Nei casi di cui alle lett. a), e), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi. 4. Nei casi di cui alle lett. a) e d) del comma 1 l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare".

È, infine, indispensabile tener presente che il tribunale per i minorenni, per ogni ipotesi di adozione non legittimante, oltre all'acquisizione dell'assenso del genitore dell'adottando (articolo 46, comma 1, cit.), deve svolgere l'indagine prevista dal successivo articolo 57, il quale dispone: "Il tribunale verifica: 1) se ricorrono le circostanze di cui all'articolo 44; 2) se l'adozione realizza il preminente interesse del minore primo comma. A tal fine il tribunale per i minorenni, sentiti i genitori dell'adottando, dispone l'esecuzione di adeguate indagini da effettuarsi, tramite i servizi locali e gli organi di pubblica sicurezza, sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia secondo comma. L'indagine dovrà riguardare in particolare: a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b)

i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore terzo comma". La lett. a) del terzo comma è stata sostituita ad opera della L. 149 del 2001, articolo 29, che ha esteso l'accertamento da svolgere anche alla "idoneità affettiva".

4.2.2. - Alla luce di tale quadro normativo, l'interpretazione della condizione costituita dalla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", non può essere scissa ne' dall'esame complessivo dell'istituto dell'adozione in casi particolari ne' dalle modifiche normative medio tempore intervenute, al fine di verificare se la sua ratio originaria possa ritenersi tuttora intatta oppure sia mutata in conseguenza dell'evoluzione del quadro normativo.

Il Procuratore generale ricorrente ed il sostituto Procuratore generale d'udienza aderiscono nettamente alla richiamata "tesi restrittiva" (cfr., *supra*, un. 1. e 1.1.), che si fonda sulla qualificazione della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" come "impossibilità di fatto": secondo tale tesi, l'inveramento della condizione richiede ineludibilmente la preesistenza di una situazione di abbandono (o di semi abbandono) del minore.

Al riguardo, possono individuarsi tre ragioni giustificative di questa lettura della norma: 1) la valorizzazione dell'intentio legis: l'originaria lett. c), ora lett. d), del comma 1 dell'articolo 44, anche secondo alcuni orientamenti dottrinali espressi nella fase di prima applicazione della norma, doveva essere rivolta a scongiurare l'affidamento a terzi di minori da parte dei genitori mediante l'aggiramento del rigoroso regime dell'adozione legittimante; tale ratio originaria ha, di conseguenza, permeato l'istituto, limitandone anche attualmente l'applicazione a minori in condizioni di prolungata istituzionalizzazione, alla quale non sia seguito, e verosimilmente non possa seguire, l'affidamento preadottivo; 2) l'utilizzazione del sintagma "constatata impossibilità" richiama una situazione di fatto preesistente; 3) la contraria interpretazione "estensiva" come sottolineato anche dal sostituto Procuratore Generale nella sua requisitoria d'udienza - condurrebbe a dichiarare l'adozione in casi particolari tutte le volte che ciò corrisponda all'interesse del minore adottando, con conseguente aggiramento della condizione limitativa imposta dalla legge.

Il Collegio non condivide tale opzione interpretativa.

L'esame critico del suo fondamento va svolto, come già detto, muovendo dal quadro normativo costituito dalla L. 184 del 1983 e dagli altri rilevanti interventi innovativi in tema di filiazione, dianzi delineati. L'analisi deve essere completata con la verifica dell'incidenza del quadro costituzionale e convenzionale, ed in particolare dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di "best interest" del minore.

Deve sottolinearsi che l'articolo 44, al comma 1, stabilisce che l'ac-

certamento di una situazione di abbandono (articolo 8, comma 1) non costituisce, differentemente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari, e che tale prescrizione di carattere generale si applica a tutte le ipotesi previste dallo stesso articolo 44, lett. *a)*, *b)*, *c)* e *d)*. Infatti, tale norma dispone che "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7" e il richiamato articolo 7, al comma 1, stabilisce come condizione necessaria per l'adozione legittimante la dichiarazione di adottabilità, la quale presuppone a sua volta l'accertamento della situazione di abbandono così come prescritto nel successivo articolo 8, comma 1. Risulta pertanto, anche dal mero esame testuale delle norme sopraindicate, che l'adozione in casi particolari può essere dichiarata a prescindere dalla sussistenza di una situazione di abbandono del minore adottando.

La conferma dell'assunto si trae anche dal successivo articolo 11, comma 1, nella parte in cui stabilisce che, relativamente al minore orfano di entrambi i genitori e privo di parenti entro il quarto grado che abbiano con lui rapporti significativi, il tribunale per i minorenni deve dichiarare lo stato di adottabilità, "salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'articolo 44".

Le altre differenze di regime giuridico tra le due diverse categorie di adozione, hanno invece una portata applicativa più limitata. Il limite dovuto alla differenza d'età si applica soltanto alle ipotesi sub *a)* e *d)* e l'estensione alle persone non sposate non riguarda l'ipotesi relativa all'adozione del figlio del coniuge, regolata dalla lett. *b)*.

Deve, pertanto, essere pienamente valorizzata ai fini ermeneutici la portata generale della prescrizione contenuta nel comma 1 dell'articolo 44, secondo la quale -si ribadisce - la preesistenza dello stato di abbandono non costituisce limite normativo all'applicazione della norma nella sua interezza e conseguentemente, per quanto rileva in questa sede, anche all'ipotesi descritta nella lett. *d)*.

Sostenere invece che, per integrare la condizione della "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo", debba sempre sussistere la situazione di abbandono, oltretutto contrastare con l'articolo 44, comma 1 -nella parte in cui ne esclude la necessità per tutte le ipotesi descritte dalla norma, senza distinzione tra le singole fattispecie, come invece si riscontra nel terzo comma dell'articolo 44 relativamente agli altri requisiti relativi all'età o all'insussistenza dello status coniugale -, condurrebbe sempre ad escludere che, nell'ipotesi di cui alla lett. *d)*, l'adozione possa conseguire ad una relazione già instaurata e consolidata con il minore, essendo tale condizione relazionale contrastante con l'accertamento di una situazione di abbandono così come descritta nella L. 184 del 1983, articolo 8 cit., comma 1.

Già sul piano dell'esame testuale delle norme l'adozione in casi particolari si caratterizza per una radicale differenza di disciplina in ordine

alle condizioni di accesso (oltrech  a differenze di rilievo anche quanto agli effetti, il cui esame   per  superfluo) non priva d’influenza sul piano sistematico. Al riguardo, deve ritenersi che vi siano due modelli di adozione, quella legittimante, fondata sulla condizione di abbandono del minore, e quella non legittimante, fondata su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, sia in ordine alla relazione con il richiedente l’adozione.

