

**Omogenitorialità e adozione da parte di *single* e coppie omosessuali. Brevi note a margine della sentenza Corte d'Appello di Roma, sez. Minori, 23 Dicembre 2015\***

di **Andrea Pascarelli** – *Dottorando di Ricerca in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi Roma Tre*

**ABSTRACT:** this work focuses its care to the topic of step-child adoption within same sex couples. The juvenile Court of appeal has granted the non-biological parent to adopt her partner's child, using the adoption in particular cases, prioritizing the best interest of the child in order to maintain the emotional relationship and cohabitation with the "social parent"; such as a person who has raised the child other than a biological mother or father. The Italian Court of appeal considered the same sex couple as a family, whose members cannot be discriminated with reference to their sexual orientation. The present remark tries to deepen the motivations underlined in the judgment with special regard to the evolution of the Italian and the ECHR jurisprudence on the issue.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Introduzione. – 3. Il caso di specie. – 4. Affidamento del minore e divieto di discriminazione del genitore omosessuale. – 5. Divieto di discriminazione di *single* o coppie omosessuali nell'adozione di minori. La posizione della Corte EDU. – 5.1 Adozione da parte di *single* omosessuali: i casi "*Fretté c. Francia*" ed "*E. B. c. Francia*". – 5.2 Adozione da parte di coppie omosessuali: i casi "*Gas & Dubois c. Francia*" e "*X e altri c. Austria*". – 6. Omogenitorialità e superiore interesse del minore. – 7. Una famiglia in evoluzione. – 8. Conclusioni.

**1. Premessa**

La sentenza in epigrafe ha convalidato l'impianto motivazionale posto alla base della sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma 30 luglio 2014, n. 299. Lo stesso impianto si ritrova in numerose pronunce del Tribunale civile di Roma, nelle quali viene disposta, in casi particolari, l'adozione di minori a favore di soggetti omosessuali. In particolare, si tratta delle sentenze: sull'adozione di una minore da parte della convivente della madre (sent. del 22 Ottobre 2015, n. 291); sulla c.d. adozione "incrociata" da parte di due madri omosessuali conviventi, dei rispettivi

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

figli nati con tecniche di PMA (sent. del 1° marzo 2016<sup>1</sup>); sull'adozione da parte del convivente di un padre omosessuale del figlio di quest'ultimo, nato mediante la c.d. maternità surrogata volontaria (sent. del 21 marzo 2016<sup>2</sup>).

La decisione in esame appare degna di nota poiché si tratta della prima sentenza di una giurisdizione superiore sul delicato tema della *stepchild adoption* omoparentale. Nel caso che ci occupa, non si discorre sul riconoscimento di provvedimenti amministrativi di adozione o sentenze straniere; si discute intorno all'esistenza, nel nostro ordinamento, di una base legislativa per disporre questo tipo di adozione. La presente nota cerca di sviluppare gli argomenti principali contenuti nella sentenza, saggiandone la tenuta di fronte all'evoluzione della giurisprudenza interna e della Corte EDU.

## **2. Introduzione**

La legge n. 184 del 1983 disciplina il diritto del minore ad una famiglia. Allo scopo di rendere effettivo questo diritto sono previste, da un lato, misure a sostegno sia del minore sia della famiglia e dall'altro, vengono stabiliti i requisiti per accedere alla procedura di adozione, che può essere avviata nei confronti dei minori che si trovano in stato di adottabilità.

L'unico soggetto che ha diritto, in via generale, di accedere alla procedure di valutazione di idoneità all'adozione è la coppia eterosessuale legata da vincolo matrimoniale. La legge si ispira al criterio dell'*imitatio naturae*, secondo cui si presume maggiormente idoneo a garantire stabilità e continuità nel rapporto con il minore, un ambiente familiare di sviluppo e crescita che si avvicini quanto più è possibile al modello tradizionale di famiglia. Questo è il caso della c.d. adozione piena, in cui il minore perde ogni legame con la famiglia di origine e ne acquista uno nuovo con la famiglia adottante.

La Corte costituzionale, peraltro, ha chiarito che *“gli artt. 3, 29 e 30 Cost. non si oppongono a un'innovazione legislativa che riconosca in misura più ampia la possibilità che, nel concorso di speciali circostanze, tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta al prudente apprezzamento del giudice, l'adozione da parte di una persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore”*<sup>3</sup>.

Già l'art. 44 della l. 184 del 198 ha rotto la presunzione di idoneità prevedendo che, in alcuni casi particolari, sia possibile accedere alla procedura di valutazione di idoneità anche da parte di chi non è coniugato<sup>4</sup>. Viene in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto giuridico di filiazione tra adottante e adottando, ma non viene sciolta la relazione giuridica tra il minore ed il genitore o la famiglia di origine. In questa ipotesi è necessario il consenso del genitore esercente la responsabilità

---

<sup>1</sup> Il numero della decisione è stato oscurato dalla Cancelleria per rispetto del diritto alla riservatezza.

<sup>2</sup> Il numero della decisione è stato oscurato dalla Cancelleria per rispetto del diritto alla riservatezza.

<sup>3</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 183 del 1994.

<sup>4</sup> Secondo A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Adozione e affidamento dei minori: commento alla nuova disciplina*, Milano, 2001, 55, questa innovazione costituirebbe la prima pietra per il riconoscimento della famiglia di fatto.

genitoriale e l'adozione è revocabile per gravi motivi. L'art. 44, comma 1, lett. d) rappresenta una norma di chiusura, volta a consentire l'adozione nei casi in cui il superiore interesse del minore non possa essere raggiunto con l'adozione piena.

