

La filiazione omogenitoriale*

SOMMARIO: 1. La *stepchild adoption*. – 2. Il diritto del minore ad una famiglia: l'adozione in casi particolari. – 3. I casi giurisprudenziali. – 4. La «constatata impossibilità» dell'affidamento preadottivo e l'«assenza dello stato di abbandono» ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lett. d) l. n.184/1983. – 5. La trascrizione del certificato di nascita registrato all'estero ed il riconoscimento con effetti legittimanti dell'adozione pronunciata all'estero. – 6. «Il genitore sociale» e l'affidamento etero familiare.

This article analyses the evolution of the Italian law and jurisprudence about same-sex parenting in a comparative perspective. The article highlights issues related to the recently approved piece of Italian legislation (L.76/2016) ruling about civil and common law partnerships. In particular it highlights critical issues stemming from the interpretation and application in Italy of a patchy body of norms. As a result the jurisprudence had to adapt domestic and international legal principles in order to overcome any referencing to the parents' sexual orientation and gender identity. By conforming to transnational judicial rulings, Italian jurisprudence attempts to overcome adjudicating asymmetrical ward. The judges apply the constitutional principle of equality taking into account a rigorous analysis of the social context.

1. La *stepchild adoption*

Sono ormai presenti, nella nostra realtà, situazioni all'interno delle quali il termine genitore non combacia necessariamente con il colui/lei che ha concepito il figlio, ma anche con chi si atteggia in realtà come madre/padre di un minore convivente. L'espressione anglosassone *stepchild adoption*, letteralmente adozione del secondo genitore o adozione del figlio del partner, è l'istituto che tende a legalizzare, in un consolidato contesto familiare di fatto e per uno dei suoi componenti, la relazione con i figli.

* Il contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima.

Con l'entrata in vigore della l.21 maggio 2016 n.76¹, nell'attuale art.1 comma 20, permane, attraverso un esplicito riferimento alle norme applicabili ad ognuna delle parti dell'unione civile – pur escludendosi le disposizioni di cui alla l. n. 184/1983 – «[...] quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». È, quindi, legittimo ritenere che la materia consentita sia solo quella prevista dal cod.civ. in tema di adozione del figlio maggiorenne. Sembra, pertanto, che la nuova previsione normativa, con un colpo di spugna, abbia precluso ogni percorso possibile verso la legalizzazione dei rapporti di filiazione nelle convivenze omosessuali. Tuttavia, una diversa lettura del comma 20 porterebbe a ritenere che essendo applicabili le tutele individuate in favore delle unioni civili alle disposizioni relative al matrimonio e contenenti le parole «coniugi e coniuge» inserite nelle disposizioni di legge richiamate espressamente, quelle non richiamate («*nonché le disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983 n.184*») potranno essere applicate, poiché non escluse, qualora non compaiano i termini «matrimonio e coniugi/e» (come, ad esempio, nell'art.44 comma 1° lett.d), ovvero qualora una coppia *same sex* abbia scelto di non formalizzare l'unione². Tra l'altro, sino all'approvazione della l. n. 76/2016, la giurisprudenza³ aveva già individuato, attraverso l'utilizzo dell'art. 44, comma 1°, lett. d) l. n.184/1983, la possibilità di adottare il figlio del convivente eterosessuale o omosessuale in presenza del presupposto dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo ed in assenza di uno stato di abbandono⁴. Inoltre, diversi provvedimenti hanno già consentito la trascrizione, nello Stato italiano, dei certificati di nascita registrati all'estero o la delibazione delle sentenze di adozione da parte di coppie omogenere ottenute all'estero.

La sollecitazione all'avvio di una legislazione nazionale relativa alle unioni *same sex* ed al riconoscimento dei doveri/diritti omoparentali perviene dalla giurisprudenza europea e dalla normativa transnazionale. Ormai si è in presenza di un ruolo decisivo della Corte di Giustizia, quale ineludibile fonte di produzione del diritto interno, che «riproduce sul

¹ Rubricata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», in *Gazz.Uff.*, 21 maggio 2016 n.118, L. GUAGLIONE, *La nuova legge sulle unioni civili*, Molfetta (Ba), 2016; AA.Vv. *Le unioni civili e convivenze giuda commentata alla legge n.76/2016*, Santarcangelo di Romagna (Rn), 2016; G. DOSTI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Commento alla legge 20 maggio 2016 n. 76, al d.p.c.m. 23 luglio 2016 n.144 e al d.m. 28 luglio 2016*, Milano, 2016.

² B. POLISENO, *Stepchild adoption, al centro del dibattito tra diritti e legittimità*, in *Guida al diritto*, 2016, n. 9, 15 ss.

³ App. sez. min., Firenze, sent. 4 ottobre 2012, n. 1274, G. MIOTTO, *Stepchild adoption omoparentale ed interesse del minore*, in *Dir.civ. cont.*, 5 giugno 2015; S. STEFANELLI, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *Genlus*, www.art.29.it; A. GORGONI, *La filiazione oltre la genitorialità biologica*, in *Le Corti Fiorentine, Rivista di diritto e procedura civile*, a cura della Camera Civile di Firenze, n.1/2016, 55 ss.

⁴ Per una più approfondita analisi sul concetto dello stato di abbandono e sui presupposti degli elementi «seri e gravissimi» v. anche Cass. civ., sez. I, 13 gennaio 2017, n. 782, in *Guida al diritto*, 2017, 11, 65, la Suprema Corte, nella specie, ha osservato come la condizione di abbandono fosse stata affermata nonostante la stessa corte territoriale avesse dato atto della volontà dei nonni materni di occuparsi del minore, ancorché l'inidoneità della rete parentale si palesasse ancorata a rilievi apodittici. Soprattutto l'inidoneità genitoriale della madre - evidenziava la S.C. - era stata affermata in base a un giudizio sommario, essenzialmente facente leva sulla evidenziata condizione di fragilità personale e di non meglio esplicitata freddezza rispetto al figlio. Tale condizione era stata, peraltro, desunta dalla stessa CtU eseguita in primo grado che pure aveva concluso per il necessario mantenimento del legame con i membri della famiglia allargata. V. anche Cass. civ., sez. I, 21/11/2016, n. 23635, in *Diritto & Giustizia*, 2016, con nota di F. VOLPE, Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433, n. 13435, in *Ifamiliarista.it*, 2016; Cass. civ., sez. I, 14 aprile 2016, n. 7391.

continente un messaggio un tempo esclusivo del *common law*⁵. Il noto caso, discusso a Strasburgo presso *The European Court of Human Rights* nel luglio 2015, *Oliari and Others Vs Italia*⁶, vanta il merito di aver imposto al nostro Paese un percorso di adeguamento a quei principi comunitari che riguardano la tutela dei diritti fondamentali delle donne e degli uomini che possono, altresì, trasversalmente influenzare la normativa interna di ciascun Stato membro. Sul contiguo aspetto del riconoscimento di una genitorialità non pregiudicata dalla discriminazione sessuale, non va sottaciuto come la Corte EDU⁷ abbia già precisato che gli Stati membri, seppur liberi di estendere o meno la disciplina della CEDU in materia di adozione dei minori⁸ alle unioni matrimoniali tra persone dello stesso sesso o stabilmente legate da un accordo, non debbano però differenziare le coppie. La Corte aveva già marcatamente espresso in passato la necessità, nel principale interesse del minore, di un percorso contro le disparità fondate sul pregiudizio omofobo. In assenza di un *common ground* tra gli Stati rispetto a questioni moralmente o eticamente sensibili, il margine di apprezzamento spettante alle nazioni è ampio, ma si riduce progressivamente quando entra in gioco la discriminazione fondata su ragioni di orientamento sessuale⁹.

I giudici di Strasburgo, in particolare, hanno chiarito come la condizione di fatto di una stabile convivenza di coppia, in cui viva il figlio di uno dei due partner ed alla cui cura provvedano entrambi, debba essere garantita dal principio di autodeterminazione dell'individuo e dalla tutela apportata dall'art. 8 della CEDU¹⁰. In riferimento al provvedimento

⁵ N. LIPARI, *La giurisprudenza fonte del diritto, il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 29.

⁶ Corte EDU, ric. nn. 18766/11 e 36030/11, sent. 21 luglio 2015, *Oliari and Others c. Italia*. M. WINKLER, *Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi la Corte di Strasburgo. Il caso Oliari e altri c. Italia*, in *SIDIBlog* del 27 luglio 2015; M. CASTELLANETA, *Il mancato riconoscimento ad avere una relazione stabile con persone dello stesso sesso viola la Convenzione europea (nota a Corte europea diritti dell'uomo, sez. IV, 21 luglio 2015 ricorsi n. 18766/11 e 36030/11)*, in *Guida al diritto*, 2015, 110.

⁷ «Sussiste una violazione dell'art. 8 CEDU, sul diritto al rispetto della vita familiare, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, sul divieto di discriminazione, nei confronti di una legislazione nazionale che impedisca ad uno dei soggetti di una coppia omosessuale l'adozione del figlio del proprio compagno convivente, al pari di quanto, viceversa, riconosciuto per legge ad una coppia di fatto eterosessuale», Corte EDU, sez. grande chambre 19 febbraio 2013 n. 19010, X e altri c. Austria, nota di R. Rossi, *Second-parent adoption e omogenitorialità*, in *Europa e Diritto Privato*, 2014, 271; M. CATANZARITI, *I diritti su misura: la Corte Europea di Strasburgo e i minori*, in *Sociologia del diritto*, 2012, 97 ss.

⁸ È importante sottolineare come non sia mai stata né sottoscritta né ratificata dall'Italia la Convenzione europea sull'adozione dei minori del 2011. «L'obiettivo della Convenzione è di prendere in considerazione le evoluzioni della società e del diritto, nel rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sottolineando che l'interesse superiore del bambino deve prevalere su qualsiasi altra considerazione. Le nuove disposizioni introdotte dalla Convenzione sono le seguenti: (...) La Convenzione estende la possibilità di adozione a coppie eterosessuali non sposate, se registrate presso un registro delle unioni civili negli Stati che riconoscono tale istituzione. Lascia inoltre agli Stati la libertà di estendere la portata della Convenzione e di consentire l'adozione a coppie omosessuali e dello stesso sesso che vivono insieme nel quadro di una convivenza stabile. (...)»;

⁹ R. CONTI, *La CEDU, l'adozione e le coppie dello stesso sesso, Pensieri sparsi, a prima lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione e coppie dello stesso sesso e sull'efficacia delle sentenze di Strasburgo-GC*, in *Questione Giustizia Rivista trimestrale*, 4/15.

¹⁰ La CEDU, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953, l'art.8 recita: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui», v. anche Corte EDU, sez. *Grande Chambre*, 6 ottobre 2005, n. 1513, Draon C. Francia, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* 2007, 1082; Corte EDU, sez. *Grande Chambre*, 9 ottobre 2003, n. 48321, Slivenko C. Lettonia, in

succitato, l'Austria¹¹ aveva approvato una legge che vietava l'adozione del minore da parte delle coppie omosessuali, partendo dal dato aprioristico dell'orientamento sessuale dei genitori. Tale normativa impediva ogni ulteriore valutazione fattuale a tutela della prole. La strada indicata dalla giurisprudenza comunitaria è quella di elidere, in radice, gli effetti discriminatori che possano derivare da una differenza di tutela fra coppie eterosessuali ed omosessuali, sempre in ragione del *best interest of the child*¹². La conseguenza del non riconoscere, in ragione dell'orientamento sessuale dei genitori, un legame che possa rappresentare un *quid pluris* per la migliore crescita psicofisica dei figli, è la contrarietà giuridica alle norme della CEDU (artt. 8 e 14) e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Carta di Nizza artt.7 e 21). Si palesa, pertanto, importante stabilire una possibile mediazione tra l'interesse dello Stato a preservare se stesso da scelte normative, non sempre accettate dalla maggioranza della collettività, ed il diritto del minore ad una famiglia¹³.

Sul fronte delle attuali relazioni di coppia e delle c.d. «nuove famiglie», non si può disconoscere come le sentenze della Corte EDU abbiano solo accelerato quel processo italiano di adeguamento legislativo a principi, comunque già ricordati in precedenza dalla nostra C.Cost., in base ai quali la Repubblica deve garantire i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità¹⁴.

La comunità familiare, qualunque essa sia, riveste un ruolo importante nella vita di ciascuno. Per famiglia di fatto¹⁵ deve intendersi quella aggregazione di «genere familiare» non fondata sul matrimonio, ma caratterizzata dalla convivenza dei suoi membri, dall'esistenza di vincoli di solidarietà reciproca, da un certo grado di stabilità e, in presenza di figli, dal loro riconoscimento con allevamento, istruzione ed educazione da parte dei genitori¹⁶. Gli studi dottrinari condotti già all'indomani della riforma del 1975 sul diritto di famiglia,

Diritti dell'uomo e libertà fondamentali 2007, 696; Corte EDU, Sent. gennaio 2014 (ricorso n. 33773/11), Zlwo c. Italia; Corte EDU, sentenza 7 gennaio 2014 (ricorso n. 77/07), Cusan e Fazzo c. Italia, *Relazione sullo stato di esecuzione delle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'Uomo nei confronti dello Stato italiano, (Anno 2014)*, in www.camera.it.

¹¹ L. CONTE, *Il caso X e altri c. Austria: l'adozione del figlio del proprio partner omosessuale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 462 ss.

¹² E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

¹³ Corte EDU, 22 febbraio 2008, nota di A. DONATI, *Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Fam.*, 2008, 1090.