All’interno di questa diversa categoria di genitorialit  adottiva prevista dal nostro ordinamento, deve rilevarsi che delle quattro fattispecie di adozione in casi particolari descritte nell’articolo 44, quella contrassegnata dalla lett. *d*)   caratterizzata da un grado di determinazione inferiore alle altre tre: nella prima, infatti, vengono esattamente definite le situazioni del minore (orfano di padre e madre) e dell’adottante (parente entro il sesto grado con preesistente rapporto stabile e duraturo con il minore); nella seconda, ugualmente, il minore adottando deve essere figlio, anche adottivo, di un coniuge e l’adottante non pu  che essere l’altro coniuge; nella terza, il minore deve essere orfano di entrambi i genitori e portatore di handicap, mentre non   richiesta alcuna condizione in ordine all’adottante; nella lett. *d*), invece, nessun requisito viene indicato per definire i profili dell’adottante e dell’adottando, essendo soltanto prevista la condicio legis della “constatata impossibilit  dell’affidamento preadottivo”.

L’impostazione di cui alle considerazioni che precedono   del tutto coerente con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 383 del 1999.

Con questa pronuncia, infatti, la Corte – nel dichiarare non fondata, in riferimento all’articolo 3 Cost. e articolo 30 Cost., co. 2, anche la questione di legittimit  costituzionale della L. 184 del 1983, articolo 44, co. 1, lett. *c*), (testualmente corrispondente alla vigente lettera *d* dello stesso articolo 44: cfr., *supra*, n. 4.2.1.) – ha affermato, tra l’altro, che:

- a) “.... la L. 184 del 1983, articolo 44 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell’adozione “legittimante”, consentendo l’adozione dei minori “anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell’articolo 1”. In questa logica di apertura, la lett. *c*) fornisce un’ulteriore “valvola” per i casi che non rientrano in quelli pi  specifici previsti dalle lettere *a*) e *b*)”;
- b) “Le ordinanze di rimessione ritengono di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla “constatata impossibilit  di affidamento preadottivo” il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all’ipotesi prevista dalla lett. *c*) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilit , nonch  il vano tentativo del predetto affidamento. In realt , l’articolo 44   tutto retto dalla “assenza delle condizioni” previste

- dal primo comma del precedente articolo 7 della medesima L. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'articolo 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lett. c)";
- c) "Una ulteriore conferma della adottabilità dei minori in tutti i casi rientranti nelle tre lettere dell'articolo 44 anche quando non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili si trae dal disposto del primo comma del precedente articolo 11. È evidente allora che, nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore" (nn. 2. e 3. del Considerato in diritto).

L'attenzione prestata dalla Corte costituzionale all'aspetto della continuità affettiva ed educativa della relazione tra l'adottante e l'adottando, come elemento caratterizzante la realizzazione dell'interesse del minore, anticipa significativamente le linee ispiratrici degli interventi legislativi di riforma della filiazione e degli istituti dell'adozione e della stessa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani, sviluppatasi nell'ultimo decennio intorno al contenuto e alla preminenza del "best interest" del minore anche rispetto all'interesse pubblico degli Stati.

In particolare, quanto ai predetti interventi legislativi, la riforma della filiazione, di recente attuata mediante la L. Delega 10 dicembre 2012, n. 219, ed il già citato D.Lgs n. 154 del 2013, ha modificato incisivamente la preesistente disciplina normativa degli status filiali, stabilendo solo per il figlio l'imprescrittibilità del diritto a far prevalere la verità biologica: questa opzione evidenzia il riconoscimento del rilievo delle relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore e figlio sotto il profilo del diritto di quest'ultimo a conservare tale profilo caratterizzante l'identità personale fin dalla nascita. Inoltre, il medesimo principio, rafforzato dal canone dell'assunzione di responsabilità in ordine alle scelte genitoriali fatte consapevolmente, è a fondamento della L. 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 9, commi 1 e 2: in queste norme è stabilito, infatti, che un rapporto di filiazione - sorto per effetto dell'accesso a pratiche di procreazione medicalmente assistita vietate dalle legge, ove il consenso all'accesso a tali pratiche sia ricavabile da atti concludenti - non può essere messo in discussione mediante il disconoscimento di paternità, l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità o l'esercizio del diritto all'anonimato materno. Ancora, la salvaguardia della continuità affettiva costituisce la ratio della già menzionata, recentissima L. 173 del 2015, tanto da costituire il titolo della novella, recante appunto "Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in

affido familiare". Infine, anche l'istituto dell'adozione in casi particolari è stato significativamente lambito dalle riforme legislative sopra indicate: infatti, con riferimento all'indagine da svolgersi ai sensi del menzionato articolo 57, co. 3, lett. a) – nel testo sostituito dalla L. 149 del 2001, articolo 29 – il tribunale per i minorenni, al fine di verificare, oltre alla sussistenza dei requisiti normativi astratti, anche l'effettiva rispondenza dell'adozione richiesta all'interesse del minore, deve operare una specifica valutazione della "idoneità affettiva" del genitore adottante, valutazione la quale non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante-minore, come tale incompatibile con una situazione di abbandono.

In conclusione, l'interpretazione della espressione "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" da prescegliere non può che essere quella adottata dalla Corte d'Appello di Roma: coerentemente con il sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva attualmente vigente, deve ritenersi sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quella "di fatto", derivante da una condizione di abbandono in senso tecnico-giuridico o di semi abbandono (articolo 8, comma 1).

4.2.3. – Al riguardo, deve osservarsi che la sentenza di questa Sezione n. 22292 del 2013, con orientamento confermato dalla successiva n. 1792 del 2015, non è in contrasto con la scelta ermeneutica assunta dal Collegio. Le due pronunce definiscono la nozione d'impossibilità dell'affidamento preadottivo in relazione alla richiesta di adozione ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lett. d), da parte di una coppia affidataria riferita ad un minore che era già in affidamento preadottivo presso altra coppia, perché in corso il procedimento volto all'adozione legittimante. In questo peculiare conflitto, la Corte ha ritenuto che l'impossibilità dell'affidamento preadottivo non potesse desumersi dall'allegato contrasto della scelta dell'adozione legittimante con l'interesse del minore. La condicio legis in questione viene, pertanto, esplorata sotto un versante del tutto diverso ed autonomo da quello oggetto del presente giudizio. La menzionata L. 173 del 2015, volta a facilitare l'accesso all'adozione legittimante da parte delle famiglie affidatarie che abbiano condiviso con il minore un lungo periodo di affidamento, è stata introdotta anche al fine di evitare conflittualità quali quelle alla base delle due richiamate pronunce.

L'interpretazione della "impossibilità di affidamento preadottivo" all'interno di conflitti quale quello sopra delineato non osta, in conclusione, alla più ampia opzione ermeneutica che ricomprenda nella formula anche l'impossibilità "di diritto", e con essa tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatisi con altri soggetti, che se ne prendano cura.