L'art. 57 della l. 184 del 1983 prevede, nei casi di adozione di cui all'art. 44, l'obbligo di verificare se l'adozione realizzi il preminente interesse del minore.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 198 del 1986 ha chiarito come *“dal criterio dell'“adeguatezza in concreto” discende, dunque, l'esigenza, da un lato che siano conferiti al giudice poteri sufficienti a consentirgli di individuare la soluzione più idonea a soddisfare gli interessi del minore, e dall'altro che possano trovare tutela positivi rapporti creatisi col tempo tra il minore e gli affidatari”*. In particolare ritiene necessario che il Giudice di merito valuti il *“superiore interesse del minore: in vista del quale la legge, in determinate situazioni, abbandona le soluzioni rigide, prevedendo che la valutazione circa la prevalenza dell'una o dell'altra delle esigenze in gioco – presenza di entrambe le figure dei genitori da un lato; valorizzazione dei rapporti affettivi di fatto instauratisi, dall'altro – sia effettuata in concreto dal giudice, nell'esclusivo interesse del minore”*. Inoltre, con sentenza n. 383 del 1999, la Corte ha precisato come l'art. 44 sia una clausola residuale, caratterizzata dall'assenza delle condizioni previste per l'adozione di cui all'art. 7. Secondo la Corte, non appare necessario il previo accertamento dello stato di abbandono del minore quando l'adozione in casi particolari si configuri, comunque, opportuna nel preminente interesse del minore.

Il legislatore ha seguito le indicazioni della giurisprudenza costituzionale, inserendo tra le verifiche da compiere ex art. 57, l'indagine relativa all'idoneità affettiva, capacità educativa e d'istruzione del minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti.

In relazione all'adozione da parte di una persona singola, nulla è detto circa l'orientamento sessuale dell'adottante, con la conseguenza che, in ipotesi, l'adozione possa essere disposta anche a favore di una persona omosessuale. Tenuto conto della morale diffusa nel contesto sociale di riferimento, occorre che venga prestata speciale attenzione a che un'adozione particolare da parte di una persona omosessuale non determini pregiudizi a danno del minore. Se i pregiudizi non dovessero essere provati e la soluzione dell'adozione particolare disposta a favore di persona omosessuale dovesse risultare la migliore possibile per il minore, non dovrebbero sorgere ostacoli<sup>5</sup>.

### **3. Il caso di specie**

Con la decisione in esame, la Corte d'Appello di Roma ha confermato quanto statuito nella sentenza n. 299 del 2014, resa dal Tribunale per i minorenni di Roma<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Così anche per L. FRANCO, *Il «gesto di Ettore»: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali tra affidamento e adozione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 2, 516.

<sup>6</sup> A commento della sentenza di primo grado si vedano i contributi di: J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, 117; M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità*

Il Giudice di prime cure aveva disposto di farsi luogo all'adozione di una bambina, da parte della convivente della madre, *ex art. 44, comma 1, lett. d) l. 184 del 1983*, relativo all'adozione in casi particolari, nel preminente interesse del minore. Secondo il Tribunale il requisito dell'impossibilità di affidamento preadottivo sussisterebbe non solo di fatto, cioè in quanto il minore versi in stato di abbandono. Sarebbe sufficiente, un'impossibilità solo di diritto, ove il minore sia già accudito da un genitore, ma per il quale sorga l'interesse al riconoscimento di un rapporto di genitorialità già esistente<sup>7</sup>. Nel caso di specie, la madre biologica è legata da lungo tempo da relazione sentimentale con l'adottante, con la quale ha contratto matrimonio in Spagna nel 2014. Durante la relazione, la madre della minore si sottopose a PMA eterologa in Spagna, in virtù di un progetto genitoriale portato avanti dalle due donne. Sin dalla nascita, la minore è stata accudita e cresciuta da entrambe.

La Corte d'Appello ha ritenuto congrue le motivazioni del Tribunale ed ha rigettato l'appello proposto dal procuratore della Repubblica. Secondo la Corte, l'accertata sussistenza di un profondo legame della minore con l'aspirante adottante, instaurato sin dalla nascita e caratterizzato da tutti gli elementi affettivi e di riferimento relazionale, vale a qualificare il rapporto tra genitore e figlio.

Il giudice del gravame esclude con forza tre asserzioni, ritenendole non conferenti al caso di specie. In primo luogo, non verrebbe affiancata in via pretoria una seconda figura materna all'unica madre biologica della minore, dando luogo ad una inedita forma di bi-genitorialità. In secondo luogo, non sarebbe costituito dal Giudice un nuovo rapporto genitore/figlio prima inesistente, ma si prende atto di una relazione già sussistente e consolidata nella vita della minore e si valuta l'utilità per quest'ultima che la relazione sia rivestita giuridicamente. Infine, la Corte non avrebbe assecondato l'esigenza, pur manifestata dalla coppia di donne, del riconoscimento di una doppia genitorialità omosessuale, a coronamento della loro relazione duratura e solida.

La decisione in esame rappresenta un altro passo nella progressiva evoluzione giurisprudenziale in tema di adozioni omosessuali<sup>8</sup>. Come si vedrà, la Corte d'appello di Roma ha seguito l'orientamento espresso nelle ultime pronunce della giurisprudenza di legittimità e della Corte EDU. Nello specifico, ha motivato ed argomentato in concreto come l'interesse superiore del minore possa essere meglio perseguito nel caso di specie: senza cadere nel pregiudizio, ha seguito i risultati delle recenti ricerche scientifiche e socio-psicologiche relative alla crescita dei minori in seno a nuove tipologie familiari. In sintesi, la sentenza in nota simboleggia un altro tassello nell'ancora incompleto mosaico posto a tutela della famiglia omogenitoriale.

---

*adottiva e interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 6, 580; G. MIOTTO, *Stepchild adoption omoparentale ed interesse del minore*, in *Dir. civ. cont.*, 5 giugno 2015; R. CARRANO, M. PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2014, 4, 1550; N. CIPRIANI, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2015, 1, 176.

<sup>7</sup> Sull'interpretazione estensiva data dalla giurisprudenza di merito all'art. 44, comma 1, lett. d), v. A. PASQUALETTO, *L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2, 157 ss.

<sup>8</sup> Per una panoramica, si veda F. ALICINO, *The road to equality. Same-sex relationships within the European context: the case of Italy*, in *LUISS SOG Working papers*, 2015, 25 ss.