¹⁴ «In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», C. Cost., 15 aprile 2010, n.138, v. anche C. Cost., 11 febbraio 2015, n. 10; C. Cost., 19 novembre 2015, n. 236; C. Cost., 17 marzo 2015, n. 37; R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 1629; 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, 2715

¹⁵ S. ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it

¹⁶ La Risoluzione del Parlamento europeo sulla parità tra uomini e donne nell'Ue (del 13 marzo 2012, punto T), «Considerando che le famiglie nell'Ue sono diverse e comprendono genitori coniugati, non coniugati e in coppia stabile, genitori di sesso diverso e dello stesso sesso, genitori singoli e genitori adottivi che meritano eguale protezione nell'ambito della legislazione nazionale e dell'Unione europea, [...] invita (n.d.a. la Commissione) e gli Stati membri a elaborare proposte per il riconoscimento reciproco delle unioni civili e delle famiglie omosessuali a livello europeo tra i paesi in cui già vige una legislazione in materia, al fine di garantire un trattamento equo per quanto concerne il lavoro, la libera circolazione, l'imposizione fiscale e la previdenza sociale, la protezione dei redditi dei nuclei familiari e la tutela dei bambini».

plaudivano alla equiparazione tra i figli «legittimi» e «naturali», fornendo una prima, ma decisiva, riflessione sui principî di tutela delle diversità e sul superamento dello stigma sulle differenze tra i componenti delle famiglie.¹⁷

2. Il diritto del minore ad una famiglia: l'adozione in casi particolari

«Il diritto non è mai una nuvola che galleggia sopra un paesaggio storico»¹⁸. L'esigenza di formalità «pubblicistiche» da parte delle coppie *same sex*, quali la celebrazione del matrimonio, indubbiamente si intreccia al desiderio di genitorialità. Per comprendere la rilevanza del riconoscimento del vincolo legale si pensi sia all'assunzione di responsabilità da parte del c.d. «genitore sociale» non biologico, sia alla risoluzione delle questioni derivanti dall'adozione, dall'affidamento familiare e dalla pratica della fecondazione medicalmente assistita. Non va sottovalutato, inoltre, il rilievo privato e pubblico che emergerebbe da una legislazione sul matrimonio omosessuale con riferimento alla cittadinanza del minore (figlio di un genitore sociale di diversa nazionalità già adottato all'estero), ai diritti successori, ai rapporti con la p.a. ma, anche, alla tutela nel caso di allontanamento, alla decadenza della responsabilità o al decesso del genitore «biologico» in assenza di altra figura genitoriale.

Volgendo uno sguardo iniziale, non esaustivo, ai caratteri generali della legislazione minorile italiana è pertinente rammentare l'asse portante cui si ispira l'art.1 della l. 184/1983¹⁹ che, al comma 5, sancisce che «*il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia, è assicurato senza distinzione di sesso, di etnia, di età, di lingua, di religione e nel rispetto della identità culturale del minore e comunque non in contrasto con i principî fondamentali dell'ordinamento*²⁰». Le simmetrie che emergono dalla lettura degli artt.14 CEDU²¹ e 1° comma 5 l.184/1983, aiutano l'interprete nel difficile compito di superare le barriere imposte da un rapporto dicotomico tra ordine pubblico

¹⁷ A. GALIZIA DANOVÌ, *Affidamento, potestà e conflitti nella famiglia di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 1989, 780.

¹⁸ P.GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2011, 43.

¹⁹ G. MANERA, *L'adozione e l'affidamento familiare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 2004-2012; AA. VV., *L'affidamento familiare. Contributi per lo sviluppo dei servizi sociali*, Roma, 1974; AA. VV., *Adozione ed affidamento. Proposte per l'attuazione della nuova legge*, Torino, 1984; AA.VV., *Famiglia, tutela dell'infanzia e problematiche dell'affido*, Milano, 1984; M. BARBARITO, *Adozione e affidamento. Contenuti, limiti, interferenze, dalla dottrina alla giurisprudenza di alcuni tribunali d'Italia*, Milano, 1990; BARBERO AVANZINI, *Giustizia minorile e servizi sociali*, Milano, 1997; *Giurisprudenza del diritto di famiglia. III. La filiazione*, a cura di M. BESSONE, M. DOGLIOTTI, G. FERRANDO, Milano, 1996.

²⁰ C.M. BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Familia*, 2001

²¹ «*Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.*».

interno ed ordine pubblico internazionale²², non essendo più possibile comprimere gli interessi del minore in quanto, soprattutto nel caso delle famiglie omogenee, il dato giuridico dell'eventuale inserimento del figlio nel nucleo già formatosi è posteriore al dato fattuale²³. Ciò sollecita un'indagine sulla natura del legame giuridico ed anche relazionale tra i componenti di questa «nuova» famiglia ed il bambino. Preliminarmente va evidenziato come la nostra Cost. (art. 30 commi 1° e 2°) esorti i genitori a tutelare i figli – col mantenimento del legame familiare – e, solo «nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti». Nel contempo, il medesimo articolo conferisce eguali tutele ai figli nati dentro e fuori del matrimonio e, si presume, attribuisca garanzie giuridiche anche alla prole già convivente con una coppia omosessuale. La l.184/1983 privilegia la crescita del minore nella famiglia, qualsiasi essa sia. Nella gamma di priorità, sempre nell'interesse del minore, al primo posto si colloca l'istituto dell'affidamento familiare²⁴. Un'ipotesi particolare è quella relativa all'affidamento eterofamiliare²⁵ concesso ad una coppia omosessuale ritenuta idonea a svolgere il ruolo di aiuto alla genitorialità. L'intervento recente della giurisprudenza ha esteso tali affidamenti anche a coppie omosessuali. Il caso affrontato dal Trib. min. Bologna²⁶ prende le mosse da una istanza di affidamento volontario, avanzata dagli operatori sociali su consenso dei genitori (art.4 l.184/1983). I

²² R. DE FELICE, *Diritto di famiglia ed ordine pubblico internazionale*, in *www.personaedanno.it*, 29 ottobre 2006, secondo il quale, ferma l'inapplicabilità agli italiani, *rebus sic stantibus*, degli istituti contratti all'estero da coppie omogenee per l'inesistenza che l'ordinamento predica dei matrimoni in questione - con riferimento alle coppie straniere - l'Autorità Giudiziaria deve evitare l'errore di non riconoscere la validità di matrimoni, tali secondo la legge del paese di origine.

²³ Famiglie Arcobaleno è una associazione indipendente nata nel marzo 2005 ed è composta da coppie o single omosessuali che hanno realizzato il proprio progetto di genitorialità, o che aspirano a farlo. Uomini o donne che hanno avuto i figli in una relazione eterosessuale e che, in seguito, scoprono o decidono di assumere la loro identità sessuale. Si trovano a fronteggiare problematiche analoghe a quelle delle coppie separate e delle famiglie ricomposte eterosessuali. Coppie omosessuali che desiderano un figlio e che pianificano la procreazione in coppia facendo ricorso alle tecniche di procreazione assistita all'estero, ad autoinseminazione con dono di gameti da parte di un amico, con surrogacy all'estero per le coppie di uomini e all'adozione, se cittadini o residenti di paesi che la permettono. Si confrontano con tematiche analoghe a quelle delle coppie eterosessuali sterili, ma a differenza di queste i loro figli non sono protetti dalla legge per ciò che non rientra nel legame biologico. Coppie o singoli omosessuali di sesso differente che fondano una famiglia insieme (genitorialità condivisa) e che organizzano il quotidiano come coppie eterosessuali separate, con affido congiunto. Singoli omosessuali che decidono, nei modi più vari, di diventare genitori. Si misurano con il vissuto dei genitori single. Le famiglie arcobaleno sono queste e molte altre, Famiglie fondate non sulla biologia, nemmeno sulla legge, purtroppo, ma sulla responsabilità assunta, l'impegno quotidiano, il rispetto, l'amore, in *www.famigliearcobaleno.org*.

²⁴ E. SCABINI, G. ROSSI, *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido*, Milano, 2014, XVII-299; R. CASSIBBA, L. ELIA, *L'affidamento familiare: dalla valutazione all'intervento*, Roma, 2007.

²⁵ E. CECCARELLI, *L'affidamento eterofamiliare fra modello legislativo e realtà*, in *Minorigiustizia*, 2006, n.1, 333-142

²⁶ Trib. min. Bologna, decr. 31 ottobre 2013, secondo il quale «[...] in assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza, costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino, il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, soprattutto in relazione ad un istituto di carattere strettamente temporaneo come quello dell'affidamento consensuale». L'affido consensuale eterofamiliare di un minore può essere disposto anche nei riguardi di una coppia di fatto omosessuale, stabilmente convivente, trattandosi di una misura temporanea, non finalizzata all'adozione, una volta che si accerti in concreto l'idoneità degli affidatari a prendersi cura del minore, nella specie consenziente e vicino alla maggiore età. V. anche Trib. min. Palermo, 09/12/2013, nota di G. CASABURI, in *Foro it.* 2014, 1132; G.T. Parma, decr. 3 luglio 2013, con nota di F. TOMMASEO, *Sull'affidamento familiare di un minore a coppia omosessuale*, in *Persona e danno*, 13 dicembre 2013; C. RIMINI, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*; in *Corr. giur.* 2014, 155; E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, "vivens", condendum*, in *Dir.Fam. Pers.*, 2016, 237; F. BILOTTA, *Omogenerialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. Fam.*, 2011, 1375.

servizi sociali chiedevano al giudice tutelare di autorizzare l'affidamento consensuale tra una madre ed una coppia di uomini legati sentimentalmente tra loro. Il giudice accoglieva la domanda. Il p.m.m. impugnava il provvedimento autorizzativo in quanto «non risultava acquisito e formalizzato il consenso del padre del minore, risultava incompleto e non sottoscritto il progetto quadro dell'equipe territoriale, non veniva previsto alcun mantenimento di rapporti con il padre né il complesso degli interventi posti in essere a sostegno della famiglia del minore, non risultava documentata la convivenza degli affidatari, non veniva documentato che gli affidatari costituivano una famiglia di fatto o una coppia con un minimo carattere di stabilità, né si comprendeva perché non fosse stata privilegiata una coppia con figli, perché la minore doveva essere allontanata dalla madre e dalla sorella o non potesse essere assistita dal padre o essere inserita in un asilo a tempo pieno, per alleggerire la madre». Il reclamo del p.m.m., discusso innanzi al Trib.min. Bologna, veniva respinto con la conferma dell'affidamento alla coppia omosessuale. Il collegio minorile evidenziava come i servizi avessero fornito sufficienti argomentazioni per un programma che prevedesse il recupero del rapporto con la madre ed il rientro della minore in breve tempo presso la famiglia di origine. Si aggiunga come il tribunale conservi sempre un potere *ex officio* di decisione sull'affidamento temporaneo nell'interesse del minore, disponendone la permanenza anche presso singoli individui oppure presso coppie di fatto. Nel caso trattato, la bambina, comunque, mostrava di non fare confusione tra le figure di riferimento, chiamando zii gli affidatari ed i genitori papà e mamma. Per la scelta dei soggetti cui affidare il minore, temporaneamente privo di un ambiente familiare adatto (art. 2 l.184/1983), il giudice deve prediligere «[...] una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola [...]» previa verifica della capacità di assicurare «[...] il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno [...]». La dottrina, alla luce del principio del preminente interesse del minore, si è interrogata sulla preventiva necessità che l'interesse stesso preceda e determini la cerchia dei soggetti potenzialmente idonei all'affido ovvero se debba seguire a siffatta definizione, entrando in campo unicamente dopo che si sia stabilito quali siano tali soggetti²⁷.

Nel caso in cui, invece, vi sia impossibilità accertata ed assoluta di affidamento temporaneo ed il minore sia in stato di abbandono²⁸, questi è dichiarato adottabile. L'istituto della adozione «piena o legittimante»²⁹ ha, come presupposto indefettibile, il taglio definitivo del cordone ombelicale con la famiglia d'origine. In tale ipotesi, l'adottato assume la

²⁷ A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in www.giurcost.org, secondo il quale appare inappagante la motivazione del provvedimento di Bologna di affido sopra richiamato, non essendo chiara la ragione per cui non sia stata preferita la soluzione dell'affidamento a coppia coniugata e in forza di quali elementi la scelta sia piuttosto caduta sugli affidatari, in specie se e quali legami già si intrattenessero tra uno di essi o entrambi e la minore.

²⁸ Cass. civ., sez. VI, 19/05/2016, n. 10366, in *Diritto & Giustizia* 2016, 20 maggio; Cass. civ., sez. I, 13 settembre 2016, n. 17945; K. MASCIA, *Si all'adozione del minore se non si è in grado di offrirgli uno stabile progetto di vita*, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 9; J. LONG, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione* in *Dir. Fam.*, 2007, 1432.

²⁹ A. C. MORO e L. FADIGA, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2008; L. FADIGA, *L'adozione legittimante dei minori*, nel Trattato di diritto di famiglia diretto da P. ZATTI, Milano, seconda edizione 2012, vol. II, 821 ss.

qualità di erede nella famiglia adottiva ed è esentato dell'obbligo alimentare nei confronti dei precedenti ascendenti, oltre a modificare, altresì, *il* proprio cognome. Non va trascurato di aggiungere come le norme sulla adozione c.d. «piena» con effetti legittimanti³⁰ non contemplino le convivenze di fatto. Difatti, è condizione essenziale, per la richiesta di adozione, la circostanza che un uomo e una donna abbiano celebrato il matrimonio da almeno tre anni o, quanto meno, che vi sia stata una convivenza di pari periodo prima della celebrazione del matrimonio³¹.

Quindi, da tale opportunità sono esclusi i conviventi eterosessuali, omosessuali ed i singoli³². Eccezione a tale modalità di adozione è quella c.d. «non legittimante o semi-piena» prevista in tutti quei casi ove non siano presenti le predette condizioni, rappresentando una adeguata risposta ad altri disagi³³. In tale ipotesi per il minore permane un vincolo giuridico con la famiglia di origine – ove presente – e, sino alla introduzione della l. n.219/2012 (riforma della filiazione)³⁴, egli non acquisiva alcun legame legale con i parenti degli adottanti. Sotto il profilo successorio si rileva che l'adottato acquista la natura di erede sia nei confronti dei genitori adottivi (è dubbio se sia, come in precedenza, non incluso nella successione dei parenti dell'adottante) sia nei confronti dei genitori biologici. Inoltre il genitore adottivo e la sua famiglia non vantano diritti successori nei confronti dell'adottato. Ad ogni buon conto, le restrizioni giuridiche dettate per questi «casi particolari» – allo stato non del tutto eliminate dalla vigente normativa – devono confrontarsi con le recenti evoluzioni in materia di filiazione³⁵. Infatti, mentre l'adozione piena «è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità» (art.7) «di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi» (art.8) e «per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome (...).» con la conseguente cessazione dei «rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine, salvi i divieti

³⁰ Art. 6, l. n.149/2001; G. MANERA, *I requisiti soggettivi degli adottanti nell'adozione dei minori*, in *Dir. fam.*, 2003, 500.

³¹ Art. 27, l. n.184/1983.

³² Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Foro it.* 2011, 728, «Le persone non coniugate non possono ottenere il riconoscimento in Italia del provvedimento di adozione di un minore pronunciato all'estero con gli effetti dell'adozione legittimante, ma solo con gli effetti dell'adozione in casi particolari».