4.2.4. - Il quadro della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani è del tutto coerente con le conclusioni raggiunte, dal momento che si sta sempre più affermando, in particolare nei procedimenti adottivi, il principio secondo il quale il rapporto affettivo che si sia consolidato all'interno di un nucleo familiare, in senso stretto o tradizionale o comunque ad esso omologabile per il suo contenuto relazionale, deve essere conservato anche a prescindere dalla corrispondenza con rapporti giuridicamente riconosciuti, salvo che vi sia un accertamento di fatto contrario a questa soluzione (cfr., tra gli altri, il caso Moretti e Benedetti contro Italia -ricorso n. 16318 del 2007 - deciso con la sentenza 27 aprile 2010, nella quale viene affrontato un conflitto analogo a quello sopra illustrato in ordine alla sentenza di questa Corte n. 22292 del 2013, ma con soluzione che privilegia la relazione istaurata con gli affidatari provvisori; il medesimo principio e' stato affermato nella sentenza Paradiso e Campanelli contro Italia del 27 gennaio 2015 - ricorso n. 25358 del 2012 - la cui fattispecie riguarda un progetto procreativo realizzato mediante gestazione per altri, vietato nel nostro ordinamento).

La Corte, infine, nel caso X ed altri contro Austria (sentenza del 19 febbraio 2013 nel ricorso n. 19010 del 2007), ha riconosciuto anche in tema di adozione del figlio del partner (o adozione cosiddetta "coparentale") la violazione del principio di non discriminazione stabilito dall'articolo 14 della Convenzione in presenza di una ingiustificata disparità di regime giuridico tra le coppie eterosessuali e le coppie formate da persone dello stesso sesso, dal momento che nell'ordinamento austriaco tale forma di adozione era consentita soltanto alle coppie di fatto eterosessuali. La Corte di Strasburgo, al riguardo, ha sottolineato che l'Austria non aveva fornito "motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale" (par. 151 della sentenza). Il rilievo della pronuncia rispetto al presente giudizio si coglie in relazione all'applicazione del paradigma antidiscriminatorio. Nel caso di una discriminazione fondata sul sesso o l'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento degli Stati è limitato, ed il consenso dei medesimi in ordine all'estensione del diritto all'adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso non è immediatamente rilevante (parr. 147, 148, 149), se in concreto si verifica una situazione, come nella fattispecie esaminata dalla Corte, di disparità di trattamento tra coppie di fatto eterosessuali e dello stesso sesso non fondata su ragioni "serie" (non essendovi evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dall'omogenitorialità, come riconosciuto anche dalla sentenza di questa Corte n. 601 del 2013).

Ne consegue che, coerentemente con i principi sopra affermati, poiché all'adozione in casi particolari prevista dall'articolo 44, comma 1, lett. d),

possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto ("la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo"), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'articolo 57, comma 1, n. 2), non può essere svolto – neanche indirettamente – dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner.

Deve sottolinearsi peraltro che, rispetto alla situazione descritta nel par. 91 della sopra citata sentenza X ed Altri contro Austria, il consenso degli Stati aderenti alla CEDU all'adozione legittimante da parte di persone dello stesso sesso e all'adozione cosiddetta coparentale è notevolmente cresciuto rispetto ai dati indicati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza medesima: infatti, attualmente, in quattordici Stati (Belgio, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo, Francia, Lussemburgo, Regno Unito, Irlanda, Svezia, Norvegia, Danimarca, Irlanda, Malta, Austria) è consentita l'adozione alle coppie dello stesso sesso, mentre in Germania è possibile l'adozione del figlio del partner, così come in Croazia, Estonia e Slovenia, ma non l'adozione *tout court*.

4.2.5. – Si rileva, infine, che la L. 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), entrata in vigore il 5 giugno 2016, non si applica, *ratione temporis* ed in mancanza di disciplina transitoria, alla fattispecie dedotta in giudizio.

5. – La circostanza che la parte soccombente è un ufficio del Pubblico Ministero comporta – in conformità con il costante principio, secondo cui l'ufficio del Pubblico Ministero non può essere condannato al pagamento delle spese del giudizio nell'ipotesi di soccombenza, trattandosi di organo propulsore dell'attività giurisdizionale al quale sono attribuiti poteri, diversi da quelli svolti dalle parti, meramente processuali ed esercitati per dovere d'ufficio e nell'interesse pubblico (cfr., *ex plurimis* e da ultima, la sentenza n. 19711 del 2015) – che non v'è luogo a provvedere sulle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Dispone, ai sensi del Decreto Legislativo n. 196 del 2003, articolo 52, che in caso di diffusione della presente sentenza si omettano le generalità.

L'adozione del minore alla coppia omosessuale: la cristallizzazione di un *trend* giurisprudenziale

Considerazioni a margine della pronuncia della Cassazione n. 12962/2016

Daniela Muscillo
(Università di Foggia)

Abstract The author comments on the recent decisions of the Supreme Court Chamber and the Courts of appeal concerning the adoption of a child to a homosexual couple. This paper aims to analyze how the courts resolve the problem on the assumption that there is not a specific law allowing homosexual couples to adopt a child.

Sommario 1. Analisi del caso. – 2. L'art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983: impossibilità di fatto o giuridica? – 3. Il *fil rouge* dell'interesse del minore nella giurisprudenza: raffronto con la Corte d'Appello di Milano nella sent. 10 dicembre 2015. – 4. In tema di ordine pubblico: Cass. n. 19599/2016 e Corte d'appello di Napoli 30 marzo 2016. – 5. Osservazioni conclusive *de iure condendo*.

Keywords Adozione di minore. Adozione del compagno omosessuale. Ordine pubblico. Necessità affidamento preadottivo. Best interest del minore.

1 Analisi del caso

La sentenza in epigrafe si occupa della complessa questione inerente all'adozione del figlio del proprio compagno omosessuale¹.

La Cassazione è chiamata a pronunciarsi, per la prima volta dopo la l. n. 76/2016, in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso, sulla c.d. *stepchild adoption*, ponendosi nella stessa linea interpretativa della decisione della Corte d'Appello di Roma, che conferma, e prima ancora del Tribunale per i minorenni di Roma.

Nel caso di specie, deciso dal Tribunale dei Minorenni di Roma con sentenza n. 299 del 30 luglio 2014, e confermato dalla Corte d'Appello il 23 dicembre 2015, due donne, sposate in Spagna, e conviventi in Italia, a seguito di fecondazione eterologa medicalmente assistita praticata in

¹ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962 con nota di C. IRTI, *L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44 lett. d)*, l. n. 184 del 1983 in *Famiglia*, pp. 295-318; S. CELENTANO, *Nota a Cass. 12692/16*, reperibile sul sito www.Questionegiustizia.it; M. FINOCCHIARO, *Stepchild adoption: quella "forzatura" della Cassazione*, in *Guida dir.*, 2016, n. 29, pp. 19 e 25; A. FIGONE, *La Cassazione dice sì alla Stepchild Adoption*, in *Dir. e giust.*, 2016, n. 29, p. 61; A. FIGONE, *Figlio di due madri: la Cassazione lo ammette*, in *Dir. e giust.*, 2016, n. 56, p. 10.