#### **4. Affidamento del minore e divieto di discriminazione del genitore omosessuale**

Nella questione che ci occupa, appare utile richiamare gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza riguardo all'affidamento di un minore ad un genitore con orientamento omosessuale.

La Suprema Corte di Cassazione ha preso una posizione netta in ordine al divieto di discriminazione di genitori con orientamento omosessuale. Con sentenza n. 601 del 2013<sup>9</sup>, ha statuito che, dal motivo di gravame *“non risulta alcuna specificazione delle ripercussioni negative, sul piano educativo e della crescita del bambino, dell’ambiente familiare in cui questi viveva presso la madre (...). Alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pre-giudizio che sia dannoso per l’equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che è invece da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino”*.

La decisione, oltre che per la precisazione di alcuni aspetti del rapporto tra le singole modalità di affidamento dei figli, si segnala per la conferma della centralità dell’interesse dei minori in tutti i provvedimenti emessi in occasione della disgregazione di una comunità familiare. Nel caso di specie, ai fini dell’affidamento della prole rilevano esclusivamente le vicende idonee ad arrecare alla stessa un obiettivo pregiudizio e tra di esse non ricorre il mero fatto della convivenza del genitore affidatario con altra persona dello stesso sesso<sup>10</sup>.

La Cassazione pone alcune solide coordinate: la coppia omosessuale può dar luogo ad una famiglia<sup>11</sup>. Nell’ambiente familiare basato su una coppia omosessuale può adeguatamente e legittimamente svolgersi la vita di un minore; l’eventuale dannosità di tale ambiente familiare non è acquisibile in via pregiudiziale, necessitando invece di essere provata in concreto<sup>12</sup>. In tale ambito, è la condotta violenta del genitore, anche se non direttamente rivolta verso il figlio, che si profila idonea a minare alla base la concreta idoneità del genitore stesso a prendersi cura della prole, non l’orientamento sessuale dell’altro *partner*.

In tema di idoneità dell’affidatario omosessuale, sono rilevanti alcune affermazioni della giurisprudenza di merito. Il Tribunale di Venezia ha osservato come il giudice non abbia l’onere di identificare il buon affidatario in relazione a regole rispondenti a criteri di tradizione sociale, o volti a garantire l’acquisizione e la trasmissione dei valori etico/normativi propri della società, bensì il dovere di valutare se l’affidamento risponda ai bisogni concreti del minore. Se dalla giurisprudenza vengono considerati irrilevanti, al fine di stabilire l’idoneità educativa del genitore, situazioni come la tossicodipendenza o l’attività di «*sexy star*» della madre, dovrebbe essere ritenuto totalmente

<sup>9</sup> Con nota di L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizio” e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, 893 ss.

<sup>10</sup> Sul tema, v. C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell’affidatario: l’interesse del minore come criterio esclusivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, 434.

<sup>11</sup> Il riferimento è a Cass., sent. n. 601 del 2013, punto 3 del *considerato in diritto*.

<sup>12</sup> Per approfondimenti, si rinvia a F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, in *www.gruppodipisa.it*, 2013, 67.

irrilevante l'orientamento omosessuale del genitore, che di per sé non è né patologico, né illegale<sup>13</sup>. Il Tribunale di Firenze, nel 2009, ha affermato che “*l'omosessualità paterna non rappresenta di per sé un problema per i bambini, né incide sulla idoneità del padre ad assumere pienamente i compiti di cura della prole [...] e sullo sviluppo psicofisico dei minori, che non ha necessario collegamento con l'orientamento sessuale dei genitori, bensì con l'ambiente di crescita sano e solidale che questi sappiano fornire*”<sup>14</sup>. Infine, secondo il Tribunale di Milano, la “scoperta” di una omosessualità prima mai colta né sperimentata rende verosimilmente il coniuge inadeguato al rapporto di coppia matrimoniale: nella condotta del coniuge, però, non sono ravvisabili gli estremi della “colpa”, con ciò intendendo il venir meno cosciente e volontario ai doveri nascenti dal matrimonio (di cui l'infedeltà è generalmente intesa come l'elemento più fondante); la suddetta scoperta costituisce una, non addebitabile, “evoluzione” del rapporto matrimoniale. Per questi motivi, il Tribunale milanese dispone che i figli dei coniugi vengono affidati ad entrambi i genitori, ma il genitore omosessuale deve evitare la frequentazione dei figli con il suo nuovo compagno; i servizi sociali sono chiamati a predisporre un percorso di sostegno volto a individuare tempi e modalità di preparazione dei figli alla nuova situazione affettiva e di coppia del genitore<sup>15</sup>.

Si può oggi ritenere che, nel nostro ordinamento, l'omosessualità del genitore non possa incidere sulle condizioni dell'affidamento, non potendo tale caratteristica costituire di per sé un elemento di inidoneità genitoriale. Anzi, un atteggiamento di avversione nei confronti dell'omosessualità o della diversità in genere può rappresentare un danno per il minore, il cui benessere viene così intrinsecamente legato alla presenza di un ambiente familiare caratterizzato da apertura mentale e rispetto della dignità umana<sup>16</sup>.

La pronuncia della Corte di Cassazione, ha il pregio di combinare una nuova tipologia di formazione familiare con l'affidamento dei figli minori. La situazione giuridica d'interesse riferito alla persona minore viene specificata mediante l'approfondimento di aspetti non meramente formali della relazione tra genitori e figli: il giudizio della Corte si fonda su elementi diversi, quali la frequenza e la positività dei rapporti e il sostegno ai figli nel seguire le proprie inclinazioni naturali e le specifiche aspirazioni<sup>17</sup>. In questa veste, la sentenza n. 601 del 2013 appare come una implicita sollecitazione al legislatore affinché quest'ultimo approvi una precisa regolamentazione rispetto ai nuovi contesti familiari che nei fatti si sono venuti a determinare: non si tratta di accettare l'idea di una nuova morale sessuale, in base alla quale i ruoli nella famiglia sarebbero sempre più sfumati, né rimuovere la concezione di coppia eterosessuale; lo scopo intrinseco nella decisione è quello di sottolineare e rafforzare la fondamentale funzione di ogni comunità familiare, quale contesto

<sup>13</sup> Cfr. Trib. Venezia, 3 aprile 2009, in *Fam. e Dir.*, 2009, 823.