³³ In questa forma di adozione, disciplinata nell'art. 44 comma 1°, vengono contemplate le ipotesi in cui: (lett. a) il minore sia orfano di entrambi i genitori e può essere adottato da coloro che abbiano conservato un rapporto significativo con lui e/o siano parenti entro il sesto grado; (lett. b) il minore sia adottato dal coniuge dell'altro genitore, anche se figlio adottivo di questi; (lett. c, d) sia constatata l'impossibilità procedere ad un affidamento preadottivo (ad esempio: minore portatore di handicap ed orfano; rifiutato ma non abbandonato, perché già legato affettivamente ad altri soggetti adulti, anche single, che abbiano provveduto a garantirne accudimento e cura; in affidamento familiare presso singoli o anziani c.d. «irreversibile»; quando, pur dichiarato lo stato di abbandono, il minore non riesca ad essere inserito in una nuova famiglia perché ormai grandicello, per difficoltà caratteriali, per infermità; a tali vicende, si può aggiungere anche l'ipotesi in cui l'affidamento preadottivo abbia luogo, ma venga interrotto senza poi trovare altra coppia in grado di «corrispondere alle esigenze del minore» (art. 22, comma 5 l. 184/1983); quando la richiesta di adozione di un parente sia intervenuta dopo la dichiarazione di adottabilità e, più frequentemente, quando, l'adolescenza del minore, si scontri con il desiderio degli adulti di avere un figlio in tenera età).

³⁴ A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014; S.A. GALLUZZO, *La riforma della filiazione. Commento organico al D.Lgs.28 dicembre 2013 n.154*, Roma, 2014

³⁵ V. BARELA, *L'adozione all'indomani della legge n. 219/2012*, in www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it.

matrimoniali» (art.27), nella fattispecie dell'adozione semi-piena (in casi particolari) l'art. 55 l. n.184/1983 richiama, tuttora, gli artt. 300 e 304 cod.civ. estendendo ai minori adottati la medesima disciplina prevista per l'adozione dei maggiori di età³⁶. Come già accennato, l'introduzione della l. n.219/2012, convertita col D.lgs. n.154/2013, ha eliminato la distinzione lessicale e sostanziale tra «figli legittimi» e «figli naturali». Sino all'introduzione della riforma sulla filiazione, la diversità tra i minori adottati, quindi, aveva avuto una sua *ratio*. Attualmente il combinato disposto, degli artt.74 cod.civ. e 315 e 315 bis cod.civ., in base ai quali la parentela è il vincolo delle persone che discendono dallo stesso stipite anche per i minori adottati, benché non sorga (n.d.a. *solo*) nei casi di persone maggiori di età, e «*tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico [...] ed hanno diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti*», impone il superamento della precedente concezione di «figli adottivi diversi»³⁷. Atteso che, in entrambe le forme di adozione, la strada maestra è sempre il preminente interesse del minore, il dubbio che possa permanere ancora un limite nella instaurazione di rapporti di parentela e successori con la famiglia del genitore adottivo, oltre al perdurare dell'obbligo alimentare in favore del proprio ascendente (eccezion fatta per la previsione di cui all'art. 448 *bis* cod.civ. perdita del diritto nei casi di decadenza della responsabilità genitoriale)³⁸, fa emergere profili di incostituzionalità per contrasto con la previsione di cui all'art. 30 Cost., a meno di non ritenere superata, implicitamente, la disposizione dell'art.55 l. n.184/1983 nella parte in cui vengono richiamati gli artt. 300 e 304 cod.civ. La portata assolutamente innovativa di una riforma, auspicata da anni, che ha giuridicamente equiparato i figli, va plaudita soprattutto per la sua nuova formulazione terminologica, avendo avuto l'obiettivo di sollecitare una «responsabilità genitoriale», a tutela della prole *tout court*, senza distinzioni. Si è ritenuto, da più parti, che la struttura delle norme introdotte con il d.lgs. n.154/2013 abbia stabilito una netta demarcazione tra filiazione e matrimonio, nel senso che «il baricentro della famiglia si è spostato dal matrimonio alla filiazione»³⁹. Pertanto, diviene pressante la sollecitazione del superamento di disparità normative nella disciplina della adozione, anche in ragione di una futura apertura – auspicata da taluno – verso l'applicabilità dell'istituto della adozione, con effetti legittimanti, alle coppie dello stesso sesso⁴⁰. Il consolidamento affettivo,

³⁶ Art. 300 c.c. «L'adottato conserva tutti i diritti ed i doveri verso la sua famiglia di origine, salve le eccezioni stabilite dalla legge. L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salvo le eccezioni stabilite dalla legge», art. 304 cod.civ. «L'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione. I diritti dell'adottato nella successione dell'adottante sono regolati dalle norme contenute nel libro II»; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari, Opinioni Riforma della filiazione*, in www.giur.uniroma3.it

³⁷ M. MORETTI, *Le «uscite di sicurezza». L'adozione in casi particolari*, in *Manuale di diritto minorile. Alfredo Carlo Moro*, a cura di DOSSETTI M., MORETTI C., MORETTI M., VITTORINI GIULIANO S., Bologna, 2014, 305 ss.

³⁸ Per la prima volta la S.C. affronta la questione della equiparazione dei minori adottati con l'interessante provvedimento n.14878 del 15 giugno 2017, relatore dott. DOGLIOTTI.

³⁹ G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam.Dir.*, 10/2015, p. 952.

⁴⁰ G. DOSI, in *Lessico di diritto di famiglia, voce L'adozione in casi particolari*, aprile 2016, secondo cui «La riforma del 2012/2013 ha reso omogenea nell'ambito della nuova definizione di parentela l'adozione piena all'adozione in casi particolari, unificando di fatto lo status di tutti i figli minori ivi compresi quelli adottivi».

la relazione particolarmente significativa con un soggetto capace di cure genitoriali, oltre ad una adeguata condizione psicofisica del minore, dovranno essere, quindi, sempre tra i criteri di ammissibilità della domanda di adozione.

Ritornando all'esame della fattispecie della adozione in casi particolari, l'art. 44 l. n.184/1983 si presenta quale norma con carattere residuale e si basa essenzialmente sull'assenza delle condizioni previste dal comma 1° dell'art.7 della medesima legge, così come argomentato anche dalla C. Cost.⁴¹. Nel successivo paragrafo si esaminano alcune pronunce giurisprudenziali sulla adozione da parte del c.d. «genitore sociale» del figlio biologico del partner eterosessuale od omosessuale. I diversi provvedimenti hanno seguito la strada di una lettura adeguatrice alla normativa transnazionale, con particolare attenzione al rispetto degli artt. 2, 3 e 30 Cost. Nel nostro ordinamento, come già sottolineato, l'adozione «piena», al di fuori del rapporto di *coniugio*, è assolutamente inammissibile, ad eccezione della particolare ipotesi prevista dai commi 1 e 4 dell'art.6 l. n.149/2001 in base ai quali la convivenza prematrimoniale (tre anni) è considerata nel calcolo del periodo minimo per poter accedere alle pratiche di adozione.

3. I casi giurisprudenziali

In Italia ultimamente si assiste, sempre più frequentemente, all'uso del precedente giurisprudenziale che si pone in aderenza a quel percorso tutto anglosassone proprio del *common law*, una sorta di giurisprudenza normativa⁴². Difatti, recentemente, i tribunali e le corti, in assenza di una normativa *ad hoc*, hanno aperto un varco verso l'ammissibilità dell'adozione per quelle coppie (conviventi omosessuali o eterosessuali) che siano portatrici di agiti esperienziali ormai consolidatisi di fatto. L'*escamotage* utilizzato – con l'applicazione dell'art. 44 comma 1° lett. d) l. n.184/1983 – dalle sentenze, tuttavia, lascia senza risposta la domanda di riconoscimento di una genitorialità «piena» nell'interesse del minore e del genitore «sociale» che abbia consapevolmente scelto di procedere, con la/il proprio compagna/o, alla costituzione di una famiglia talvolta, ma non solo, attraverso la pratica della procreazione medicalmente assistita (pma)⁴³ e della gestazione surrogata per conto

⁴¹ C. Cost., 30 settembre 1999, n.383. «Non è fondata – in riferimento agli artt.3 e 30, c.2, cost. – la q.l.c. dell'art. 44, lett. a) e c), l.4 maggio 1983 n.184, sollevata sotto il profilo che tale norma – in quanto stabilisce che l'adozione da parte dei parenti entro il quarto grado non è consentita se non subordinatamente alla constatata impossibilità di affidamento preadottivo – potrebbe essere interpretata nel senso dell'impossibilità di far luogo all'adozione in casi particolari da parte di parenti che si prendano cura del minore», T. MONTECCHIARI, *Adozione "mite": una forma diversa di adozione dei minori od un affido senza termine? Se un bambino vive nell'accettazione e nell'amicizia, impara a trovare l'amore nel mondo (Doret's Law Nolte, I bambini imparano ciò che vivono)*, in *Dir.Fam.Pers.*, 2013, 1581, secondo cui l'adozione mite è la soluzione per il superamento di zone "grigie" in cui versano i minori allontanati dalle famiglie ma per i quali trascorre molto tempo prima che sia accertato lo stato di abbandono.

⁴² Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015 n. 25767, in *Danno e resp.*, 2016, 352.

⁴³ F. ASTIGGIANO, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. Dir.*, 2012, 420 ss.

di altri (gpa). In risposta a tali quesiti sono già intervenute alcune pronunce che saranno analizzate nei paragrafi successivi.

In presenza di una stabile coppia non coniugata, il Trib. min. Milano⁴⁴ disponeva l'adozione di una minore, da parte del compagno convivente della madre. Il Collegio premetteva di potersi esimere da qualsiasi valutazione circa la libera ed insindacabile scelta della coppia di non voler contrarre matrimonio. Il giudice minorile, approfondendo attentamente l'esame del caso concreto nell'intento di valorizzare i legami affettivi di fatto creatisi, autorizzava l'adozione ai sensi della lett.d) dell'art.44 applicabile, altresì, nei casi di impossibilità di affidamento preadottivo, ai singoli o alle persone anziane, quale alternativa al collocamento in comunità o in case famiglia. I giudici non limitavano l'interpretazione della norma alle sole situazioni di fatto ma, anche, a quelle di diritto⁴⁵. D'altra parte l'articolo (alla lett.d) prevede, quale unica condizione, l'impossibilità di affidamento preadottivo e non l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo di un minore in stato di abbandono⁴⁶. In seguito, anche App. Firenze⁴⁷ accoglieva l'istanza di adozione avanzata da parte di un uomo che aveva intrattenuto, sin dalla nascita, un rapporto di natura genitoriale con la bambina – già dodicenne – della propria compagna convivente, privilegiando, nei fatti, il forte legame creatosi tra «padre e figlia», seppur in assenza di rapporti di sangue. La Corte, partendo dal paradigma ermeneutico della analogia ad altri pronunciamenti, avvertiva l'esigenza di superare le discriminazioni all'interno dei rapporti di filiazione e, atteso che la scelta dei conviventi di non voler convolare a nozze, non dovesse avere ricadute di denegata tutela nei confronti della minore inconsapevole, ammetteva l'adozione della bambina riscontrando anche qui i presupposti dell'art. 44 comma 1°, lett. d)⁴⁸. Non secondaria rilevanza aveva avuto la volontà della minore che, come previsto dal successivo art.45 l. n.184/1983, veniva raccolta attraverso l'ascolto. La norma prevede il consenso del minore ultraquattordicenne e l'ascolto di quello di età inferiore⁴⁹.

Va segnalato, comunque, un difforme orientamento giurisprudenziale sul punto⁵⁰. In

⁴⁴ Trib. min. Milano, 28 marzo 2007, n. 626, in *www.personaedanno.it*; M. CERATO, M. ROMEO, F. TURLON, *La filiazione adottiva, La filiazione percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, 185.

⁴⁵ Sulla impossibilità giuridica di un affidamento preadottivo perché manca lo stato di abbandono, v. anche Trib. min. Perugia, 16 settembre 2010; Trib. min. Bari, 7 maggio 2008; App. Bologna, sez. minori, 15 aprile 1989.

⁴⁶ *Adozione in casi particolari*, a cura di G. Dosi, in *Lessico di diritto di famiglia, Centro studi giuridici sulla persona, Servizi professionali riuniti*, Roma, aprile 2016.

⁴⁷ App. Firenze, sent. 4 ottobre 2012, n. 1274.

⁴⁸ Cionondimeno, da parte di autorevole dottrina e di certa giurisprudenza (Trib.min.Milano, decr. 2 febbraio 2007), si sostiene che non sia pacificamente ammissibile l'adozione da parte del convivente *more uxorio* se non nell'ipotesi in cui il figlio sia orfano del *partner* con cui l'adottante abbia stabilito un rapporto stabile e duraturo. M. DOGLIOTTI, *Diritto del minore ad una famiglia*, in *Codice della famiglia. Artt.1-69*, a cura di M. SESTA, Milano, 2015, 2123 ss.

⁴⁹ Benché vi sia una recente adesione del nostro legislatore alla consolidata prassi internazionale sull'ascolto del minore ed il richiamo alle leggi di ratifica delle convenzioni che hanno permesso al nostro Paese di individuare modalità processuali di maggiore sensibilità nell'interesse del minore (Conv.New York 1989, rat. l. n.176/1991, e Conv. Strasburgo 1996, rat. l. n.77/2003, con cui si stabilisce che il diritto del fanciullo di esprimere liberamente la propria opinione su ciò che lo riguarda), lo strumento, introdotto dalla l. n.184/1983 e poi ampliato e ribadito dalla recente riforma sulla filiazione, non è mai stato del tutto estraneo al nostro ordinamento.

⁵⁰ Trib. min. Milano, 20 ottobre 2016, n. 268, per cui il convivente *more uxorio* non può ottenere l'adozione "in casi particolari", prevista dall'art. 44, l. n. 184/1983, del figlio della compagna, né con riferimento alla lettera b) (relativa al

caso analogo il Trib. min. meneghino, rigettando la richiesta di adozione del minore da parte del convivente *more uxorio* del genitore biologico, asseriva che l'adozione, in quanto istituto che supera il dato biologico, richiedesse un modello giuridico di riferimento affinché si potesse definire la disciplina. Questo modello è identificabile con il matrimonio che integra un quadro normativo di maggiore tutela per il minore adottato.