Spagna, avevano generato una figlia. La bambina, nata grazie alla donazione di gameti maschili, cresceva quindi con una madre biologica ed una sociale, entrambe chiamate mamma. Dunque, trasferitesi in Italia, la madre sociale chiedeva di adottare la bambina della propria compagna regolarmente sposata in Spagna.

La Corte *in limine* si pronuncia sulla richiesta di rimessione alle Sezioni Unite formulata dal sostituto Procuratore Generale osservando che l'istanza *ex art.* 376 c.p.c. e 139 disp. att. c.p.c. rappresenta una mera sollecitazione di un potere discrezionale, e come tale, non è soggetto all'obbligo di motivazione, pertanto rigetta l'istanza poiché la circostanza che la questione riguardi diritti individuali o relazionali di più recente emersione ed attualità non è sufficiente a qualificarla come «di massima e particolare importanza».

Le questioni portate alla luce dal Procuratore Generale sono essenzialmente due, corrispondenti ai due motivi di ricorso: il conflitto "potenziale" tra l'interesse della madre a ottenere riconoscimento giuridico alla propria unione omosessuale e quello della minore, di talché si paleserebbe la necessità della nomina di un curatore speciale che tuteli gli interessi della minore; l'interpretazione a cui accedere nell'applicazione della "impossibilità di affidamento preadottivo" *ex art.* 44, co. 1, lett. d) l. n. 184/1983.

Per ciò che concerne le motivazioni del rigetto del primo motivo, la S.C. non si discosta da quanto statuito dalla Corte d'Appello di Roma, sostenendo che la necessità dell'assenso del genitore dell'adottando (art. 46, l. n. 184/1983) costituisce indice normativo astratto idoneo a escludere una situazione di conflitto che però deve essere verificato concretamente dal Giudice. Nel caso di specie tale verifica non difetta, essendo le motivazioni addotte a sostegno della propria decisione, pertinenti e soddisfacenti. La Corte, infatti, chiarisce espressamente che il conflitto si esplicherebbe nell'interesse della madre al riconoscimento della propria relazione omosessuale, ma che tale riconoscimento, a meno che non si ritenga contrastante *in re ipsa* con l'interesse della minore, non sembra essere ostativo al perseguimento del *best interest* della minore.

2 L'art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983: impossibilità di fatto o giuridica?

Proprio in riferimento all'interesse superiore del minore, nella sentenza della Suprema Corte si affronta il tema dell'impossibilità di affidamento preadottivo di cui all'art. 44, co. 1 lett. d) l. n. 184/1983, alla luce della non univoca interpretazione giurisprudenziale. La questione da dirimere è se per impossibilità s'intenda la sola impossibilità di fatto, accedendo ad una interpretazione più rigorosa, o viceversa, il requisito sarebbe integrato

anche da una impossibilità giuridica di dar luogo a tale affidamento dovuta alla mancanza di una dichiarazione di adottabilità o all'impossibilità di una dichiarazione di adottabilità per l'inesistenza di una situazione di abbandono. La questione era estremamente rilevante, poiché volendo accedere alla interpretazione più restrittiva, sarebbero mancati i presupposti applicativi per l'adozione in casi particolari.

La pronuncia, ribadendo quanto affermato dalla Corte d'Appello di Roma, si esprime a favore dell'interpretazione estensiva, evidenziando la caratteristica di residualità della clausola che sarebbe inficiata da un'interpretazione troppo rigorosa, rammentando che la *ratio* sottesa all'istituto è la valorizzazione dei legami esistenti con il minore al fine di porre in essere il suo interesse superiore, principio che trova un'espressa manifestazione all'art. 57, n. 2. Nonostante tutta la normativa sull'adozione si ispiri alla realizzazione di tale interesse, l'esigenza avvertita dal legislatore di far esplicito riferimento ad esso trova ragione proprio nel prospettato rilievo che la norma chieda requisiti meno rigorosi di quelli previsti per gli adottanti in via legittimante, con un procedimento più rapido e semplificato. Analizzando il profilo storico-evolutivo della norma, anche in ossequio alla giurisprudenza costituzionale e comunitaria in materia, la Corte trae l'esistenza del nostro ordinamento di due modelli di adozione: l'adozione legittimante, fondata sul presupposto della condizione di abbandono del minore, e l'adozione non legittimante, fondata su presupposti diversi sia per quanto riguarda la situazione in cui vive il minore, sia per ciò che concerne i rapporti tra adottante e adottato. Nella seconda categoria rientrano le quattro fattispecie riportate alle lettere *a)*, *b)*, *c)* e *d)* dell'art. 44 della legge sull'adozione. La lett. *d)* è caratterizzata da una maggiore indeterminatezza, non essendo definiti i profili dell'adottante e dell'adottato, poiché prevista solamente la *conditio legis* della "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo". Queste caratteristiche strutturali, lette alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale², e della *ratio legis*, consentono alla Corte di ritenere l'art. 44 come una clausola residuale che permette di favorire il consolidamento di rapporti tra minore e persone che già si prendono cura di lui.

Del resto, accedendo a una interpretazione restrittiva³, si opterebbe per

2 Una tra tutte: C. Cost., 7 ottobre 1999, n. 383 reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it.

3 Interpretazione restrittiva dell'espressione "impossibilità di affidamento preadottivo" talvolta avallata dalla Corte come nella Cass., 2 febbraio 2015, n. 1792, reperibile sul sito www.italgiureweb.it, che richiama la sentenza n. 22292 del 2013, secondo la quale la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo è "nozione che attiene solo all'ipotesi di mancato reperimento (o rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante, e non a quella del contrasto con l'interesse del minore, essendo le fattispecie previste dalla norma (art. 44) tassative e di stretta interpretazione». [...] «È contrario alla *ratio legis* dell'art. 44 dilatare la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo" ricomprendendovi non solo l'ipotesi

un'applicazione anacronistica della norma, rifacendosi alla prima prassi applicativa, seguita negli anni ottanta, secondo la quale si riteneva che la norma facesse riferimento ai minori adottabili ma non collocabili in affidamento preadottivo, o perché affetti da gravi problemi sanitari e/o psicologici, comunque con caratteristiche tali da non poter essere accolti in affidamento preadottivo da alcuna delle coppie aspiranti all'adozione legittimante, o perché il forzoso distacco dagli affidatari abusivi avrebbe creato nel minore traumi irreversibili⁴.