<sup>14</sup> Cfr. Trib. Firenze, 17 aprile 2009, riferita da F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011, 201.

<sup>15</sup> Cfr. Trib. Milano, sez. IX, sent. 19 marzo 2014, con nota di F. FERRARA, *Relazione omosessuale extraconiugale, addebito della separazione e affidamento condiviso*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 5, 495.

<sup>16</sup> Come osservato da M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, in *Giur. it.*, 2013, 1038.

<sup>17</sup> Cfr. C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*, cit., 436.

preordinato alla tutela dei superiori interessi dei figli. In vista di questo obiettivo, risulta opportuno adeguare la concezione morale della famiglia, intesa come gruppo finalizzato alla migliore crescita dei minori<sup>18</sup>.

Anche la Corte EDU, con la famosa decisione *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* del 21 dicembre 1999, ha preso una posizione netta in ordine al divieto di discriminazione del genitore a causa del suo orientamento sessuale<sup>19</sup>. Nel caso di specie, un padre aveva subito un trattamento discriminatorio, relativo al divieto di affidamento della figlia minore. Tale diniego era stato principalmente motivato dal giudice interno con riferimento all'omosessualità paterna ed alla convivenza del padre con un altro uomo.

La Corte EDU ha censurato questo orientamento, ritenendolo in violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione<sup>20</sup>: il presunto interesse del minore sarebbe stato usato in senso ideologico, cioè solo al fine di privare un'intera categoria di soggetti del loro diritto a continuare ad essere genitori, unicamente sulla base del loro orientamento sessuale<sup>21</sup>; qualificare le relazioni omosessuali come una vera anomalia, idonea ad impedire l'affidamento di un minore, non appare sorretto da una ragionevole e oggettiva giustificazione. La Corte rileva come siffatta asserzione non costituisca una semplice osservazione sfortunata o maldestra, ma sia idonea a concludere che l'omosessualità del ricorrente abbia avuto un ruolo determinante sulla decisione finale.

La Corte interna ha dunque compiuto una distinzione sulla base dell'orientamento sessuale, distinzione che la Convenzione non può tollerare<sup>22</sup>: in particolare, non sussiste una relazione di proporzionalità tra il mezzo impiegato, l'esclusione dell'affidamento in ragione dell'omosessualità, e il fine perseguito, la tutela del minore in un procedimento di affidamento. Nel bilanciamento degli interessi tra l'interesse del minore e il desiderio di genitorialità dell'individuo con orientamento omosessuale, è necessario verificare le circostanze del caso concreto. L'interesse del figlio, infatti, resta di rango primario, ma non può essere perseguito sulla esclusiva base di una discriminazione<sup>23</sup>.

La Corte ha fatto applicazione di questo principio nella successiva sentenza *P.V. c. Spagna* del 30 novembre 2010. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto non contraria ai principi della Convenzione la normativa nazionale sulla cui base sia prevista una restrizione dei rapporti tra i genitori e la prole in considerazione di fatti, legati alle scelte sessuali dell'adulto, idonei a produrre effetti pregiudizievoli a carico dei minori coinvolti.

<sup>18</sup> L'asserzione è concordata da F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, cit., 69.

<sup>19</sup> Come chiarito da Corte EDU, sent. 25 luglio 2000, *Smith and Grady c. the United Kingdom*, § 89, l'orientamento sessuale si manifesta come il lato più intimo della vita privata di una persona.

<sup>20</sup> Riguardo l'interpretazione degli artt. 8 e 14 CEDU, si rinvia a R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 16 settembre 2013, 2 ss.

<sup>21</sup> In senso conforme si è pronunciato Trib. Bologna, 15 luglio 2008, con nota di E. FALLETTI, *Genitore omosessuale e affidamento condiviso*, in *Giur. it.*, 2009, 1165.

<sup>22</sup> In termini simili, Corte EDU, sent. 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, §§ 35 s.

<sup>23</sup> Sul tema, v. J. LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 676; M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, cit., 1039.

## **5. Divieto di discriminazione di single o coppie omosessuali nell'adozione di minori. La posizione della Corte EDU**

La Corte EDU si è pronunciata più volte, relativamente a casi di adozione da parte di *single* o coppie omosessuali. I principi elaborati dalla Corte, nell'evoluzione della sua giurisprudenza, sono stati fatti propri dalla decisione in nota.

### **5.1 Adozione da parte di single omosessuali: i casi “Fretté c. Francia” ed “E.B. c. Francia”**

In un primo momento, nella sentenza del 26 febbraio 2002, *Fretté c. Francia*<sup>24</sup>, la Corte EDU ha ritenuto convenzionalmente legittimo il diniego opposto all'adozione da parte di un *single* omosessuale. Secondo il Giudice interno, le scelte di vita del sig. *Fretté* non erano idonee a garantire condizioni familiari, psicologiche ed educative adeguate per lo sviluppo del minore. La Corte EDU conferma che il diniego è stato motivato principalmente sulla base dell'orientamento sessuale del ricorrente. Essa ritiene che la decisione in esame persegue uno scopo legittimo, quello di garantire l'interesse del minore coinvolto nel procedimento di adozione.

La Corte ritiene il trattamento differenziato, posto in essere dalle autorità interne, proporzionale rispetto ai fini perseguiti. A tale proposito, essa ribadisce che la Convenzione lascia agli Stati contraenti un ampio margine di discrezionalità per giustificare un distinto trattamento giuridico di situazioni simili. L'estensione di tale margine è mobile, in funzione delle circostanze e del contesto, nonché della presenza di un comune consenso tra i suddetti Stati<sup>25</sup>. Nel caso *Fretté* è stato riconosciuto un ampio margine di discrezionalità agli Stati, rilevando l'assenza di uno *standard* comune, data la mancanza, nella maggior parte degli Stati contraenti, di disposizioni che proibiscano in modo esplicito l'adozione da parte di persone omosessuali.