Risulta evidente, comunque, la ricaduta socioculturale di tali posizioni giurisprudenziali. Sulla scia di tali arresti, con tutta probabilità, è stata ampliata la possibilità di ammettere le adozioni nelle convivenze eterosessuali, ma sembra essersi chiuso (art.1 comma 20 l. n.76/2016), allo stato, l'ingresso alle coppie *omosex*. Per tale motivo il *favor adoptionis* della magistratura nei casi di minori cresciuti all'interno di convivenze eterosessuali ha incontrato, nelle istanze di coppie omosessuali, una strada più impervia a causa degli orientamenti sessuali dissomiglianti. Invero, tale difficoltà non si comprende alla luce del divieto di differenziare le tutele in base all'orientamento sessuale. Da parte di autorevoli sociologi è stata, inoltre, sollevata una questione di natura terminologica di non poco momento: non appare corretto parlare di «famiglia omosessuale», ma bisogna definire tale solo la «coppia». Non si considera, infatti, che il connotato del medesimo orientamento sessuale riguarda solo due persone che possono avere dei rapporti parentali allargati – nonni, genitori, zii, cugini, fratelli, nuovi coniugi dei genitori – così come per le coppie eterosessuali. «A prescindere dalla loro sessualità e dalle loro eventuali relazioni di coppia (n.d.a. le persone dello stesso sesso) hanno, quindi, famiglia dal punto di vista sia normativo (inclusi gli obblighi di solidarietà sanciti dalle legislazioni nazionali), sia relazionale. Questi rapporti, la loro qualità, lo statuto relazionale ed affettivo che ha la persona omosessuale al suo interno, le conseguenze che ha il manifestarsi come omosessuale sulle relazioni con il padre e la madre, i fratelli e le sorelle, sono dimensioni importanti dell'esperienza familiare delle persone omosessuali»⁵¹. L'esistenza di variegati contesti parentali ed amicali arricchisce, in termini di affettività ed accudimento, il panorama familiare di un minore. Non va sottaciuto, comunque, quanto gli arresti giurisprudenziali abbiano dovuto fare i conti con le divergenti correnti di pensiero che hanno trasversalmente percorso il dibattito politico e culturale italiano in questi ultimi anni. Pur nella consapevolezza di procedere per semplificazioni, si può riassumere che, da parte di taluni, si è inteso mettere in luce come il binomio affetto-accudimento ed orientamento sessuale dei genitori riesca a tenere in debita considerazione il *best interest of the child*. Nell'ambito degli studi psicologici sul tema si è auspicato che una sostanziale equiparazione tra omogenitorialità ed eterogenitorialità possa partire «dall'individuazione di nuovi modelli culturali per la determinazione di contesti protettivi per i genitori omosessuali e soprattutto per figli che vivono e crescono in nuclei omogenitoriali, ai quali non può essere assolutamente

caso in cui il minore sia figlio dell'altro coniuge), mancando il rapporto di coniugio, né con riguardo alla lettera d) (che concerne la constatata impossibilità di affidamento preadottivo), allorché il minore non sia privo dell'assistenza morale e materiale da parte dei genitori.

⁵¹ C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2012, 101-112.

negata la tutela dei diritti e la protezione del loro senso di appartenenza familiare e sociale. Il superamento di impostazioni pregiudizievoli dovrebbe portare all'acquisizione di adeguati criteri analitici ed approcci metodologici scevri da dogmatismi eterosessisti, destrutturando il costante ed imperante tentativo di far passare per oggettivo (ossia l'esclusiva funzionalità della genitorialità eterosessuale vs la disfunzionalità della genitorialità omosessuale) ciò che in realtà appartiene all'ambito di sistemi e modelli culturali ideologicamente improntati su concezioni omonegative ed eteronormative⁵². Altri, di contro, hanno sottolineato come lo stravolgimento della nozione di «famiglia» abbia condotto la giurisprudenza europea ad accettare quale verità inconfutabile, sul presupposto del primario interesse del minore, la omogenitorialità come valore aggiunto, arrivando al paradosso di discriminare ulteriormente, con motivazioni ideologiche ed aprioristiche, situazioni in realtà tra loro già molto sperequate. Si è temuto, infatti, da parte di autorevole dottrina, l'aprirsi di un varco ad una varietà indefinita di relazioni familiari, cui viene attribuita una qualificazione che va oltre le intenzioni del legislatore e, in particolare per l'adozione, si è esortato al rispetto del principio del diritto del minore a crescere in famiglia, intendendosi tale quella eterosessuale e tutelata dal precetto dell'art. 29 Cost.. La esiguità delle ricerche scientifiche in sede nazionale e l'inesperienza sul campo – a dire di certuni – renderebbe difficile una valutazione concreta su quanto possa incidere, nella psiche di un minore, la crescita in un contesto omoparentale; ciò indurrebbe a passi di maggiore prudenza⁵³. Infine va segnalato, con riguardo alla procreazione con gameti esterni alla coppia, il rilievo mosso da parte di chi ha eccepito la pericolosità e la contrarietà all'ordine pubblico interno dell'istituto dell'adozione conseguente a tale pratica, partendo dall'analisi letterale dell'art.12, comma 6, l. n.40/2004, che sancisce che *«[...] chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro»*⁵⁴. In ogni caso le problematiche emerse in Italia, in assenza di una legislazione in materia, hanno comportato lo stigma da parte dei provvedimenti della Cort.Edu, disapprovazione che si ritiene possa essere superata attraverso il rispetto del divieto intangibile di discriminazione omofoba⁵⁵. Sino ad oggi, l'applicazione della *ratio decidendi*, nei casi di adozione tra partner omosessuali, ha percorso in Italia, co-

⁵² A. TAURINO, *Famiglie e genitorialità omosessuali. Una riflessione in chiave psicologica contro il pregiudizio omofobo*, in *Avvocati di Famiglia*, n. 2 – aprile-giugno 2015, Osservatorio Nazionale sul diritto di famiglia, 31.

⁵³ F. TOMMASEO, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 275.

⁵⁴ B. SALOMONE, *Figli su commissione, profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal*, 2/2014; Dossier: come è cambiata la legge 40 (2004-2017) in www.biodiritto.org.

⁵⁵ Corte EDU, sez. II, ric. n. 25358/12, sent. 27 gennaio 2015, Paradiso e Campanelli c. Italia. *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia di fronte alla Grande Chambre della Corte EDU*, in rivista.eurojus.it; M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIUS Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015/1, 243; C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, 981; S. CAGACE, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. Così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2016, 913; T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, in *Riv.It. Dir.Proc.Pen.*, 2015, 418.

me già anticipato, un processo analogico e di adeguamento ai dettami sovranazionali. Il noto caso «pilota», trattato dal Trib. Min. Roma⁵⁶, è quello relativo a due donne conviventi in Italia, sposate in Spagna che ivi avevano proceduto alla pratica di fecondazione eterologa medicalmente assistita. La bambina, nata a seguito di donazione di gameti maschili, cresceva quindi con una genitrice biologica ed una sociale, entrambe chiamate mamma. La madre non biologica chiedeva di adottare la bambina della propria compagna (coniuge all'estero). Benché vi fosse il parere contrario del p.m.⁵⁷, il Collegio riteneva che, ai sensi dell'art.57 n.2 l.184/1983, andassero, invece, considerati preliminarmente gli interessi della minore. Pertanto, in ragione del fatto che la lett. d) dell'art.44 non abbia previsto, in modo esplicito, il presupposto dell'abbandono – non applicabile al caso di specie avendo già la minore una madre –, nella impossibilità non di «fatto» ma «di diritto» di affidamento preadottivo, il Trib. Min. disponeva farsi luogo all'adozione della bambina⁵⁸, richiamandosi alla precedente giurisprudenza conforme⁵⁹. La questione veniva portata all'attenzione della C. App. capitolina su reclamo del p.m.⁶⁰. La Corte, preliminarmente, rigettava la richiesta di nomina di un curatore speciale per la minore, sul presupposto dell'assenza del conflitto di interessi. Infatti, la tutela della bambina veniva correttamente garantita dalla madre che l'aveva riconosciuta alla nascita e che ne aveva la responsabilità genitoriale in via esclusiva, costituendo, il consenso della genitrice biologica, la condizione necessaria per il perfezionamento della procedura di adottabilità (art. 46 l. n.184/1983). In secondo luogo, i giudici restituivano rilievo ad un consolidato rapporto di fatto tra la minore e la mamma adottante, sancendo, così, l'irrilevanza del presupposto dello stato di abbandono. La detta pronuncia si adeguava a quell'orientamento, condiviso da parte dalla giurisprudenza internazionale, che ammetteva l'adozione di un figlio generato all'estero attraverso la pratica della fecondazione eterologa medicalmente assistita scelta che, in assenza del presupposto della eterosessualità, invece in Italia subisce le limitazioni previste dalla l. n.40/2004. Le complesse motivazioni dei giudici romani partivano dall'assunto che l'istituto dell'adozione in casi particolari, seppur richieda requisiti meno rigorosi di quelli previsti per l'adozione legittimante, tuttavia non può non sottomettersi ad una verifica ben ponderata dell'imprescindibile premessa del superiore interesse del minore. I magistrati giudicavano tenendo conto dell'ampio concetto di «legame familiare» quale elaborato – con esplicito richiamo alle unioni omosessuali – anche dalla giurisprudenza

⁵⁶ Trib.min. Roma, sent. 30 luglio 2014, n.299, G. MIOTTO, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2015, 1335; M. CAVALLO, *Si fa presto a dire famiglia*, Bari-Roma, 2016.

⁵⁷ Secondo cui l'art. 44 comma1°, lett. d) l. n.184/1983 - fondato sul presupposto imprescindibile dello «stato di abbandono - si può applicare solo ai minori non collocabili «di fatto» in affidamento preadottivo (o perché portatori di handicap o perché, se sradicati dal contesto in cui già vivono, potrebbero subire un serio pregiudizio psico-fisico).

⁵⁸ In senso conf. Trib. Min. Roma, sent. 22 ottobre 2015, n.291, S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. cost.*, 2016, 1169.

⁵⁹ App. Firenze, Sez. min., 4 ottobre 2012, n. 1274; Trib. min. Milano, 28 marzo 2007, n. 626. *Contra* Trib. min. Roma, 22 dicembre 1992, in *Dir. fam.*, 1993, 212.

⁶⁰ App. Roma, 23 dicembre 2015, n. 7127, con nota di SAPI, in *Il familiarista.it*, 2016, 5 gennaio s.m.; S. MENICETTI, *Una sentenza che allinea l'Italia a Strasburgo*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 806, *Contra* Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261.

za della Corte EDU⁶¹, in aderenza ai principi della Carta di Nizza, che vieta qualsivoglia discriminazione basata sul sesso e sull'orientamento sessuale. In sede di legittimità⁶² le ragioni della decisione si presentavano assolutamente in linea con quanto deciso nei due gradi del merito. Durante l'udienza di discussione il pm chiedeva, in via preliminare, la rimessione alle Sezioni Unite in quanto involgente una questione di massima di particolare importanza. Sul punto della rimessione la Corte, prima sezione civile, sottolineava la inesistenza dei presupposti di cui al comma 2 dell'art. 374 c.p.c., considerato che la funzione nomofilattica, quale onere di vigilanza sull'esatta e uniforme interpretazione della legge su argomenti di particolare importanza, nel caso di specie, non appariva doverosa, non emergendo rilevi particolari dalla prospettata questione di adozione da parte di chi ha già instaurato un rapporto significativo con il/la minore; il dato fattuale della relazione omosessuale, già trattato in pronunce nazionali e sovranazionali, non rappresentava, pertanto, una «questione di massima di particolare importanza». Sulle questioni subordinate la prima, relativa alla nomina necessaria del curatore della minore, diveniva oggetto di approfondita analisi e, in ragione delle conclusioni cui perveniva la Corte, si può sostenerne la correttezza. La tesi del pubblico ministero si basava sull'emergere di un «conflitto potenziale» in quanto la madre biologica, in realtà, più che nel precipuo interesse della minore, avrebbe prestato il proprio consenso all'adozione della figlia quale portatrice di un interesse personale al consolidamento della relazione affettiva, apparendo, a detta del reclamante, tale posizione «*ispirata da una concezione «adultocentrica»*». Di talché veniva ritenuta strada obbligata la scissione delle due posizioni tra l'interesse morale all'adozione e quella di legale rappresentante dell'adottanda. Tale assunto non appariva condivisibile, alla luce dei precedenti fissati dalla giurisprudenza comunitaria. Gli Ermellini, evidenziando preliminarmente come non sia sindacabile in sede di giudizio di legittimità il conflitto di interessi «potenziale» qualora escluso in sede di merito⁶³, non ritenevano di essere in presenza di interessi incompatibili tra loro⁶⁴. Qualora il conflitto «potenziale» di interessi sia da intendersi quale situazione in cui l'interesse secondario di una madre – alla formazione di una famiglia – possa potenzialmente tendere ad interferire con l'interesse primario della figlia – al riconoscimento ad una stabile rapporto di accudimento e di affettività – (verso cui la prima ha precisi doveri e responsabilità), allora si perverrebbe alla conclusione che, nell'ambito della famiglia e nella funzione genitoriale, potrebbero essere in ogni momento potenzialmente individuati conflitti di interessi, comunque sottoponibili ad un vaglio giurisdizionale, seppur in assenza di un concreto pregiudizio.

⁶¹ Corte EDU, ric. 30141/04, sent. 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria.

⁶² Cass., I sez., 26 maggio 2016 n. 12962; con nota di A. FIGONE, *La Cassazione dice sì alla stepchild adoption*, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 61; nota di G. CASABURI, in *Foro it.* 2016, 2342; nota di A. FASANO, in *Il familiarista.it*, 2016, 3 ottobre; con nota di M. LABRIOLA, *Adozione: giurisprudenza creativa o conforme alla legge?*, in *personaedanno.it*, 2016, 2 settembre; A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, in *Giur. It.*, 2016, 2573.

⁶³ Cass., n. 5533/2001; R.SASSANO, *Giurisprudenza*, in *Il curatore speciale dei minori in sede civile e penale*, 2008, 170.

⁶⁴ Cass., n.21651/2011; G. DOSI, *L'ascolto del minore, Le conseguenze del mancato ascolto del minore*, in *L'avvocato del minore - Professione legale e relazioni familiari*, Torino, 2015.