L'interpretazione estensiva, oltre a essere conforme alla *littera legis*, permette un'applicazione della norma più in linea con i principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3, consentendo di disporre l'adozione di minori anche alle coppie conviventi⁵. Non va peraltro trascurato che il dettato normativo non è chiaro nel senso di prevedere come presupposto dell'adozione in casi particolari l'impossibilità dell'affidamento preadottivo senza ulteriori specificazioni, ricomprendendovi sia l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo sia quella di diritto. Invero, un'interpreta-

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 preadottivo rappresenta una ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante e non può essere messa sullo stesso piano e comparata con la concreta possibilità di un affidamento preadottivo. Vi è in sostanza nel sistema normativo una scelta del legislatore per l'adozione legittimante che può essere disattesa solo nel caso in cui il suo esito sia negativo. Tale scelta del legislatore si basa, anch'essa, sulla tutela dell'interesse del minore sia dal punto di vista delle maggiori garanzie procedurali che conducono all'adozione legittimante sia con riferimento agli effetti dei due istituti, dato che l'adozione legittimante appresta, nella visione del legislatore, una migliore realizzazione dell'interesse del minore con il suo inserimento a pieno titolo nel nucleo familiare dei genitori adottivi».

4 Trib. Roma, 30 luglio 2014, *Foro it.*, 2014, I, c. 2743; con nota di N. CIPRIANI, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Dir. fam.*, 2015, I, p. 176; R. CARRANO - M. PONZANI, *L'adozione il minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e il riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Dir. fam.*, 2014, p. 1550; G. ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, in *Questione Giust.*, 4 settembre 2014; J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, pp. 117 ss.; M.M. 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 novembre 2014, p. 10 ss.; M. GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è «sana e meritevole di essere riconosciuta»*, reperibile sul sito www.articolo29.it; R. DANOVÌ - R. PESCE, *Il tribunale per i minorenni di Roma ha disposto l'adozione in «casi particolari» di un minore da parte del convivente omosessuale del genitore biologico: motivazioni e prospettive*, reperibile sul sito www.spiaaldiritto.it; A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, reperibile sul sito www.articolo29.it.

5 Trib. min. Milano, 28 marzo 2007, n. 626, reperibile sul sito www.altalex.com.

zione diversa rispetto a quella data non consentirebbe il perseguimento dell'interesse preminente del minore in situazioni, come quella in esame, in cui il figlio di un soggetto convivente abbia con l'adottante un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura normalmente con un genitore, al quale però l'ordinamento negherebbe qualsiasi riconoscimento e tutela.

Del resto, proprio sulla scorta del principio del *best interest*, la Corte d'Appello nella sentenza confermata dalla Cassazione, aveva valutato concretamente ogni aspetto della vita del minore per giungere alla pronuncia favorevole alla sua adozione da parte del compagno omosessuale del proprio genitore.

Infatti, altro importante principio cristallizzato nella sentenza di secondo grado è che l'indagine che il giudice è tenuto a compiere, deve essere completa, nel senso di toccare ogni ambito della vita del minore valutando la serenità affettiva e la capacità educativa dell'adottante con riferimento ai profili di sostegno allo sviluppo della personalità del minore: istruzione, salute, socialità, rapporti con il nucleo familiare, stato di benessere coinvolgente aspetti ludici, sociali, scolastici, ricreativi, affettivi, culturali, educativi e materiali che concorrono ad assicurare e soddisfare la sua serenità. La valutazione testé esplicita deve interessare la condizione del minore al momento dell'indagine, essendo oggettivamente impossibile compiere alcuna previsione sulla vita futura e sulla effettiva crescita equilibrata del minore.

Principio quest'ultimo senz'altro condivisibile, esplicitazione concreta di quanto asserito da giurisprudenza di legittimità⁶, secondo cui l'idea della dannosità della crescita in una famiglia omosessuale deriva da un mero pregiudizio, non essendo fondata su certezze scientifiche o dati di esperienza. Se le Corti avallassero tale pregiudizio, darebbero per scontato ciò che invece è da dimostrare, ovvero, che l'interesse preminente del minore non possa essere realizzato nel suddetto contesto.

6 Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, *Foro it.*, 2013, I, p. 1193 con nota di richiami di G. CASABURI; F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! a proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 574. Per un particolare approfondimento sul tema dell'educazione dei figli all'interno della famiglia omosessuale si veda Trib. Napoli 18 dicembre 1984, in *Dir. fam. e pers.*, 1985, 229 ss., in partic. p. 230. Parte della dottrina, espressamente parla di «valutazione della personalità morale del coniuge affidatario», nella convinzione «che l'educazione può essere data anzitutto con l'esempio della propria vita» (in questo senso v., in particolare, S. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, 1996, p. 379); in senso contrario chi, reputa che questo criterio vada «utilizzato con grande cautela» (in particolare, v. F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 395).

3 **Il *fil rouge* dell'interesse del minore nella giurisprudenza: raffronto con la Corte d'Appello di Milano nella sent. 10 dicembre 2015**

Sembra opportuno a questo punto evidenziare come il principio abbia trovato spazio nella giurisprudenza nazionale, ponendo particolare attenzione alla sentenza della Corte d'appello di Milano.

Il caso meneghino riguarda la richiesta di riconoscimento agli effetti civili interni dell'ordinanza di adozione spagnola della figlia della propria compagna, con riconoscimento degli effetti legittimanti della predetta adozione, nonché ordine di trascrizione del provvedimento all'ufficiale di stato civile, negati in primo grado dal Tribunale per i minorenni di Milano⁷.

Nonostante la divergenza fattuale, il tema centrale che accomuna le argomentazioni delle Corti è il *best interest* del minore, utilizzato nella sentenza meneghina al fine di escludere la contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione del provvedimento straniero, e in quella della Suprema Corte per valutare l'opportunità dell'adozione e la valorizzazione dei legami preesistenti.

La sentenza della Corte d'appello di Milano sembra essere ancor più foriera d'innovazione di quella della Cassazione, poiché per la prima volta accosta alla famiglia omosessuale l'istituto dell'adozione legittimante⁸. *L'iter* argomentativo della Corte si sviluppa partendo dalla negazione della trascrizione dell'atto di matrimonio contratto in Spagna e successivo divorzio della coppia omosessuale, in ossequio a quanto stabilito nella nota sentenza della S.C. che qualificava tale tipologia di atto non produttivo di effetti giuridici nel nostro ordinamento⁹.

7 Due cittadine italiane hanno intrecciato a partire dal 1999 una relazione affettiva. A seguito di fecondazione eterologa assistita una ha partorito la minore, da lei sola riconosciuta; la coppia CC-SS ha convissuto, formando una famiglia, unendosi in matrimonio in Spagna nel 2009. Le due donne hanno cresciuto, mantenuto ed educato insieme la bambina sin dalla sua nascita, tanto che nel 2010 su richiesta di entrambe, viene emessa l'ordinanza con cui è stata dichiarata l'adozione della minore da parte coniuge della madre biologica della bambina.