La presenza di un margine di apprezzamento non deve, tuttavia, tradursi nel riconoscimento di un potere arbitrario, restando le decisioni delle autorità nazionali sottoposte al controllo della Corte, che esamina la loro conformità alla Convenzione. Il Governo francese ha così motivato la restrizione: il preminente interesse del minore giustifica la negazione del diritto ad accedere alla procedura di valutazione di idoneità ad adottare qualsiasi bambino da parte di qualsiasi *single* omosessuale, poiché non vi è consenso della comunità scientifica sulle conseguenze di una simile adozione<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. ric. n. 36515, con nota di E. VARANO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*, in *Famiglia e diritto*, 2003, 2, 537 ss.

<sup>25</sup> Sul punto E. LAMARQUE, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i Paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in *Quad. cost.*, 2008, 907; l'Autrice osserva che la Corte EDU non avrebbe dovuto dare importanza alle divergenze nazionali dopo aver rilevato la discriminazione basata solo sull'orientamento sessuale.

<sup>26</sup> Per approfondimenti si rinvia a R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 9.



La Corte nella valutazione della conformità della decisione francese rispetto al principio di non discriminazione ha ritenuto congrue le giustificazioni dello Stato. Queste risponderebbero ad uno scopo legittimo e le misure adottate risulterebbero proporzionali al fine perseguito, poiché nel bilanciamento degli interessi prevalgono quelli del bambino eventualmente adottato.

In conclusione, si condivide che il preminente interesse del minore possa ragionevolmente limitare il diritto di adottare da parte di un soggetto omosessuale. Nel caso di specie, però, non vi è stata alcuna valutazione operata nel caso concreto e dunque in relazione a un bambino specificamente individuato, nei cui confronti le scelte di vita sessuale del richiedente avrebbero potuto determinare effetti pregiudizievoli<sup>27</sup>. Proprio in relazione a questa considerazione il ricorrente osservava come vi fosse una sorta di “*presunzione inconfutabile che nessun omosessuale offra garanzie sufficienti per accogliere un bambino da adottare*” e che “*l’interesse dei bambini che attendono di essere adottati impone, invece, che nessuna categoria di genitori adottivi sia esclusa per motivi che non hanno nulla a che vedere con le loro qualità umane e educative*”<sup>28</sup>.

Successivamente, nella sentenza del 21 gennaio 2008, *E.B. c. Francia*, la Corte EDU sembra aver ribaltato la posizione tenuta nel caso *Fretté*, ritenendo sussistente la violazione della Convenzione e riconoscendo come il rifiuto di autorizzare l’adozione da parte della ricorrente fosse stato determinato esclusivamente dall’orientamento sessuale di quest’ultima<sup>29</sup>. Il caso in questione riguarda il diritto di un *single* omosessuale all’adozione che, essendo prevista dalla legge francese, rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 8 CEDU. Questo diritto una volta concesso non può comportare differenziazioni di trattamento così come espresso dall’art. 14 CEDU.

Il superiore interesse del minore non sarebbe stato messo in pericolo dal fatto che, nel caso di specie, la convivente dell’aspirante adottante avesse dichiarato di non voler partecipare al progetto educativo del minore adottato.

La sentenza emessa nel caso *E.B. c. Francia* rappresenta un punto di svolta nello sviluppo della giurisprudenza della Corte in materia di famiglia omosessuale: la decisione ammette pacificamente che un bambino possa essere adeguatamente allevato da una persona omosessuale, pur non dichiarandolo espressamente<sup>30</sup>. La Corte ha chiaramente abbandonato il sospetto che una famiglia omogenitoriale possa non costituire un ambiente adatto alla crescita serena di un bambino.

In realtà, è necessario fare alcune precisazioni. Il Giudice, nell’applicazione del principio di non discriminazione contemplato all’art. 14 CEDU, ha distinto i due casi appena narrati: da un lato, si sofferma sulle difficoltà del signor *Fretté* constatate dai servizi sociali in termini di organizzazione della propria vita familiare; dall’altro lato, afferma che la signora *B.*, essendo un’educatrice

<sup>27</sup> Come sostenuto da B. LIBERALI, *L’adozione dei single e delle coppie omosessuali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2013, 16.

<sup>28</sup> Cfr. § 35 della sentenza.

<sup>29</sup> Sul tema si veda A. DONATI, *Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della corte di Strasburgo*, in *Dir. famiglia*, 2008, 3, 1090; E. FALLETTI, *La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e l’adozione da parte del single omosessuale*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 3, 224.

<sup>30</sup> Come precisato da L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all’interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 2013, 1766.

affermata per le sue qualità, fosse idonea ad accudire e crescere un minore. Di conseguenza, la Corte ha constatato una violazione nel caso di specie, perché il rifiuto dell'autorizzazione all'adozione era fondato su motivi illegittimi<sup>31</sup>.

Con riferimento alla valutazione d'idoneità dell'adottante, risulta lampante la similitudine con il caso deciso dalla Corte d'appello di Roma: quest'ultima ha motivato ampiamente sulle indagini compiute dal Tribunale, anche tramite i servizi sociali, concludendo che l'aspirante adottante, psicoterapeuta affermata, fosse idonea ad esercitare le funzioni genitoriali.

### **5.2 Adozione da parte di coppie omosessuali: i casi “Gas & Dubois c. Francia” e “X e altri c. Austria”**

La Corte EDU si è occupata della adozione omogenitoriale anche relativamente alle richieste di coppie omosessuali, in due successive decisioni.