Nel corpo del provvedimento emergeva come fosse prevalso, per il p.m. reclamante, uno sguardo «discriminante», che attribuiva ai progetti di natura meramente affettiva tra le genitrici omosessuali e la figlia un carattere di incompatibilità in *re ipsa*. D'altronde, seguendo la linea argomentativa del p.m. in base alla quale l'adozione in casi particolari presenterebbe sempre un conflitto di interessi «potenziale», il particolare ambito in cui si muove l'art. 44 l. n.184/1983 si snaturerebbe di quella propria funzione che assicura alle situazioni di fatto, spesso già consolidate nel tempo, una tutela in più per il minore nei casi in cui non sia possibile procedere all'adozione c.d. «piena»⁶⁵. Infine, sul punto, è importante rimarcare che la necessità del consenso del genitore dell'adottato, previsto dall'art. 46 l. n.184/1983, attribuisce una valenza fondamentale alla responsabilità del genitore biologico la cui derogabilità – in ipotesi di conflitto di interesse – andrebbe valutata in sede di merito caso per caso. Ad ogni buon conto, poiché la previsione, contenuta nell'art.56 l. n.184/1983, così come riformato nel 1988 dalla C.Cost., è quella della mera audizione – non del consenso – del legale rappresentante del minore adottando che obbliga, conseguentemente, il giudice ad una più approfondita indagine e valutazione sul reale interesse del minore (a seguito delle ricevute dichiarazioni del legale rappresentante), la modalità in cui si muovevano le due corti di merito era nel senso di una verifica puntuale secondo l'indirizzo tracciato dal successivo art.57 l. n.1984/1983. Il secondo punto del provvedimento di legittimità appariva più controverso sia in dottrina sia in giurisprudenza ed era relativo all'interpretazione della espressione lessicale «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» contenuta nell'art. 44 comma 1° lett.d). I giudici della S.C., seguendo il solco tracciato dai provvedimenti di merito, sottolineavano come l'art. 44 comma 1° avesse stabilito che l'accertamento di una situazione di abbandono non dovesse costituire, diversamente dalla adozione c.d. piena, una condizione imprescindibile per l'adozione in casi particolari.

A tal risultato era già pervenuta la Cass., con sentenza n.260 del 2010⁶⁶, che concludeva per l'esclusione della necessità dello stato di abbandono in tema di adozione di minore in casi particolari, ex art. 44 l. 4 maggio 1983 n. 184. Infatti, la natura informale del procedimento camerale esige, ai sensi dell'art. 313 cod.civ. – come richiamato dall'art. 56

⁶⁵ E. FALLETTI, *Adozione e orientamento sessuale: si alla stepchildren adoption anche in Italia*, in *Quotidiano giuridico*, 2.9.14; A. FIGONE, *Affidamento familiare di minore a coppia omosessuale*, in *Quotidiano giuridico*, 2.4.14; G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. Pers. Succ.*, aprile 2012, 281; G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in NGCC, 2012; M. SESTA, *Il Codice della Famiglia Artt 44/58 legge 184/1983*, Milano, 2009; G. GIUSTI, *L'adozione dei minori in casi particolari*, in Bonilini, *Il Diritto di Famiglia, Filiazione e adozione*, Roma, 2007; G. DEL PAPA, *Adozione in casi particolari e affidamento preadottivo*, in *Fam. Dir.*, 6, 2000, 634; G. PERZIA, *Adozioni in casi speciali? Arriva il sì dal Tribunale per i Minorenni di Roma* nota alla Sentenza del Trib.min. Roma, 30 giugno-30 luglio 2014, n. 299, in www.filodiritto.com.

⁶⁶ Cass., sez. I, 12 gennaio 2010, n.260, in *Adozione, in comparazione dirittocivile.it* In materia di adozione del minore, non può ritenersi lesiva del diritto di difesa una dichiarazione di assenso del genitore biologico ad una forma di adozione meno severa nei suoi confronti, quale l'adozione mite ex art. 44, l. n. 184/1983, – nella specie giustificata dalla constatata impossibilità di affidamento preadottivo – qualora espressa nell'ambito della procedura per l'accertamento dello stato di abbandono. In tal senso, invero, l'accertamento dello stato di abbandono, quale presupposto della dichiarazione di adottabilità, determina la fine del vincolo con il genitore naturale, laddove, al contrario, l'adozione mite consente la conservazione del rapporto. F. MICELA, *La rappresentanza e assistenza del minore nei procedimenti di potestà e di adottabilità*, in *Dir. fam.*, 2010, 1413.

l. n.184/1983 – l'assenza di qualunque vincolo di rigida priorità temporale tra gli atti della procedura, restando unica richiesta di tutela il preminente interesse del minore. Pertanto, non può considerarsi lesiva del diritto di difesa del genitore naturale l'utilizzazione del consenso da lui prestato nell'ambito del procedimento per l'adozione legittimante, qualora, constatata l'impossibilità di affidamento preadottivo, il procedimento muti in quello per l'adozione in casi particolari, tanto più che il primo processo presuppone l'accertamento dello stato di abbandono e recide il vincolo con il genitore naturale, mentre il secondo consente la conservazione del rapporto con quest'ultimo. D'altronde, con la precedente pronuncia n.182/1988⁶⁷, la C.Cost., nel dichiarare fondata la questione di illegittimità costituzionale degli art. 45, comma 2 e 56 comma 2 – per contrasto con l'art. 3 cost. – nel corso della motivazione testualmente asseriva che “il Titolo IV «Dell'adozione in casi particolari» della legge n. 184 del 1983 tende a recuperare, in ipotesi tassativamente circoscritte, l'impiego dell'adozione cosiddetta ordinaria o semplice o non legittimante per minori che non si trovino nello stato di abbandono, presupposto necessario quest'ultimo per l'adozione cosiddetta piena o legittimante”.

Attesa, quindi, la possibilità di applicazione dell'art. 44 alle ipotesi di «non abbandono», in assenza, tra l'altro, del dato testuale ed in presenza di situazioni di fatto in cui il minore abbia già consolidato, con adulti, una relazione affettiva e stabile di convivenza, la Corte concludeva sostenendo che «l'interpretazione della “impossibilità di affidamento preadottivo” [...] non osta alla più ampia opzione ermeneutica che ricomprenda nella formula anche la 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».

A sostegno della tesi formulata dalla S.C., militano le pronunce in cui sono affermati diritti al riconoscimento adottivo in favore di minori cresciuti all'interno di famiglie eterosessuali⁶⁸, senza che sia mosso alcun rilievo circa l'assenza dello stato di abbandono. Nei casi su descritti i giudici, partendo dal paradigma ermeneutico della analogia ad altri pronunciamenti, hanno avvertito l'esigenza di superare le discriminazioni all'interno dei rapporti di filiazione e, atteso che la scelta dei conviventi di non voler convolare a nozze, andasse rispettata, hanno evitato che la volontà degli adulti avesse ricadute di denegata tutela nei confronti di minori inconsapevoli. Ben si comprende, quindi, perché il *favor adoptionis* della magistratura di merito nei casi di minori cresciuti all'interno di convivenze omosessuali abbia trovato in questi ultimi anni un esito positivo, in ragione del fatto che «l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto sia in concreto, non può essere svolto – neanche indirettamente – dando rilievo all'o-

⁶⁷ C. Cost., 18 febbraio 1988 n.182, q/c delle parti degli art. 45, comma 2 e 56 comma 2, l. 4 maggio 1983 n. 184, contenenti la disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori in cui si prevedeva il consenso anziché l'audizione del legale rappresentante del minore perché si facesse luogo all'adozione.

⁶⁸ Trib. min. Milano, sent. 28 marzo 2007, n. 626; App. Firenze, sent. 4 ottobre 2012, n. 1274.

rientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione stabilita con il partner».

Un ultimo inciso è d'uopo, la pronuncia in commento, che ha esaminato precedenti giurisprudenziali sorti prima della emanazione della l.76/2016 (regolazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), «non si applica in assenza di una disciplina transitoria alla fattispecie dedotta in giudizio».

Infine, vi è il diverso caso relativo alla adozione di un bambino concepito con la pratica di maternità surrogata, che consiste nel procedere alla fecondazione eterologa medicalmente assistita, di frequente esplorata da parte di due uomini *same sex*, sulla base della disponibilità di una donna gestante che ricorra alla fecondazione con l'impianto di un ovulo fecondato in vitro di altra donatrice, diversa dalla portatrice, reso fertile dal seme del padre biologico, che poi riconoscerà il bambino. Il Trib. min. Roma⁶⁹, a seguito di istanza avanzata da due uomini italiani sposati in Canada, ammetteva l'adozione di un maschietto di sei anni da parte dei due padri omosessuali che erano ricorsi ad una «gpa»⁷⁰. Nella fattispecie *de quo* gli uomini avevano mantenuto rapporti costanti con la gestante, soggiornando nella città del bambino per due mesi dopo la sua nascita. Il p.m. aveva espresso parere negativo, sul presupposto, tra l'altro, che l'adozione in casi particolari è prevista solo nei casi tassativi previsti che contemplanò, come premessa ineludibile, lo stato di abbandono inesistente nel caso di specie. Il p.m. insisteva, inoltre, per la nomina di un curatore speciale per il minore. Preliminarmente rigettata l'istanza di nomina del curatore speciale, la motivazione della sentenza – basata nuovamente sull'evenienza che l'impossibilità di affidamento preadottivo possa essere una circostanza anche di diritto, oltre che di fatto – prendeva le mosse dal precipuo interesse del minore a continuare a vivere con i due papà che lo avevano cresciuto e riconosciuto all'estero (art. 57 n. 2, l. n.184/1983). Il Collegio rammentava, poi, come nel nostro ordinamento fosse già consentita l'adozione (art. 44 lett. d) sia della coppia di fatto eterosessuale sia del singolo, a prescindere dall'orientamento sessuale, e che, per altri versi, l'asserito ostacolo derivante dall'assenza dello stato di abbandono fosse stato già superato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità che aveva operato una «interpretazione convenzionalmente orientata delle norme nazionali nel rispetto dei principî costituzionali»⁷¹. I giudici romani avevano evidenziato che, in tema di

⁶⁹ Trib. min. Roma, sent. 31 dicembre 2015, in *questionegiustizia.it*; S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. Cost.*, 2016, 1169B; l'autrice pone l'accento sul pari valore che può avere anche una famiglia monogenitoriale e sottolinea una sorta di svalorizzazione della madre sola, cui è sempre preferibile la 'doppia figura genitoriale', secondo un principio che esalta il diritto della coppia alla genitorialità, quale atteggiamento intento a negare che la famiglia composta dalla madre e dal bambino sia *già* famiglia in senso pieno; vedi anche App. Roma, 23 novembre 2016, Trib. Napoli, 28 giugno 2006, App. Milano, 1 dicembre 2015.

⁷⁰ Gestazione per altri: Esistono tre forme di maternità surrogata: la surrogata può fornire solo l'utero in prestito con embrione omologo, la surrogata può fornire anche un gamete femminile, la surrogata può fornire in prestito l'utero con embrione con gameti donati.

⁷¹ Cass. civ., sez. I, 19 ottobre 2011, n. 21651, nel procedimento di adozione in casi particolari, non è necessaria la nomina di un curatore speciale del minore, qualora non emerga un conflitto di interessi concreto, diretto ed attuale tra quest'ultimo e il suo legale rappresentante. Conf. App. Palermo, 14 aprile 2010, in *Foro it.* 2012, 821.

estensione dei diritti derivanti dal matrimonio contratto all'estero delle coppie omosessuali, finanche la C.Cost. aveva riconosciuto il diritto di vivere liberamente la propria condizione di coppia, così come per le unioni di fatto fra persone di sesso diverso. Conseguentemente, assumeva il Trib., il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati, rientrava nel diritto alla vita familiare, nel «vivere liberamente la propria condizione di coppia» quale diritto fondamentale. Pertanto, il giudice concludeva che un'interpretazione restrittiva della lett. d), che escluda l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione del diverso orientamento sessuale pur riconoscendo la facoltà di ricorrere a tale istituto per le coppie eterosessuali, avrebbe sollevato profili di incostituzionalità per contrarietà agli artt. 3 e 2 cost.⁷².

4. La «constatata impossibilità» dell'affidamento preadottivo e «l'assenza dello stato di abbandono» ai sensi dell'art. 44 comma 1°, lett. d) l. n.184/1983

Ampliare, nell'interesse del minore, l'accertamento sulla «impossibilità di affidamento preadottivo», in assenza dello stato di abbandono, anche alle ipotesi di impossibilità di diritto, come già specificato, ha consentito l'applicazione della disciplina della lett. d) art. 44 anche alle coppie *same sex*. Sulla questione si è espressa la Corte EDU, con una pronuncia del 21 gennaio 2014, caso *Zhou vs. Italia*, in cui si è registrato che, nei tribunali italiani, sta già emergendo una interpretazione estensiva, lì dove è dichiarata l'adozione in casi particolari in favore di un minore anche in situazioni in cui non sussista lo stato di abbandono. Inoltre, è stato evidenziato da autorevole dottrina che, poiché la forma di adozione «piena» esige, quale requisito necessario per far dichiarare il minore in condizione di adottabilità, la previa verifica dello stato di abbandono dello stesso, sembra logico supporre che le ipotesi di cui agli artt. 44 e ss., applicabili «anche quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 7 c.1», si configurino sostanzialmente in presenza di minore che non versi in tale condizione⁷³. Con argomento difforme, parte di dottrina e giurisprudenza ha obiettato che l'adozione del figlio del compagno/a, da parte del convivente eterosessuale ed omosessuale, non possa rappresentare un diritto degli adulti che scaturisca dalla loro unione. Si è, pertanto, sostenuto come l'adozione in casi particolari tuteli anzitutto il preminente interesse del minore e, se questi non è in stato di abbandono, posto che è «giuridicamente e non di fatto impossibile» il collocarlo in affidamento preadottivo, una adozione omoparentale non sarebbe adeguata allo spirito dell'art. 44, lett. d). Conseguen-

⁷² Trib. min. Roma, sent., 30 luglio 2014, n.299; G.ΜΙΟΤΤΟ, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*; in *Dir.Fam. Pers.*, 2015, 1335.