8 In senso contrario si v. Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, *Foro it.*, 2011, I, c. 728 con nota di richiami di G. DE MARZO; v. anche G. MAGNO, *Sulla delibazione di provvedimento straniero recante adozione di minore a favore di persona non congiunta*, in *Dir. fam.*, 2012, I, p. 131B.

9 Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, *Foro it.*, 2012, I, c. 2727 con nota di R. ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei "dicta" della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione*; v. anche C. SGOBBO, *Il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso: la cassazione abbandona la qualifica di "atto inesistente" approdando a quella di "non idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento interno"*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 2183B; M. GATTUSO, *Il dialogo tra le Corti*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin [et al.], Torino 2010, p. 159; B. PEZZINI, *La*

Dunque, il matrimonio nel nostro ordinamento - *res sic stantibus* - non è un istituto *gender-neutral*, ma a connotazione eterosessuale, così come si deduce da plurimi riferimenti normativi che, seppur non esplicitamente, sottendono una concezione eterosessuale dell'istituto, facendo riferimento ai contraenti come "marito" e "moglie". A riprova di quanto affermato si prendano ad esempio gli artt. 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis c.c. e corrispondenti disposizioni relative ai casi di scioglimento del vincolo¹⁰. Tesi sostenuta anche nelle pronunce della Consulta n. 138/2010¹¹ che - dichiarando inammissibile la questione sollevata in riferimento all'art. 2

sentenza n. 4184/2012 della Corte di Cassazione, in Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione a cura di R. Torino, Roma, 2013; S. PATTI, I diritti delle persone omosessuali e il mancato riconoscimento del matrimonio contratto all'estero, in Fam. pers. e succ., 2012, p. 456 ss.; M. FINOCCHIARO, Matrimonio estero non trascrivibile in Italia se celebrato tra persone dello stesso sesso. L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento, in Guida dir., 2012, p. 35 ss. Per un ulteriore approfondimento sul tema si veda Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in Nuova giur. civ. comm., 2015, I, pp. 649 e ss., con nota di T. AULETTA, Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone dello stesso sesso; Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, ivi, 2015, I, pp. 777 ss., con nota di M. AZZALINI, Dal "divorzio imposto" al matrimonio "risolutivamente condizionato": le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale.

Per un approfondimento generale del tema si v. G. FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 574.

10 Cfr. Cons. St. 26 ottobre 2015, n. 4899 *Dir. giust.*, 2015, fasc. 39, 61, con nota di M. BOMBI, *Registrazione dei matrimoni tra omosessuali stipulati all'estero e poteri del prefetto*.

11 Cfr. Cons. St., 15 aprile 2010 n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1361 ss., con note di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*. La dottrina nel commentare la sentenza oscilla, tra il ritenere che la decisione n. 138 sia storica o comunque in grado di durare nel tempo (F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla «spiegazione» al matrimonio al «diritto» alla convivenza*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, pp. 1195 ss.; P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 537 ss.) ed il manifestare una sostanziale delusione per la risposta fornita dalla Corte, eccessivamente timida, se non proprio contraria un'effettiva tutela dei diritti fondamentali (P. CHIASSONI, *La grande elusione. Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, pp. 863 ss.). Si veda altresì anche M. GATTUSO, *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.* 2010, p. 653. Successivamente, con ordinanza n. 276 del 2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 18 con nota di A. RIVIEZZO, *Sulle unioni omosessuali la corte ribadisce: «questo matrimonio non s'ha da fare (se non lo vuole il legislatore)»*, in *Fam. dir.*, 2011, pp. 20 ss.; P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus l'inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 361 ss.; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale e di fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 527 ss.; N. COLAIANNI, *Matrimonio omosessuale e Costituzione*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 845 ss.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2715 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, pp. 2697 ss.; A. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio «nun s'ha da fare»*, reperibile sul sito www.forumcostituzionale.it; e con ordinanza n. 4 del 2011, la

Cost. - ha demandando la scelta della regolamentazione dell'unione omosessuale al legislatore, nonché alla sent. n. 170/2014¹² che, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli articoli 2 e 4 della l. 14 aprile 1982, n. 164 il riferimento all'art. 2 Cost - poiché non si prevedeva il mantenimento del rapporto di coniugio a seguito della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi - ha nuovamente rimesso la disciplina delle unioni omosessuali al legislatore¹³.

Neppure la normativa comunitaria e convenzionale, così come interpretata dalla Corte EDU, impone il riconoscimento nell'ordinamento italiano del diritto dell'omosessuale a contrarre matrimonio, limitandosi a considerarlo lecito, ma delegando la disciplina al singolo Stato membro, a cui si riconosce un certo margine di discrezionalità in materia, non essendoci uniformità di vedute¹⁴.

Assodata l'intrascrivibilità del matrimonio, e di conseguenza del divorzio, la Corte esamina la domanda di trascrizione dell'adozione c.d. "piena" avvenuta in Spagna.

Il problema centrale in questo caso, così come individuato dall'ufficiale di Stato Civile, sussiste ove il requisito per l'adozione "piena" ex art. 44, co. 1, lett. b), è il rapporto di coniugio della coppia, rapporto escluso nel nostro ordinamento per le motivazioni sopraesposte.

In base agli artt. 65 e 66 della l. 31 maggio 1995, n. 218 in materia di diritto internazionale privato i provvedimenti stranieri relativi alla capacità

Corte ha deliberato sulle questioni di legittimità proposte dalla Corte d'Appello Firenze e dal Tribunale di Ferrara.

12 C. Cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro .it*, 2014, I, pp. 2674 ss., con note di R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, e di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*.

13 R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, *Foro it.*, 2010, I, pp. 1366 ss.; L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, I, 2011, p. 137 - 151; F. SAITTO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" dalla coppia*, in *Giur. cost.*, 2014, III, p. 2706B.

14 Corte EDU 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Diritti politici e civili*, n. 210; per esteso in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1137 con nota di M.M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*; v. anche G. IORIO, *La trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso: tra ordinamento vigente e giurisprudenza 'creativa'*, in *Stato civ. it.*, 2015, pp. 10-14; R. CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o ... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 579 ss.; L. CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. Giur.*, 2011, pp. 573 ss.; E. ROSI, *Il matrimonio gay nella giurisprudenza di Strasburgo. Matrimonio tra persone dello stesso sesso: not yet*, reperibile sul sito www.europeanrights.eu.

delle persone o all'esistenza di rapporti di famiglia, come quelli di volontaria giurisdizione, sono automaticamente riconosciuti e hanno effetto nell'ordinamento italiano quando producono effetti nell'ordinamento dello Stato in cui sono stati pronunciati, non sono contrari all'ordine pubblico e sono stati rispettati i diritti della difesa.