Nella sentenza del 31 agosto 2012, *Gas & Dubois c. Francia*, la Corte affronta la richiesta di una coppia omosessuale unita da un PACS francese. Una delle *partner* chiedeva l'adozione del figlio dell'altra, nato con tecniche di PMA. Benché la madre biologica avesse dato il suo assenso, gli organi giurisdizionali francesi non avevano accolto la richiesta, argomentando che la concessione dell'*adoption simple*, nel caso sottoposto al loro sindacato, avrebbe privato la madre naturale dei suoi diritti nei riguardi della figlia, conseguenza ritenuta aberrante rispetto agli scopi perseguiti dalle ricorrenti e rispetto all'interesse del minore<sup>32</sup>. Lo scopo dell'*adoption simple* è quello di porre rimedio alle carenze dell'ambiente familiare d'origine; con l'adozione in esame, la potestà genitoriale viene trasferita dai genitori naturali all'adottante, l'adottato mantiene i diritti successori nei confronti dei genitori e ne acquisisce di nuovi nei confronti dell'adottante. In via eccezionale, solo in caso di seconde nozze di una persona con figli, il nuovo coniuge può ricorrere a questo tipo di adozione per conferire all'adottato diritti successori altrimenti inesistenti. La potestà genitoriale del genitore naturale non cessa, viene esercitata congiuntamente dai nuovi coniugi.

La Corte EDU afferma che non costituisce violazione dell'art. 14 CEDU, in combinato disposto con l'articolo 8 CEDU, la previsione in materia di adozione di minori contenuta nella normativa francese, che disciplina diversamente le condizioni di esercizio della potestà genitoriale per le coppie dello stesso sesso unite civilmente e per quelle sposate. La disparità di trattamento non pone una discriminazione irragionevole, poiché lo *status* giuridico di una coppia di fatto (omosessuale o eterosessuale) non sarebbe comparabile a quella di una coppia di coniugi. La Corte EDU, pur ritenendo ammissibile il ricorso, lo rigetta, motivando che la posizione della coppia *Gas e Dubois*

<sup>31</sup> Sulla distinzione operata dalla Corte si sofferma C. NARDOCCI, *Per la corte europea l'impossibilità di adottare la figlia della propria partner omosessuale non costituisce trattamento discriminatorio ai sensi dell'art. 14 della convenzione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2012, 3, 13 s.

<sup>32</sup> Sulle adozioni nell'ordinamento francese A. M. LECIS COCCO ORTU, *Il Conseil constitutionnel inizia a delineare i caratteri del controllo di costituzionalità successivo: l'interpretazione secondo diritto vivente e la discrezionalità del legislatore nelle questioni etiche*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011, 1 ss.

non si distingue da quella di una coppia eterosessuale non sposata, alla quale allo stesso modo sarebbe stata rifiutata la richiesta di adozione<sup>33</sup>. In particolare, rientrerebbe nel margine di apprezzamento lasciato agli stati la possibilità di regolare i presupposti per l'accesso al matrimonio, nonché di ricondurre allo stesso prerogative escluse ad altri tipi di unioni.

La decisione ha il pregio di riconoscere l'omogenitorialità nella sua dimensione sociale e relazionale ancor prima che giuridica, ricomprendendola nell'ambito di protezione assicurato dall'art. 8 CEDU anche ove tale fenomeno venga ignorato dalla legislazione nazionale; d'altra parte, la Corte rinuncia a restringere il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati nel limitare l'adozione alle coppie sposate e nel limitare il matrimonio alle coppie eterosessuali. Il combinato disposto delle due suddette limitazioni finisce inevitabilmente col comprimere, nel presente caso, anche l'interesse del minore: esso viene privato di qualsiasi legame giuridico con uno dei suoi genitori, pur vivendo, di fatto, con entrambi<sup>34</sup>. L'interesse del minore, di solito, viene contrapposto a quello eventualmente difforme dei genitori; la peculiarità di questo caso consiste nel fatto che, gli interessi del minore e dei genitori collimano, ma entrambi vengono sacrificati sull'altare della sovranità degli Stati e del loro margine d'apprezzamento nel trattare in modo differenziato coppie sposate e non sposate.

Con riferimento al precedente caso *E.B. c. Francia*, è stato chiarito come la Corte EDU abbia reso possibile la costituzione di un legame di adozione con una persona singola che convive con un *partner* non interessato ad instaurare un rapporto di affetto con l'adottato. Nel caso *Gas e Dubois c. Francia*, invece, la minore non può godere del vantaggio di avere due genitori che chiedono di condividere i diritti e i doveri della potestà genitoriale<sup>35</sup>.

In conclusione, tale differenza di trattamento prevista dalla legge francese non sembra perseguire alcuno scopo legittimo e potrebbe dunque rappresentare un'ingiustificata ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare del minore stesso. Inoltre, il diverso trattamento si basa su una circostanza, l'orientamento sessuale dei genitori, per la quale il minore non ha alcuna responsabilità o facoltà di scelta<sup>36</sup>.

Nella successiva sentenza del 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*, la Corte EDU ha affermato che, ove uno Stato contraente contempra l'istituto dell'adozione del figlio del *partner* a favore di coppie conviventi eterosessuali, il principio di non discriminazione fondata sull'orientamento sessuale impone la sua estensione alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Nel caso di specie, una donna intendeva adottare il figlio biologico della sua convivente, nato da una precedente relazione della madre con un uomo e, successivamente, affidato in via esclusiva alla stessa madre naturale. La disciplina austriaca (art. 182, comma 2, ABGB) prevede che l'adozione

<sup>33</sup> Cfr. § 69 della sentenza.

<sup>34</sup> Come notato da F. CHIOVINI, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 959.

<sup>35</sup> Cfr., E. CRIVELLI, *Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull'adozione da parte di coppie omosessuali*, in *Quad. cost.*, 2012, 3, 674.

<sup>36</sup> La conclusione viene condivisa da A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012, 6.

da parte di una persona del figlio biologico del *partner* possa avvenire solo con un genitore adottivo di sesso opposto, oppure tutti i rapporti col genitore biologico verrebbero meno, salvo eccezioni in materia successoria. In buona sostanza, la disciplina legislativa esclude la possibilità, per un *partner* di un soggetto omosessuale, di adottare il figlio dell'altro, senza spezzare il legame del minore con quest'ultimo, il genitore biologico, poiché avente lo stesso sesso dell'adottante.