⁷³ E. URSO, *L'adozione dei minori in casi particolari*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Volume terzo, Filiazione e adozione*, a cura di G. FERRANDO, Bologna, 2007, 784-789.

temente, diversamente opinando attraverso una lettura forzata della norma, si correrebbe il rischio di accogliere la domanda di adozione proveniente da «ogni» soggetto «desideroso – e titolato in forza di un ottimo rapporto con il minore – di diventare il padre 2, o madre 2; o 3, o 4, [...]» che intenda adottare un minore che non versi in condizione di abbandono, al fine di ampliarne accudimento e risorse economiche (giustificandosi così la maggiore realizzazione dell'interesse del minore, rispetto alle possibilità complessive dei genitori biologici)⁷⁴. Sul punto, anche un provvedimento di legittimità – seppur minoritario – aveva ristretto, forse per motivi di cautela, le maglie di una lettura estensiva della lett. d) art. 44, sostenendo che, in tema di adozione in casi particolari, il presupposto andasse individuato nella impossibilità di affidamento preadottivo solo con riferimento all'ipotesi di mancato reperimento (o rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante, essendo, le fattispecie previste dalla norma, tassative e di stretta interpretazione⁷⁵. D'altro canto, alcune perplessità sono emerse anche da parte di chi, favorevole all'ammissibilità dell'adozione *omogender*, ha però considerato come i giudici romani abbiano forzato il dettato normativo. A detta di costoro il Trib. min. avrebbe, invero, dovuto sollevare q.l.c., poiché, sempre nel preminente interesse del minore, la verifica non deve basarsi solo sulla astratta idoneità alla adozione da parte di una coppia omosessuale, bensì sulla eventuale discriminazione agita a causa dell'orientamento sessuale dei genitori. In altri termini, in aderenza con quanto affermato dalla Corte EDU in questi anni, la conformità ai principî antidiscriminatori deve essere misurata sulla pregiudiziale omofoba di un provvedimento nazionale e non sulla presunta violazione di una norma comunitaria che «inviti» ad un riconoscimento – aprioristico ed acritico – dei diritti delle coppie omosessuali ad adottare⁷⁶. Secondo altri la *questio iuris*, del caso portato dinnanzi al Trib. romano, ha subito un eccessivo sbilanciamento per il peso esercitato dall'orientamento sessuale dell'adottante e dalla natura omosessuale del rapporto di convivenza, a discapito del preminente interesse del minore. Si è sostenuto che il fatto che il diritto positivo non consenta l'adozione del figlio del convivente trovi, altresì, conferma in una imprescindibile scelta del legislatore. Se questi avesse voluto estendere, anche al convivente, la facoltà di adottare lo avrebbe previsto esplicitamente, così come sancito per i coniugi (lett. b)⁷⁷. È stato eccepito, inoltre, come l'assunto da cui parte la sentenza in commento sia erroneo in quanto «l'assenza di una limitazione, esplicita o implicita, relativa all'orientamento sessuale dell'adottante o alla convivenza omosessuale

⁷⁴ Trib. min. Torino, 11 settembre 2015, in *Ifamiliarista.it*, 3 febbraio 2016, secondo cui non può essere disposta l'adozione in casi particolari di un minore da parte della compagna dello stesso sesso della madre biologica, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b) o lett. d), l. n. 184 del 1983. Il tribunale per i minorenni ha rilevato che la prima fattispecie è riservata esclusivamente al coniuge del genitore del minore, cui non è equiparabile, in via interpretativa, il partner omosessuale, mentre la seconda presuppone esclusivamente l'impossibilità di fatto, non anche di diritto, di affidamento preadottivo, quindi lo stato di abbandono del minore, nella specie insussistente; nota di G. CASABURI, in *Foro it.* 2016, 1911.

⁷⁵ Cass.civ., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22292, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; nota di FIORINI, in *Guida al diritto*, 2013, 46, 34 (s.m.).

⁷⁶ M. G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Fam. Dir.*, 2015, 580.

⁷⁷ G. MIOTTO, *Per la Corte d'Appello di Roma «un profondo legame» giustifica l'adozione della figlia della convivente*, in *Dir.Civ.Cont., Rivista trimestrale online. dirittocivilecontemporaneo.com.*, Anno II, aprile/giugno 2015.

con il genitore dell'adottando, ai fini della adozione particolare, risulta assolutamente irrilevante con riferimento alla questione di cui si tratta⁷⁸.

C'è un ultimo approdo della C.Cost.⁷⁹, presso cui veniva sollevata q.l.c. degli artt. 35 e 36 l. n.184/1983 «nella parte in cui non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero) il riconoscimento della sentenza straniera». Il caso, portato all'attenzione della Corte, è quello di due donne nordamericane, sposate negli USA, che si trasferivano a Bologna. Dopo qualche tempo, una delle due chiedeva il riconoscimento (nazionale) dell'adozione del figlio dell'altra; bambini generati a seguito di pratica di fecondazione «doppia eterologa» e reciprocamente adottati in Oregon. Il Trib. min. Bologna rimetteva gli atti alla Consulta e l'Avvocatura dello Stato, opponendosi alla questione di illegittimità, evidenziava come l'opportunità di adottare il figlio del compagno omosessuale fosse già prevista in Italia, appunto dalla legge sulle adozioni all'art. 44 comma 1°, lett. d), non potendosi considerare, il caso portato all'attenzione della C.Cost., disciplinato dalle norme sulla adozione internazionale di cui agli artt. 35 e 36 l. n.184/1983. La Corte dichiarava inammissibile il ricorso in quanto il Tribunale remittente avrebbe «erroneamente trattato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione da parte di cittadini italiani di un minore straniero (così detta adozione internazionale), mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri».

5. La trascrizione del certificato di nascita ed il riconoscimento dell'adozione con effetti legittimanti pronunciata all'estero

«Le trasformazioni sociali e le scoperte biotecnologiche hanno aumentato grandemente il numero e le difficoltà dei temi in discussione, accelerandone lo sviluppo sino a rendere insignificanti, se non impossibili, previsioni di comportamento astratte funzionali alla emanazione di prescrizioni⁸⁰.

In Italia, due persone dello stesso sesso non possono entrambi riconoscere il figlio. Si trascrive la nascita della bambina/o da parte di chi l'ha concepita/o nel caso degli uomini (padre), o di chi l'ha generata/o nel caso delle donne (madre); sono «genitori biologici o genetici», termine così coniato a seguito della novella sulla filiazione. Non apparirà, quin-

⁷⁸ Per un ulteriore commento al prov. Trib.Min.Roma, 30 luglio 2014, n.299, vedi R. CARRANO e M. PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2014, 1550-1564.

⁷⁹ C. Cost. 24 febbraio 2016, 76, in *Riv.Dir.Int.*, 2016, 949; L.S. RUNCHELLA, *Il primo intervento della Consulta sul riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di adozione coparentale per coppie dello stesso sesso*, in *www.art29.it*, 16 maggio 2016.

⁸⁰ P. SOMMAGGIO, *Introduzione*, in *Filosofia del biodiritto. Una proposta socratica per società postumane*, Torino 2016, 2. L'autore sostiene che nella sfera del biodiritto, della bioetica e della biotecnologia, si sostanzia la futura trasformazione dell'intera umanità, costringendo il diritto (legge e giustizia) a superare la dicotomia permesso/vietato risultando, ormai superato, l'approccio precettistico.

di, di poco momento l'estensione delle garanzie conseguenti alla trascrizione dell'atto di nascita di un bambino adottato o nato all'estero – attraverso la pratica della fecondazione eterologa medicalmente assistita – da una coppia *omosex* e riconosciuto da entrambi i «genitori». Vi è un vuoto legislativo per i casi, ormai sempre più frequenti, in cui, accedendo all'estero alla pratica della fecondazione assistita eterologa e gestazione per conto di altri, due persone dello stesso sesso chiedano che venga riconosciuto il diritto del figlio a «questa famiglia».

Ad una soluzione particolare giungeva la C.App. Torino⁸¹. Nel caso di specie un bambino veniva riconosciuto in Spagna quale figlio di due donne. Una delle due donava gli ovuli per il concepimento mentre l'altra portava avanti la gravidanza e partoriva. Alla nascita, il minore assumeva la cittadinanza spagnola. L'Ufficiale di stato civile di Torino, a seguito di trasmissione del Consolato Generale d'Italia in Barcellona, respingeva la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita del minore per contrarietà all'ordine pubblico interno. Le ricorrenti, sposate in Spagna (successivamente divorziate con accordo che prevedeva l'affidamento congiunto del minore ad entrambe con condivisione della responsabilità genitoriale), ricorrevano, ex art. 96 d.P.R. n. 396/2000, avverso il diniego espresso dall'Ufficiale di stato civile, chiedendo l'accertamento del rapporto di filiazione tra il minore e la madre donatrice dell'ovulo – ai sensi dell'art. 33 l. n.218/95 – con conseguente riconoscimento, nello Stato italiano, dell'atto di nascita del minore ed obbligo di trascrizione nel p.r. dell'Anagrafe di Torino. Con successivo decreto, il Trib. Torino respingeva il ricorso rilevando come il procedimento avviato ex art. 96 d.P.R. n.396/2000, strumentale al compimento di un'attività di tipo amministrativo, non fosse previsto per ottenere una pronuncia di accertamento del rapporto di filiazione tra le ricorrenti ed il minore, né per il riconoscimento della cittadinanza italiana di quest'ultimo dovendosi, a questo fine, necessariamente introdurre un ordinario giudizio di cognizione. Per il giudice di *prime cure* solo la madre spagnola, quella che aveva partorito, era la genitrice, quindi, l'unica via per attribuire cittadinanza italiana al minore era rappresentata dal criterio dello *ius sanguinis*, previo riconoscimento del rapporto di filiazione. Con reclamo le donne chiedevano, previa revoca del decreto impugnato, di accertare e dichiarare il rapporto di filiazione tra il minore e la madre (donatrice dei gameti), attesi i presupposti di cui all'art. 33 l. n.218/95, col conseguente riconoscimento nello Stato Italiano dell'atto di nascita del minore ed il diritto quest'ultimo ad acquisire la nazionalità italiana. La C.App., preliminarmente sottolineando come la procedura prevista dal d.P.R. n.396/2000, caratterizzata da un'attività di tipo amministrativo, non potesse essere finalizzata all'accertamento di diritti, aveva, comunque, statuito che la questione dovesse essere disciplinata dal diritto internazionale

⁸¹ App. Torino, sez. fam., decr. 29 ottobre 2014. V. anche App. Milano, sez. fam., 1 dicembre 2015, n. 543, in *Guida al diritto*, 2016, 22; App. Napoli, sez. fam., 5 maggio 2016; la asserita contrarietà all'ordine pubblico – secondo il Trib. – derivava dall'assenza di una normativa nazionale che disciplini istituti analoghi a quello del matrimonio tra persone dello stesso sesso e consenta la nascita di rapporti di filiazione tra persone omosessuali.

privato italiano – ex art.33 l. n.218/95 – con l'applicazione di norme esterne in assenza di contrarietà all'ordine pubblico (art. 16 l. n.218/1995). «[...] L'articolo 13 conferma il favore nei confronti della filiazione disponendo che, quando è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero, alla legge di un altro Stato (in presenza di alcune condizioni), ed in ogni caso, nei casi di cui agli articoli 33, 34 e 35, si tiene conto del rinvio soltanto se esso conduce all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione»⁸². Dall'atto di nascita risultava che il minore, nato da due donne con impianto di gameti donati da una all'altra, aveva acquisito in Spagna la cittadinanza italiana *ius sanguinis*, ai sensi dell'articolo 2 p.1, l. n.91/92. Pur tuttavia, alla procedura di trascrivibilità amministrativa dell'atto di nascita, ostava un più approfondito accertamento giurisdizionale circa il rispetto dell'ordine pubblico interno⁸³. Concetto, quest'ultimo che, come evidenziato più volte dalla S.C.⁸⁴, deve rendersi compatibile col corrispondente postulato internazionale «da intendersi come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale». La C. App., quindi, accogliendo il ricorso, ordinava all'Uff. stato civile di Torino la trascrizione dell'atto di nascita del bambino. Contro il provvedimento della Corte torinese veniva proposto ricorso per cassazione da parte del Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Torino e il Ministero dell'Interno. Il Procuratore denunciava violazione degli artt.18 del dPR n. 396/2000 e 65 l. n. 218/1995 in quanto la Corte avrebbe erroneamente escluso la contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di nascita riconosciuta da due madri. Inoltre, evidenziava come lo stesso art. 269 cod.civ. riconoscesse quale madre del bambino solo colei che aveva partorito introducendo, implicitamente, il principio in base al quale la genitorialità dovesse essere necessariamente eterosessuale. Anche il Ministero dell'Interno denunciava un allargamento eccessivo del concetto di ordine pubblico interno oltre alla violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 9 l. n.40/2004, che qualificano la filiazione quale discendenza di persone di sesso diverso e prevedono, in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, che il donatore di gameti non acquisisca alcuna relazione giuridica parentale con il nato e che non possa far valere, nei suoi confronti, alcun diritto né essere titolare di obblighi.

⁸² cfr Cass. sent. n. 367/2003 e n. 14545/2003; App. Torino, sez. fam., decr., 29 ottobre 2014.

⁸³ Cass.sent., 317/2009, «[...] un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ne esplicita ed arricchisce il contenuto, alzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali.»

⁸⁴ Vedi anche Cass. civ., sez. III, 19405/2013; Cass., sez. lav., sent. 26 aprile 2013, n. 10070; Cass., sent. 6 dicembre 2002, n. 17349, in *Mass. Giur. it.*, 2002; Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040; da ultimo la recentissima Cass. civ., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Diritto e Giustizia* 16 giugno 2017.

La Corte⁸⁵, premettendo che il bambino fosse di cittadinanza spagnola per nascita e che fosse, altresì, cittadino italiano in quanto, per la legge spagnola, anche figlio di una cittadina italiana, trovava condivisibile la conclusione cui era pervenuta la Corte di merito. Infatti, assumeva che l'atto di nascita straniero non fosse in astratto incompatibile con l'ordine pubblico e che, pertanto, potesse essere «riconoscibile in Italia come titolo valido per la costituzione del rapporto di filiazione nei confronti della madre genetica, rapporto che costituisce il presupposto dell'acquisto della cittadinanza italiana, per il combinato disposto degli artt.1 c comma 1°, lett.a) e 2 comma 2°, l. n.91/1992. In altri termini, l'essere cittadino italiano di [T] dipende dall'accertamento dell'esistenza di un rapporto di filiazione che sia valido (anche) per il diritto italiano». Vi era, inoltre, a detta della Corte di legittimità un divieto per il giudice italiano di sovrapporre propri accertamenti a fonti di informazione nazionali o estranee. Nell'approfondire, attraverso un interessante percorso storico-culturale, l'evoluzione della nozione di ordine pubblico, gli Ermellini giungevano alla conclusione che «nella giurisprudenza di legittimità più recente prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria». Confermando le due pronunce di merito la Cassazione sottolineava come il giudice, chiamato ad esprimersi sulla conformità all'ordine pubblico interno, dovesse principalmente accertare se l'atto straniero contrastasse o meno con l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla nostra Costituzione. La sentenza apre un paragrafo, già avviato con alcune significative pronunce di merito, rilevante sotto il profilo del riconoscimento in Italia degli atti di nascita prodottisi all'estero. Tale rigorosa ipostazione giurisprudenziale va declinata in ragione dell'interesse del minore in presenza di un dato di fatto già presente⁸⁶. L'impossibilità di trascrivere l'atto di nascita, limiterebbe, infatti, il diritto all'identità personale del bambino ed il suo *status* nello Stato italiano. Tale minore non avrebbe alcuna relazione parentale né con la madre non gestante – ma che in alcuni casi potrebbe essere donatrice dell'ovulo – né con i parenti della stessa. Inoltre, la mancata trascrizione del certificato di nascita, a seguito di una eventuale crisi di coppia, comporterebbe conseguenze rilevanti in ordine alla libera circolazione del minore accompagnato dalla sola «madre» italiana⁸⁷.