La nozione di ordine pubblico viene valutata alla luce della recente sentenza della Cassazione 19405/2013¹⁵ che identifica quale ordine pubblico internazionale il complesso di principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento interno in un preciso periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comune a diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

L'interpretazione utilizzata dalla Corte si confà ai principi costituzionali dettati in materia di adozione di minori all'art. 30 secondo cui "*la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale*", al più generale principio dell'interesse preminente del minore, così come sancito nella convenzione sui diritti del fanciullo, all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, letto in combinato disposto con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14.

La Corte conclude per la non contraddittorietà all'ordine pubblico, anche in riferimento a quanto previsto dall'art. 25 della legge in materia di adozione che, nel corso di un affidamento preadottivo alla coppia consente, nell'esclusivo interesse del minore, che l'adozione possa essere disposta anche nei confronti del solo coniuge che abbia deciso di porre fine alla convivenza coniugale separandosi. Alla stregua di tale previsione normativa la giurisprudenza non può che pronunciarsi in favore della non contrarietà all'ordine pubblico interno dell'adozione da parte di una persona singola. Assodata la non contraddittorietà nell'ordinamento italiano dell'adozione di un minore da parte di una persona non coniugata, anche in riferimento a quanto disposto dall'art. 44, co. 1, lett. d) della legge in materia di adozione, con le considerazioni anzidette circa la non necessaria presenza dello stato di abbandono, la Corte utilizza nuovamente il principio del *best interest* per riconoscere tra l'adottante e il minore un rapporto di adozione "piena" come sancito nel provvedimento spagnolo.

Del resto, l'interpretazione del concetto di ordine pubblico in relazione al *best interest* del minore non è una novità nel panorama giuridico¹⁶, in

15 Cass. 22 agosto 2013, n. 19405, *Foro it.*, 2015, I, p. 2909 con nota di M. CASORIA, «*Per aspera sic itur ad astra*»: la risarcibilità del danno «parentale» assurge a principio di ordine pubblico internazionale.

16 Corte App. Torino, 29 ottobre 2014, *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Minore, infanzia e maternità*, n. 32, confermata da Cass. 30 settembre 2016, n. 19599; G. NOTO LA DIEGA, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internaziona-*

condizioni parzialmente diverse, aveva concesso la trascrizione dell'atto di nascita del minore recante tra i genitori due donne.

4 In tema di ordine pubblico: Cassazione 19599/2016 e Corte d'appello di Napoli 30 marzo 2016

Sotto diverso punto di vista si pone la sentenza che ha interessato la Corte d'appello di Torino prima, e la cassazione poi.

Il caso riguarda il certificato di nascita di un minore figlio di una coppia formata da due donne, una spagnola e l'altra italiana, unite in matrimonio in Spagna nel 2009, entrambe madri del minore, in quanto una ha donato gli ovuli, e l'altra ha portato avanti la gravidanza fino al parto.

Il procedimento nasce perché le donne, trasferitesi in Italia, chiedono la trascrizione dell'atto di nascita del minore, quindi l'accertamento del rapporto di filiazione tra il minore e la madre che ha fornito gli ovuli, ma non ha partorito.

Sembra interessante esaminare il caso perché le argomentazioni delle pronunce, più che strettamente giuridiche, hanno riguardato profili pratici e opportunistici della vita del minore, concludendo in favore della trascrizione poiché in mancanza di essa si sarebbero verificati molti e più gravi pregiudizi alla vita della piccola. Anche la Cassazione, non ravvisa una contrarietà all'ordine pubblico, dovendosi privilegiare, in tali occasioni, il diritto alla continuità dello *status filiationis*.

I punti su cui s'interroga la Corte d'Appello sono essenzialmente due: se sia possibile riconoscere un nucleo familiare costituito da un figlio e due madri ovvero se l'omosessualità delle donne costituisca un ostacolo; se l'atto di nascita del minore, nato dall'inseminazione eterologa in Spagna e avente due madri sia contrario o meno all'ordine pubblico. A questi due interrogativi, mediante ricorso in Cassazione, se ne aggiungono altri due: l'assimilabilità alla disciplina della maternità surrogata della situazione di fatto e la superabilità del principio secondo cui la madre è colei che partorisce.

Preso atto di questo moltiplicarsi di figure genitoriali si è imposta al giudice di legittimità la necessità di chiarire i rapporti tra la maternità surrogata e quanto invece accaduto nel caso di specie, ovvero l'impianto dell'ovulo di una *partner A* nell'utero della *partner B* che ha portato avanti la gestazione e partorito. La Cassazione si esprime nel senso della non assimilabilità delle due fattispecie. Per quanto attiene al secondo profilo di analisi, nonostante si riconosca la protezione accordata dall'ordinamento

le e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese, in Dir. civ. cont., 19 gennaio 2015.

alla maternità, così come disposto dall'art. 31, co. 2 cost., nega che tale posizione si manifesti esclusivamente con il parte, relegando, così, *nel mondo dell'irrelevanza giuridica la trasmissione del patrimonio genetico racchiuso nell'ovulo donato dalla donna*¹⁷.

Interessanti considerazioni sui concetti di *best interest* del minore e della compatibilità della sentenza straniera di adozione piena della coppia omosessuale, vengono altresì svolti dalla recente ordinanza della Corte d'Appello di Napoli che, occupandosi della richiesta di riconoscimento della sentenza francese di adozione piena di due minori in favore della coppia omosessuale, si premura di precisare che la valutazione dell'interesse preminente del minore non spetta al giudice italiano, ma al giudice dello Stato che ha emesso il provvedimento di adozione, spettando al giudice nazionale, la sola valutazione circa la contrarietà all'ordine pubblico della pronuncia. Il caso concreto preso in esame non si discosta da quelli venuti all'attenzione delle Corti precedentemente: una coppia omosessuale, regolarmente sposata in Francia, chiede la trascrizione delle adozioni piene ottenute nello Stato francese dei rispettivi figli biologici, nati mediante la tecnica della fecondazione artificiale. *In limine* la Corte chiarisce che la normativa applicabile è quella relativa alle adozioni nazionali e non quella più complessa riservata al caso delle adozioni internazionali. Nel sostenere questo, la Corte richiama la sentenza della Corte Costituzionale n. 74/2016 che aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata dal Giudice del Tribunale per i minorenni di Bologna che in un caso analogo aveva errato nell'inquadramento normativo della fattispecie, facendo riferimento all'art. 36, co. 4, l. n. 184/1983, invece che agli artt. 65 e 66 della l. n. 218/1995. La valutazione circa la contrarietà all'ordine pubblico è del tutto positiva, non rinvenendo, i Giudici, alcuna ragione per ritenere contrario all'ordine pubblico il provvedimento straniero che abbia statuito l'adozione piena tra persone unite in matrimonio e i rispettivi figli riconosciuti dei coniugi, anche dello stesso sesso, una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell'adozione, e quindi il riconoscimento di tutti diritti e doveri scaturenti da tale rapporto, corrispondono *all'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costituita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e dei provvedimenti di adozione*¹⁸.