In primo luogo, viene individuata la discriminazione prevista dalla disciplina austriaca non solo con riferimento alla coppia omosessuale rispetto alla coppia eterosessuale, ma anche riguardo alla vita familiare del minore. Secondo la Corte, le unioni omogenitoriali godono di piena dignità all'interno dell'ordinamento e sono meritevoli di un riconoscimento giuridico<sup>37</sup>. I giudici di Strasburgo, per la prima volta, ricomprendono nella nozione di vita familiare non solo il legame instauratosi tra i membri della coppia, ma anche il legame verticale tra la coppia omogenitoriale ed i figli<sup>38</sup>. Vengono fuse in un unico contesto di protezione le diverse declinazioni della nozione di famiglia. Da un lato, viene coniugato il legame biologico di filiazione (tra madre e figlia) e quello di fatto (tra le due donne); dall'altro lato, il legame è completato con il rilievo giuridico attribuito all'effettività del legame tra la compagna della madre e la minore.

Secondo i Giudici di Strasburgo, nel mondo contemporaneo è opportuno tener conto dell'evoluzione subita dal concetto di famiglia: tale concetto in continua mutazione obbliga gli Stati contraenti ad adottare misure a protezione della famiglia nel rispetto dell'art. 8 della Convenzione. In tal senso, la Corte EDU ha chiarito come *“la tutela della famiglia nel senso tradizionale del termine costituisce in linea di principio un motivo importante e legittimo, idoneo a giustificare una disparità di trattamento. Ovviamente anche la tutela dell'interesse del minore costituisce uno scopo legittimo (...). Lo scopo che consiste nel proteggere la famiglia nel senso tradizionale del termine è piuttosto astratto, e per realizzarlo possono essere utilizzate svariate misure. Inoltre, dato che la Convenzione è uno strumento vivo che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali, lo Stato deve scegliere le misure da adottare per tutelare la famiglia e garantire il rispetto della vita familiare, tenendo conto dell'evoluzione della società e dei cambiamenti che si verificano nella percezione delle questioni sociali, di stato civile e di ordine relazionale, in particolare del fatto che vi sono più modi o scelte possibili sulla maniera di condurre una vita privata e familiare. Quando il margine di apprezzamento lasciato agli Stati è limitato, ad esempio in caso di una disparità di trattamento basata sul sesso o sull'orientamento sessuale, non solo il principio di proporzionalità esige che la misura scelta sia normalmente di natura tale da permettere la realizzazione dello scopo perseguito, ma obbliga anche a dimostrare che, per perseguire tale scopo, era necessario escludere alcune persone – nella fattispecie gli individui che vivono una relazione omosessuale – dal campo di applicazione della misura in questione”*<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. § 127 della sentenza.

<sup>38</sup> Come notato da C. FATTA, M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, 526.

<sup>39</sup> Cfr. §§ 138 ss. della sentenza.

In buona sostanza, la protezione della famiglia tradizionale potrà essere perseguita nei limiti della necessità e proporzionalità delle misure adottate<sup>40</sup>. Questa evoluzione giurisprudenziale risponde alla dottrina della Convenzione intesa come *living instrument* che, nell'interpretazione della Corte, tiene conto dei mutamenti sociali in corso (c.d. *present day conditions*), in particolare nella concezione di famiglia<sup>41</sup>.

La Corte stigmatizza l'orientamento secondo il quale sarebbe dannoso per un minore vivere nel contesto di una famiglia omogenitoriale: i giudici definiscono questo atteggiamento il frutto di una irrazionale acquiescenza al pregiudizio, affermando che ad esso corrisponde una totale carenza di prova<sup>42</sup>. Si profila l'esigenza di tutelare la vita familiare non solo della coppia, ma soprattutto del figlio minore che con essa va a comporre il nucleo familiare, e il cui interesse non può venir considerato leso *a priori* dal riconoscimento giuridico di due madri. Anzi, nel caso di specie, è proprio nel suo superiore interesse procedere all'adozione.

La decisione si pone in linea con l'orientamento espresso in *Gas e Dubois*, nella parte in cui la Corte ha espressamente escluso che la situazione in cui versano le ricorrenti sia assimilabile a quella di una coppia sposata. Né l'art. 12 CEDU, né il combinato disposto degli artt. 14 e 8 della Convenzione impongono agli Stati l'obbligo di consentire il matrimonio alle coppie omosessuali. Per i giudici di Strasburgo, se vengano previste per le coppie omosessuali forme di riconoscimento giuridico, gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento nel definire la natura esatta dello *status* conferito<sup>43</sup>: infatti, le coppie omosessuali pur essendo assimilabili alle coppie eterosessuali, non lo sono a quelle coniugate. Sebbene questo indirizzo presenti l'aspetto positivo di aprire alle coppie dello stesso sesso tutta una serie di benefici, contemplati dalla legge a favore dei conviventi eterosessuali, arriva a realizzare una discriminazione indiretta: vengono attribuiti certi diritti a seconda del godimento di uno *status* (coniugio), che dipende dall'esercizio di una libera scelta, preclusa ai soggetti dello stesso sesso<sup>44</sup>.

L'articolata motivazione della Corte EDU si sofferma sul c.d. margine di apprezzamento da lasciare agli Stati nel caso di specie: vertendosi in materia di discriminazione, il trattamento differenziato, per superare il vaglio della Corte, deve essere fondato su giustificazioni stringenti, idonee a rendere detto trattamento, rispetto alla finalità proposta, non solo proporzionato ma altresì

---

<sup>40</sup> L'asserzione viene condivisa da A.M. LECIS COCCO ORTU, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali*, in *Quad. cost.*, 2013, 4; secondo l'Aurice, la Corte EDU "con un astuto espediente argomentativo, cela tra le pieghe di una pretesa affermazione non innovativa un *obiter dictum* che ha il vago sapore di *overruling*: non è legittimo tutelare la famiglia tradizionale a discapito di "altre famiglie", riconosciute e tutelate dall'art. 8 della Convenzione secondo la sua interpretazione evolutiva".