⁸⁵ Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599; nota di PORRACCIOLLO, in *Guida al diritto*, 2016, 39; G. CASABURI, in *Foro it.*, 2016 329; nota di CONTI, in *Gius.Civ.Com.*, 2017, 20 gennaio/febbraio 2017, secondo cui né la disciplina della l. n. 40 del 2004, né l'art.269, comma 3, cod.civ. possono condurre ad affermare che l'atto di stato civile straniero, da cui risulti che il minore è figlio di due donne, sia contrario all'ordine pubblico nella misura in cui, da un lato, non rileva che la tecnica procreativa utilizzata all'estero non sia riconosciuta dall'ordinamento italiano e, dall'altro lato, la regola che ritiene madre solo colei che ha partorito non ha alcun fondamento costituzionale, ma è norma rilevante sul piano meramente probatorio; A. FIGONE, in *Diritto & Giustizia*, 2016.

⁸⁶ Corte EDU, sez. V, ric. n. 65192\11, sent. 26.6.2014, *Menesson c. Francia*, M.T. *Corte EDU Mennesson e Labassee c. Francia – Diritto dei figli nati da maternità surrogata ad ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione da parte delle autorità statali*, *Università degli Studi di Trento*, www.biodiritto.org, 11 luglio 2014; Corte EDU, ric. n. 65941, sez. V, sent. 26.6.2014, *Labassee c. Francia*.

⁸⁷ L'UE ha pubblicato, nel 2013, uno studio comparatistico sulla surrogazione di maternità in alcuni Stati, l'indagine fornisce un quadro

Anche sotto il profilo penale, la S.C.⁸⁸ assolveva una coppia eterosessuale, che aveva proceduto alla pratica di fecondazione con maternità surrogata (con gameti tutti esterni alla coppia), escludendo la previsione sanzionatoria di cui all'art. 12 comma 6, l. n.40/2004. Gli Ermellini avevano richiamato la sentenza Corte EDU⁸⁹, con cui veniva ribadito come la legge debba definire chiaramente i reati e le pene che reprimono i crimini, *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Orbene, si asseriva in parte motiva non essere configurabile neanche l'applicazione del dispositivo dell'art. 567 c.p., atteso che, in questa fattispecie di reato, il presupposto è l'attività materiale di alterazione di stato. Ma, nel caso di specie, l'atto di nascita veniva redatto in Ucraina, conformemente alla normativa che consente la maternità surrogata. Infine, aggiungevano i giudici penali che, «[...] ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 396 del 2000, le dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani (è tale il minore, in quanto figlio di padre italiano: art. 1, comma 1, lett. a) della l. n.91/1992) nati all'estero sono rese all'autorità consolare (comma 1) e devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa. In questi casi, copia dell'atto è inviata senza indugio, a cura del dichiarante, all'autorità diplomatica e consolare (comma 2)».

Di conseguenza, il fatto che l'Uff. di stato civile si fosse limitato a procedere alla trascrizione dell'atto riguardante un cittadino italiano redatto all'estero, non dimostrava la falsità della produzione di detto documento, escludendosi, pertanto, la sussistenza di qualsiasi reato in capo ai genitori della gpa.

Nella diversa fattispecie di una adozione «piena» con effetti legitimanti, dichiarata all'estero, App. Milano⁹⁰ rigettava la decisione del Trib. min. che aveva respinto la richiesta di riconoscimento – attraverso la trascrizione – agli effetti civili interni dell'ordinanza di adozione spagnola, di una bambina nata da una coppia di donne entrambe italiane ed omosessuali, a seguito di fecondazione eterologa medicalmente assistita. Il Tribunale rilevava come, nel caso di specie, si fosse in presenza, non già di una adozione internazionale, ma di una adozione nazionale di minore italiana, figlia della coniuge, realizzata all'estero da parte di cittadina italiana, così come disciplinato dall'art. 44, comma 1°, lett.

piuttosto chiaro di come e dove sia consentita: «*This study provides a preliminary overview of the wide range of policy concerns relating to surrogacy as a practice at national, European and global level. It undertakes an extensive examination of national legal approaches to surrogacy. It also analyses existing European Union law and the law of the European Convention of Human Rights to determine what obligations and possibilities surround national and transnational surrogacy. The study concludes that it is impossible to indicate a particular legal trend across the EU, however all Member States appear to agree on the need for a child to have clearly defined legal parents and civil status.*» in www.europarl.europa.eu.

⁸⁸ Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 792.

⁸⁹ Corte EDU, sez. IV, ric. n. 66655/13, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

⁹⁰ App. Milano, sez. Minori e Famiglia, decr. 1 dicembre 2015, n. 2543, in www.osservatoriofamiglia.it; vedi anche Trib. Min. Milano, 20 ottobre 2016 n.268; App. Roma, 23 novembre 2016; A. SIMEONE, *Adozione gay all'estero: dalla Consulta nessuna decisione*, in Ifamiliarista.it, 26 febbraio 2016; B. LAVITOLA, *Trascrivibilità dell'atto di matrimonio same-sex e del provvedimento di adozione a favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore*, in Gius.Civ.com; L. DELL'OSTA, *Inammissibile la domanda per il riconoscimento di adozione straniera in favore di una coppia omosessuale*, in Ifamiliarista.it, 30 settembre 2016; M. PISAPIA, *Stepchild adoption: riconosciuta in Italia l'adozione estera del figlio del compagno same sex*, in Ifamiliarista.it, 23 febbraio 2016.

b) l. n.184/1983. Invero il giudice di *prime cure* si dichiarava competente in materia di adozione solo per la adozione «piena» (legittimante) del minore straniero in stato di abbandono all'estero e, non ritenendo sussistere i presupposti di cui all'art. 41 comma 2, l. n.218/1995⁹¹, invitava la ricorrente a richiedere la trascrizione del provvedimento di adozione direttamente nei Reg. stato civile italiano. Presentata, quindi, istanza di trascrizione, la stessa veniva rigettata dalla p.a. in quanto: «[...] il caso specifico non rientra in alcuna delle previsioni di cui all'art. 44 della l. n.184/83 e, in particolare, nella fattispecie di cui al comma 1 lett. b). Al momento i matrimoni tra persone dello stesso sesso non vengono riconosciuti in Italia, pertanto l'adottante per il nostro ordinamento non risulta essere coniuge della madre dell'adottata e quindi il tipo di adozione riconosciuta all'estero non è da ritenersi riconducibile all'ipotesi di adozione in casi particolari». Subito un secondo rigetto, la ricorrente proponeva reclamo chiedendo che fosse riconosciuta in Italia l'ordinanza spagnola di adozione della figlia e che fosse ordinata la trascrizione sia dell'atto di matrimonio contratto all'estero, sia della sentenza di divorzio con tutti gli accordi a questa conseguenti. La C. App., rigettata, in via preliminare, la richiesta di riconoscimento dell'atto di matrimonio contratto all'estero (richiamandosi ai numerosi precedenti giurisprudenziali italiani sia di merito sia di legittimità), di conseguenza respingeva anche la trascrizione della sentenza di divorzio pronunciata in Spagna, ritenendo, però, meritevole di accoglimento la domanda di riconoscimento dell'ordinanza di adozione, con effetti legittimanti, pronunciata dal giudice spagnolo, nell'ordinamento giuridico italiano. Sul punto il giudice del reclamo sottolineava come il provvedimento straniero di adozione avesse coinvolto un'adottante di cittadinanza italiana ed una minore adottata, pure di cittadinanza italiana, perché figlia riconosciuta da madre biologica italiana e non riconosciuta dal padre biologico. Non si verteva, pertanto, in ipotesi di adozione internazionale di minore, né di minore adottabile perché in stato di abbandono all'estero o in Italia, ma di ragazzina che, sin dalla nascita, era stata adeguatamente amata, curata ed istruita da entrambe le donne legate da un progetto stabile e continuativo di vita. L'assunto da cui muoveva la Corte era che, poiché il matrimonio contratto all'estero non aveva efficacia in Italia, l'unica strada percorribile era rappresentata dagli artt. 65 e 66 della l. n.218/95⁹², non potendosi applicare la previsione dell'art. 44 comma 1°, lett. b) l. n.184/83. Sotto tale profilo il Collegio citava, in parte motiva, oltre a numerosi provvedimenti e norme di natura sovranazionale, anche l'art. 25 della l. n.184/83 per cui l'adozione poteva essere disposta, nell'esclusivo interesse del

⁹¹ «Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori»; *La Corte d'appello di Milano dispone la trascrizione di una adozione piena da parte della mamma sociale*, in www.articolo29.it/2015.

⁹² App. Milano, sez. Minori e Famiglia, decr. 1 dicembre 2015, n. 2543 «I provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché alla esistenza dei rapporti di famiglia, come quelli di volontaria giurisdizione hanno effetto nell'ordinamento italiano e sono quindi riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, 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. L'ordinanza di adozione della minore di cui si discute ha piena efficacia in Spagna ed è stata emessa da una autorità giudiziaria spagnola, con l'accertato pieno consenso della madre della bambina»;

minore, nei confronti anche del solo coniuge che, per libera scelta, come consentito nel nostro ordinamento, nel corso di un affidamento preadottivo, avesse deciso di porre fine alla convivenza coniugale e di separarsi. La scelta era quindi di autorizzare la trascrizione in Italia della adozione «piena» della minore attraverso il recepimento di un provvedimento straniero, ai sensi e per gli effetti delle norme di diritto internazionale privato, oltre che del Reg. CE n.2201/2003. Il succitato provvedimento, fortemente innovativo, ha avuto l'indubbio pregio di superare l'ostacolo frapposto da norme inderogabili di diritto interno, che prevedono l'adozione «piena» solo in caso di *coniugio*, applicandosi, al caso di specie, sia il diritto convenzionale sia la giurisprudenza sovranazionale, valorizzando così quella tutela del minore che deve ricevere sempre preminente considerazione⁹³.

In aderenza con quanto disposto dalla Corte milanese, App. Napoli, con ordinanza del 30 marzo 2016, accoglieva il ricorso presentato da una coppia di donne cittadine francesi (di cui una *iure sanguinis* anche italiana) che chiedevano disporsi il riconoscimento e la trascrizione in Italia, ad ogni effetto di legge, delle adozioni con effetti legittimanti pronunciate in Francia dal *Tribunal de Grande Instance de Lille*, nel 2014. In particolare, le ricorrenti, legate da relazione stabile e continua da circa trent'anni, nel 2013 avevano contratto matrimonio in Francia, in forza della l. n.404/2013. Ognuna delle donne, inoltre, aveva concepito un figlio a seguito di inseminazione artificiale, con atto di nascita trascritto nei Reg. del Comune francese. Ai minori era stato apposto il cognome della madre biologica. A seguito di istanze depositate in data 04.02.2014, il Trib. francese aveva emesso due sentenze (n.14/01162 e n.14/01157) di adozione legittimante di ciascun figlio, in favore dell'altra coniuge non genitrice biologica. Successivamente, le donne avevano chiesto, con istanza all'Uff. stato civile del Comune italiano competente, la trascrizione delle predette sentenze nell'ordinamento italiano. Il Sindaco, letta l'istanza, ne disponeva il rigetto poiché tali sentenze richiamavano, quale presupposto per il riconoscimento in Italia, il matrimonio tra le donne celebrato e trascritto all'estero. Si riteneva, nel caso di specie, che tale celebrazione effettuata in Francia, fosse improduttiva di effetti, come peraltro confermato dal decreto di rigetto emesso dal Trib. Avellino, con riferimento all'opposizione depositata dalle donne, in risposta al rifiuto della trascrizione del predetto matrimonio nei registri italiani⁹⁴. Inoltre, si richiamava l'art. 41, l. n. 218/95, in base al quale si deve «[...] salvaguardare la specialità della materia dell'adozione internazionale rispetto al procedimento di delibazione ordinario, proprio in ragione della specificità delle procedure che vedono coinvolte le autorità del paese di provenienza e del paese di adozione del minore. Procedure intese a garantire che l'adozione internazionale si realizzi con il rispetto degli standard fissati a livello inter-

⁹³ F. TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale*, Fam. Dir., 2016, 275.