17 C. IRTI, *Digressioni attorno al "mutevole" concetto di ordine pubblico*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, 481 e ss.

18 Per un approfondimento sul punto A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, 4, 471 e ss.; C. IRTI, *Digressioni attorno al "mutevole" concetto di ordine pubblico*, p. ult. cit.; C. BENATI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, III, 241 e ss.; A. MEN-

Sembra, infine, opportuno accennare alla pronuncia della Corte Costituzionale intervenuta recentemente in materia che, nonostante concluda con un giudizio di inammissibilità, sembra lasciare aperto uno spiraglio a una pronuncia di merito qualora la *quaestio iuris* sia inquadrata normativamente in modo adeguato dal giudice *a quo*¹⁹.

5 Osservazioni conclusive *de iure condendo*

Il principio del preminente interesse del minore sembra la chiave di volta fornita alla giurisprudenza per adeguare il diritto di famiglia ad una società in costante evoluzione, in contrapposizione alla statica lentezza del nostro legislatore, che solo recentemente ha mosso i primi passi verso la tutela delle coppie omosessuali, senza occuparsi, tuttavia, dei rapporti di filiazione. Esso è al contempo un principio generale dell'ordinamento giuridico e una clausola generale ampiamente richiamata nel diritto positivo nazionale e sovranazionale poiché idoneo a guidare l'interprete nella risoluzione del caso concreto con la pronuncia che meglio si confà alle esigenze del minore, anche in deroga alle garanzie sostanziali e procedurali ritenute, in astratto, dal legislatore, idonee all'interesse del minore.

Tuttavia, non si possono ignorare due profili critici imputabili alla mancanza di disciplina in punto di *stepchild adoption* della recente l. n. 74/2016.

DOLA, *L'interesse del minore tra ordina pubblico e divieto di maternità surrogata*, in *Vita not.*, 2015, II, pp. 674 ss.

19 C. Cost., 24 febbraio 2016, n. 76. La controversia nasce e riguarda due donne, entrambe in possesso della cittadinanza americana, e solo una in possesso anche di quella italiana per discendenza. La donna cittadina solo statunitense, concepisce mediante fecondazione assistita eterologa una bambina che viene successivamente e regolarmente adottata dalla sua compagna, mediante una sentenza del Tribunale dello Stato dell'Oregon. Trasferitesi in Italia, le due donne chiedono il riconoscimento del provvedimento di adozione emesso dallo Stato americano.

Il Tribunale di Bologna solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della l. n. 184/1983 nella parte in cui - come interpretati secondo diritto vivente: «*non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia.* Nel "considerato in diritto" della pronuncia si evince che secondo la Corte il giudice *a quo* ha erroneamente inquadrato la fattispecie nell'alveo dell'art. 36 della suddetta legge, considerando che al momento dell'adozione l'adottante era solo cittadina americana e che l'adozione pronunciata per gli Stati Uniti d'America riguardava una bambina di cittadinanza americana. Diversamente, l'articolo in questione è «*volto ad impedire l'elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della residenza all'estero.* Pertanto, *l'inadeguata individuazione, da parte del giudice rimettente, del contesto normativo determina, dunque, un'erronea qualificazione dei fatti sottoposti al suo giudizio, tale da riverberarsi sulla rilevanza delle questioni proposte*».

Il primo, come notato da pressoché unanime dottrina, è che l'applicazione dell'art. 44, l. n. 184/1983 a tutela del diritto dell'omosessuale ad adottare il figlio del proprio *partner* è una chiara forzatura della *ratio* e della disciplina dell'adozione in casi particolari. L'adozione in casi particolari, artt. 44 ss., è stata introdotta dalla l. n. 184/1983 per tutelare il diritto del minore alla famiglia in situazioni che non avrebbero consentito di giungere ad un'adozione piena ma nella quali, tuttavia, l'adozione rappresenta una soluzione opportuna ed auspicabile.

Il diritto prioritario del minore è essere cresciuto ed allevato dalla propria famiglia che, attraverso l'istituto riceve un sostegno necessario per fronteggiare la situazione di difficoltà. Diversamente, allorché la famiglia d'origine non sia assolutamente in grado di garantire i diritti del minore, si procede con la dichiarazione dello stato di abbandono, così da renderlo adottabile²⁰.

L'adozione *ex art. 44*, infatti, come chiarito da giurisprudenza di legittimità, è una "clausole residuale" e come tale dovrebbe essere utilizzata solo qualora, per le circostanze del caso concreto, sia idoneo ad assicurare l'interesse del minore un soggetto che eccezionalmente non disponga dei requisiti dell'adozione legittimante.

Alla luce di ciò, a parere della scrivente, è chiaramente inidoneo, in quanto clausola residuale, e quindi eccezionale per definizione, a diventare prassi applicativa per la *stepchild adoption*. Tanto più se si considera, come secondo punto di criticità, che la mancanza di una disciplina precisa sul tema apre la porta alla discrezionalità del Giudice, che può legittimamente ritenere che l'art. 44 non si confaccia all'adozione nella coppia omosessuale.

Ad avallare quest'ultima osservazione, è intervenuta pochi giorni orsono una pronuncia del Tribunale di Milano²¹, che sostiene: «*L'adozione è un istituto giuridico che prescinde dal dato biologico e richiede, quindi, un modello giuridico di riferimento*». E siccome «*non può riconoscersi – dice il tribunale – alcuno stato di abbandono materiale o morale delle minori, che anzi godono certamente di particolare attenzione da parte sia delle madri biologiche che delle rispettive compagne, ogni orientamento estensivo*» si scontra contro lo spirito e gli articoli delle leggi sino ad oggi in vigore. E, pur analizzando cavillosamente le sentenze romane e la giurisprudenza il tribunale dei minori, va ricordato che la corte di Strasburgo "ha sempre

20 Per un approfondimento generale sul tema si v. L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 4, *Persone e famiglia*, III, Torino, 1997; COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, pp. 951 ss.; G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, II, 2012, pp. 679 ss. (ed ivi ampi riferimenti bibliografici).

21 Trib. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261.

negato l'esistenza di un diritto ad adottare" e ha ripetuto che "spetta allo Stato regolare l'adozione"».

In conclusione, dunque, sembra auspicabile un intervento normativo che chiarisca la posizione del legislatore sul punto, evitando la situazione di compromesso tra le forze politiche che si è vista all'indomani della c.d. legge Cirinnà, che demanda la scelta alla giurisprudenza, con la pilatesca formula «*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*».