⁹⁴ Deve, altresì, aggiungersi che il medesimo Trib. rigettava, del pari, la richiesta di una delle due donne volta ad ottenere l'aggiunta del proprio cognome a quello della figlia generata dalla coniuge, motivando che, nel caso di specie, il procedimento da instaurare sarebbe stato quello previsto dalla l. 476/98 - Conv. Aja, sull'adozione internazionale - e non quello di cui alla l. n.218/95, artt. 64, 65, 66 e ss.

nazionale dalla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei bambini e per la cooperazione nell'adozione internazionale recepita in Italia con la L. 31 dicembre 1998, n. 476». Per l'effetto, pertanto, i giudici di Trib. ritenevano competente funzionalmente a riconoscere le sentenze francesi di adozione il giudice minorile italiano oltre a non ritenere, in alcun modo, trascrivibile in Italia l'atto di nascita della minore, come rettificato in Francia, perché contrario all'ordine pubblico. Sul punto, di diverso avviso, la Corte partenopea affermava che il caso di specie non potesse essere disciplinato dalla Conv.dell'Aja, così come evidenziato dal giudice di primo grado ma, al contrario, dovesse essere inteso quale «adozione nazionale straniera francese da parte di due donne coniugate – entrambe cittadine francesi di cui una anche iure *sanguinis* italiana – che, dunque, secondo la loro legge nazionale (art. 343 e ss. Code Civil) erano legittimate ad adottare, in forma piena, i rispettivi figli biologici», quindi anche il minore nato dall'altro coniuge. Dunque, alla luce delle suddette premesse, l'autorità adita, applicando al caso concreto gli artt. 65 e 66 l. n.218/95, rilevava che le sentenze di adozione delle due minori avevano piena efficacia, essendo state emesse dall'autorità giudiziaria francese competente, su istanza delle attuali ricorrenti, previo accertamento da parte del giudice francese del pieno consenso delle rispettive madri dei minori. Il collegio aggiungeva come, nel caso di specie, il provvedimento straniero che statuiva il rapporto di adozione piena tra le coniugi anche se dello stesso sesso ed i rispettivi figli riconosciuti, non potesse, in alcun modo, essere considerato contrario all'ordine pubblico. Attesa, altresì, una concreta valutazione sul fatto che il suddetto riconoscimento, con tutti i diritti e doveri scaturenti da tale rapporto, rispondeva all'interesse superiore dei minori al mantenimento di una «vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative che con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con entrambe e dei provvedimenti di adozione». Conseguentemente, il giudice del reclamo disponeva il nulla osta al riconoscimento nell'ordinamento italiano delle predette sentenze di adozione con effetti legittimanti, ordinando la trascrizione, *ex art. 28, lett. g)*, compresa l'aggiunta del cognome, *ex lett. f)*, delle rispettive adottanti al cognome degli adottati. Provvedimenti decisamente inediti che aprono un'ulteriore finestra sulla possibilità di attribuire ai figli nati da procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata all'estero, uguali tutele dei figli nati all'interno e fuori dal matrimonio, ove però solo in presenza di un provvedimento straniero o sullo stato o sull'adozione. Nello stesso senso, App. Milano⁹⁵ ordinava la trascrizione degli atti di nascita dei gemelli nati negli USA attraverso la pratica della maternità surrogata; i due ovuli erano stati fecondati ciascuno con il seme di uno dei due partner. Il provvedimento di revisione si assestava sul principio in base al quale i due atti di nascita, oggetto della richiesta di trascrizione, non risultavano affatto contrari all'ordine pubblico – così come assimilato dalla

⁹⁵ App. Milano, 28 ottobre 2016, proc. n. 345/2016-346/2016 V.G., con nota di C. CHINI, in www.foroitaliano.it, 10 gennaio 2017; A. SCHILLACI, *Passo dopo passo, il diritto si avvicina alla vita: la Corte d'Appello di Milano ordina la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati grazie alla gestazione per altri*, in www.articolo29.it, 4 gennaio 2017.

sentenza Cass. n.19599/2016 – emergendo, quindi, le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e, in particolare, di tutela dell'interesse del minore⁹⁶.

Infine, di recente il Trib. min. Firenze⁹⁷, partendo dal presupposto che lo *status filiationis* prescindendo totalmente dall'esistenza di un rapporto di coniugio tra i genitori anche alla luce della parificazione operata dalle modifiche apportate all'art. 74 cod.civ. dalla l. n. 219/2012, ordinava la trascrizione nei registri dello Stato Civile italiano dei provvedimenti di adozione stranieri di due minori da parte di due cittadini italiani dello stesso sesso. Il paradigma da cui partiva il tribunale è che il matrimonio, ai fini della filiazione, non è principio rientrante tra quelli fondamentali che regolano il diritto di famiglia e dei minori nello Stato. In particolare i ricorrenti avevano, a detta del Collegio, correttamente inquadrato la questione nell'ambito di applicazione dell'art. 36, comma 4, l. n. 184/1983⁹⁸, non ravvisandosi ostacoli alla dichiarazione di *status* di genitori adottivi poiché l'art. 5 della Convenzione dell'Aja richiede soltanto che le Autorità competenti dello Stato di accoglienza constataino che i futuri genitori adottivi siano qualificati e idonei all'adozione, subordinando la trascrizione dello stato di nascita alla conformità o non contrarietà all'ordine pubblico internazionale quale «complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo»⁹⁹.

6. «Il genitore sociale» e l'affidamento eterofamiliare

In ultimo, un ulteriore coordinamento normativo deve essere, comunque, immaginato alla luce della recente l. n.173/2015 che ha modificato la l. n.184/1983, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare e che ha introdotto una sorta di automatismo per le adozioni in caso di affidamenti prolungati. Tale novella – entrata in vigore a novembre 2015 –, dando predominante rilievo alla relazione del minore con i genitori non biologici cui è stato affidato per un lungo periodo, ha previsto che all'art. 4 della l. n.184/1983, e successive modificazioni, dopo il comma 5 siano inseriti gli artt. 5 *bis*, *ter*, *quater*¹⁰⁰. L'adozione che ne conseguirebbe ha effetti legittimanti estendendosi, tale

⁹⁶ C. CHINI, *Corte d'Appello di Milano, 28 ottobre 2016: Maternità surrogata - la trascrizione degli atti di nascita di gemelli nati negli USA da due papà non viola l'ordine pubblico*, in www.biodiritto.org, 10 gennaio 2017.

⁹⁷ Trib. min. sez. adozioni, Firenze 7 marzo 2017, *Tribunale per i minorenni di Firenze: riconosciuta l'adozione di due minori da parte di una coppia same sex*, in www.dirittoegiustizia.it; A. SCHILLACI, *Una vera e propria famiglia": da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità*, in www.articolo29.it, 13 marzo 2017.

⁹⁸ che stabilisce che l'adozione pronunciata dall'autorità di un Paese straniero, su istanza di cittadini italiani che dimostrino di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del Tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione dell'Aja 29 maggio 1993.

⁹⁹ Tali principi, nell'ordinamento italiano, possono ricavarsi dalla Cost. e dai Trattati internazionali cui l'Italia ha aderito e che, ex art. 117, hanno lo stesso rango di fonti della Costituzione medesima.

¹⁰⁰ «5-bis. Qualora, durante un prolungato periodo di affidamento, il minore sia dichiarato adottabile ai sensi delle disposizioni del capo

ultima forma, ad alcune ipotesi che in precedenza venivano contemplate nell'art. 44 lett. d). Orbene, nel caso di affidamento familiare protrattosi per un lungo periodo presso coppie *same sex*, di minore dichiarato successivamente adottabile, attesa l'inammissibilità di adozione piena a coppie omosessuali, si correrebbe il rischio di privilegiare famiglie normocostituite allontanando il minore, dopo diversi anni, da un consolidato contesto di vita.

È, quindi, importante comprendere chi sia questo «genitore sociale». Come più volte sin qui accennato, con il d.lgs. n.154/2013, il legislatore ha individuato, come caratterizzante il rapporto di filiazione, il concetto di responsabilità genitoriale. Negli attuali vissuti familiari il rapporto di filiazione è andato sempre più sganciandosi dall'appartenenza genetica, con l'emersione, anche a seguito delle nuove tecniche riproduttive, di nuove figure genitoriali: la madre genetica (donatrice dell'ovocita fecondato), la madre biologica (partoriente) la madre sociale, (senza legami di sangue col minore); il padre biologico ed il padre sociale. Sono figure che possono, di fatto, non coincidere fra di loro. La tutela del diritto allo *status* e alla identità personale può non identificarsi con le origini genetiche. Le pronunce, cui si è fatto sin qui riferimento, hanno tenuto in debito conto l'importanza di un vaglio giurisdizionale condotto sulla affidabilità di una stabile convivenza che avesse il fine di valorizzare l'equilibrio del minore, i giudici, infatti, hanno accertato, caso per caso, l'eventuale pericolosità dell'interruzione del legame con le figure di riferimento vicine al minore. Nei casi giurisprudenziali sin qui analizzati, il minore è stato tutelato attraverso l'adozione o la trascrizione degli atti di nascita. Tuttavia le espressioni «famiglia o convivenza di fatto» ritraggono una pluralità di relazioni e legami aventi vincoli giuridici, biologici e sociali, anche diversi. Nell'attribuire alcune tutele (ad esempio il diritto agli incontri, nel caso di separazione tra conviventi) ai figli del genitore sociale o della genitrice genetica (che non ha partorito), la giurisprudenza, in questi ultimi anni, si è avvalsa dell'ausilio del concetto di «stabilità» e di «solidità», che è l'esatta cifra della relazione di fatto già intercorrente tra un adulto convivente ed il minore. Su tale presupposto, conseguentemente, possono essere individuate soluzioni che consentano, ad una coppia omosessuale, di esprimersi pienamente nella esperienza della genitorialità – seppur in assenza di un provvedimento adottivo –. Non sono infrequenti i casi in cui il genitore sociale, a causa della crisi di coppia, sia impossibilitato ad esercitare, in assenza di un riconoscimento formale di maternità o paternità, le proprie prerogative genitoriali, con particolare riferimento all'interesse prevalente del minore¹⁰¹.

Il del titolo II e qualora, sussistendo i requisiti previsti dall'articolo 6, la famiglia affidataria chieda di poterlo adottare, il tribunale per i minorenni, nel decidere sull'adozione, tiene conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria. 5-ter. Qualora, a seguito di un periodo di affidamento il minore faccia ritorno nella famiglia di origine o sia dato in affidamento ad altra famiglia o sia adottato da altra famiglia, è comunque tutelata, se rispondente all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante l'affidamento. 5-quater. Il giudice, ai fini delle decisioni di cui ai commi 5-bis e 5-ter, tiene conto anche delle valutazioni documentate dei servizi sociali, ascoltato il minore che ha compiuto gli anni dodici o anche di età inferiore se capace di discernimento».

¹⁰¹ A. OLIVIERO FERRIS, *Il terzo genitore. Vivere con i figli dell'altro*, in *www.oliviero.eu*, Milano, 1997-2015.

In questo caso il Trib. min. Milano¹⁰² rigettava il ricorso, proposto da parte del p.m., ai sensi dell'art. 330 cod.civ., avente ad oggetto la presunta incapacità genitoriale di una madre, conseguente al rilievo mosso dalla «madre sociale», cui era stato impedito un rapporto con i minori figli della ex convivente. Il Trib. Min. dichiarava, inizialmente, il difetto di legittimazione della genitrice sociale, con riguardo alle domande formulate in prima istanza, nonché la propria incompetenza in ordine alla richiesta avanzata ai sensi degli artt. 342 *bis* e *ter* c.c. (ordini di protezione). Trasmetteva, quindi, gli atti al p.m. affinché valutasse la necessità di apertura di un procedimento ex artt. 330 e ss. cod.civ.. Inoltre, il Collegio evidenziava come la madre sociale non potesse essere «portatrice della responsabilità genitoriale», intesa quale insieme dei poteri/doveri tesi ad assicurare il benessere materiale e morale del minore, non essendo neppure legittimata a richiedere ed ottenere un provvedimento che fosse espressione dell'esercizio della responsabilità genitoriale. Ad ogni buon conto, non essendo emerso, nel corso della espletata ctu, una inadeguatezza materna tale da comportare un provvedimento limitativo della responsabilità, l'istanza veniva respinta.

Il successivo provvedimento del Trib. Palermo¹⁰³ è di segno opposto, benché cassato in sede di appello, ma valorizzato dalla Corte delle leggi. Il caso è relativo a due madri, una biologica (fecondata col seme di un comune amico) l'altra sociale. Successivamente alla crisi sentimentale, le donne confliggevano circa la facoltà per la madre sociale di frequentare il bambino. Il tribunale, a seguito di ctu, consentiva il diritto di visita alla madre non biologica, tenendo in primaria considerazione il principale interesse del minore. In linea di diritto, in questi particolari casi, gli aspetti di maggiore problematicità emergono a causa della carenza di legittimazione della madre sociale a vedersi riconosciuto un ruolo genitoriale. Il Trib., sul punto, chiariva che il legame biologico non era determinante ai fini dell'attribuzione al minore del diritto di mantenere stabili relazioni con il genitore sociale, sempre che questi abbia rivestito un ruolo decisivo per la crescita del bambino, pur non essendo legato da rapporti di parentela. Il giudice effettuava un'interpretazione evolutiva dell'art. 337 *ter* cod.civ., conformemente al dettato costituzionale ed alle fonti di diritto internazionale, estendendo l'ambito applicativo della norma per includere, nel concetto di bigenitorialità e di famiglia, anche la figura di questa «non genitrice», ossia di quella donna che aveva instaurato con il minore un legame familiare di fatto significativo e duraturo. Nel caso di specie veniva dichiarata la competenza del tribunale ordinario e non di quello minorile, non essendo equiparabile, tale ipotesi, alla diversa domanda giudiziaria introdotta con l'art. 317 *bis* cod.civ. che tutela, invece, il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. Successivamente, la C.Cost.¹⁰⁴, interessata

¹⁰² Trib. min. Milano, decr., 20 ottobre 2009; in particolare, il giudice osservava come la ricorrente non fosse titolare di un diritto potestativo spettando la titolarità della potestà unicamente ai genitori.

¹⁰³ Trib. Palermo, sez. I, 13 aprile 2015.

¹⁰⁴ C. Cost. 5 ottobre 2016, n.225, in *www.foroitaliano.it*, *Riconosciuto il diritto del genitore "sociale" a mantenere rapporti con il minore*, in *www.dirittifondamentali.it*, anno 2016; G. CASABURI, in *Foro it.* 2016, 3329; FIORINI, in *Guida al diritto*, 2016, 45, 67.

della questione di legittimità – sollevata in relazione ai plurimi parametri costituzionali, dalla Corte d'Appello di Palermo – dell'art. 337 ter cod.civ., nella parte in cui, disponendo che il minore ha diritto di mantenere rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, impedirebbe al giudice di garantire la conservazione, nell'interesse del minore, di rapporti, ove ugualmente significativi, con soggetti diversi dal ramo parentale (nella specie l'ex partner omoaffettiva e della genitrice biologica di due minori) chiariva che l'interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori è in contrasto con l'interesse del minore. Questo minore che ha intessuto un rapporto significativo con soggetti che non siano parenti ma da cui potrebbe essere allontanato subisce, infatti, un pregiudizio riconducibile, sotto il profilo psicologico, alla ipotesi di condotta del genitore "comunque pregiudizievole al figlio", in relazione alla quale l'art. 333 cod.civ. già consente al giudice di adottare "i provvedimenti convenienti". Non sussiste, pertanto, il vuoto di tutela dell'interesse del minore presupposto dal giudice rimettente.

In conclusione la tendenza, più volte evidenziata, dell'affidamento del minore all'ente socio-assistenziale, contraddice il codice di priorità che prevede la l.184/1983. In prima battuta è sempre preferibile una famiglia che, anche se rappresentata da una coppia di persone dello stesso sesso, nel primario interesse del minore, non deve più meravigliare¹⁰⁵.

¹⁰⁵ A. CARDORET, *Genitori come gli altri. Omosessualità e genitorialità*, Milano, 2002.