<sup>41</sup> Sul tema R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 14.

<sup>42</sup> Cfr. § 146 della sentenza.

<sup>43</sup> Come affermato da L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 1766.

<sup>44</sup> Si condivide la critica di F. CHIOVINI, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, cit., 961.

necessario. La materia trattata riguarda la sfera intima, vulnerabile della vita privata, “*un aspetto particolarmente importante dell’esistenza o dell’identità di un individuo*”<sup>45</sup>.

La Corte ritiene che il divieto di adozione previsto dal legislatore austriaco non sia proporzionato né necessario: mancano gli elementi che giustificano un pregiudizio per il minore, né assume valore il divieto del legislatore che riconosce le unioni civili, ma espressamente vieta l’adozione a coppie dello stesso sesso. Come sopra esposto, la tutela della famiglia in senso tradizionale non costituisce ragione idonea a giustificare il diverso trattamento.

Infine, viene data un’interpretazione evolutiva anche al c.d. criterio del consenso tra gli Stati, definito un criterio fragile ma necessario. In generale, il *consensus* viene definito come la “*communis opinio derivante dall’analisi comparativa, come un fattore la cui funzione è essenzialmente quella di circoscrivere l’estensione del margine di apprezzamento riservato agli Stati*”<sup>46</sup>.

Contrariamente a quanto accaduto nel caso *Fretté*, la Corte non ricerca il consenso tra tutti gli Stati contraenti, ma soltanto relativamente ai dieci che prevedono l’accesso alla c.d. *step-child adoption* a coppie non sposate. Tra essi, una stretta maggioranza di sei Stati permette l’adozione anche alle coppie omosessuali, ritenuta comunque insufficiente per dar luogo ad un consenso utile a restringere il margine di apprezzamento. La Corte, tuttavia, citando il caso *Fretté*, ritiene che il margine di apprezzamento lasciato agli Stati non possa essere interpretato nel senso di consentire ad essi l’esercizio di un vero potere arbitrario, rimanendo in ogni caso la disciplina dello Stato soggetta al sindacato della Corte, in ossequio alle prescrizioni dell’articolo 14 della Convenzione: quest’ultima disposizione, come interpretata dalla Corte, vale, da sola, a restringere il margine di apprezzamento nel caso di specie.

In conclusione, la Corte utilizza l’art. 14 CEDU come un “chiavistello ermeneutico”, tale da ampliare la portata delle disposizioni letterali della CEDU. In particolare dell’articolo 8, che ben si presta ad una interpretazione evolutiva, in accoglimento dei mutamenti sociali contemporanei<sup>47</sup>. Tale orientamento giurisprudenziale si palesa in aperto contrasto con l’affermazione della Corte di Strasburgo che ribadisce il potere degli Stati di ricondurre al matrimonio effetti diversi rispetto a quelli previsti per altri tipi di unioni, ossia di prevedere una sorta di *status* particolare che distingue la posizione delle coppie sposate rispetto a quelle che non lo sono. Malgrado il consenso tra gli Stati sia ancora lontano, la tendenza negli Stati contraenti si sposta verso il riconoscimento delle adozioni da parte di coppie omosessuali<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. § 148 della sentenza.

<sup>46</sup> La definizione è di G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2013, 3.

<sup>47</sup> Sul punto R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 20.

<sup>48</sup> In termini simili A.M. LECIS COCCO ORTU, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali*, cit., 7; secondo l’Autrice “è innegabile che dai primi anni Duemila si assista ad una graduale evoluzione dello statuto delle coppie omosessuali che, seppur con percorsi lenti e variegati, non ha mai subito battute d’arresto, e non sembra destinata a subirne soprattutto ora che, in un momento di crisi, i governi europei stanno

## 6. Omogenitorialità e superiore interesse del minore

Il Tribunale per i minorenni di Roma, con sentenza n. 299 del 2014, ha sostenuto che *“il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non sia tanto legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno. In altri termini, non sono né il numero né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano. (...) Ciò che è importante per il benessere dei bambini è la qualità dell’ambiente familiare che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano dello stesso sesso o che abbiano lo stesso orientamento”*. La Corte d’appello, con la pronuncia in esame, ha ritenuto condivisibili le argomentazioni del Giudice di prime cure: secondo la Corte, è oggettivamente impossibile compiere alcuna previsione sulla vita futura e l’effettiva crescita equilibrata della minore; ciò vale anche per i minori accuditi in famiglie eterosessuali.

L’orientamento sessuale omosessuale rileva nell’ambito della valutazione di idoneità all’adozione in ragione della necessità di considerare il preminente interesse del minore. Se l’adozione particolare a persona omosessuale si presentasse come la migliore possibile per il minore, ostacoli di altra natura non avrebbero ragione di frapporsi. D’altra parte, dove vengano effettivamente provate conseguenze pregiudizievoli per il minore, lo stesso orientamento sessuale potrebbe fondare la decisione di dichiarare l’inidoneità del *single* richiedente, che pure abbia i requisiti di accesso alla procedura previsti dalla legge<sup>49</sup>.

La ricerca psicologica ha ampiamente dimostrato che la valutazione sulla competenza genitoriale prescinde dall’orientamento sessuale del genitore. Ne consegue che la presunta disfunzionalità della genitorialità omosessuale è frutto di modelli culturali ideologicamente improntati a concezioni omofobiche e/o eterosessiste. La famiglia, lungi dall’imporsi come un’entità naturale, si configura come un prodotto socio-culturale sottoposto a processi di “complessificazione” e pluralizzazione delle sue possibili organizzazioni<sup>50</sup>. Al riguardo, uno studio della *American Academy of Pediatrics* così conclude: *“bambini cresciuti da genitori dello stesso sesso si sviluppano come quelli allevati da genitori eterosessuali. Più di 25 anni di ricerche documentano che non c’è una relazione tra l’orientamento sessuale dei genitori e qualsiasi tipo di misura dell’adattamento emotivo, psicosociale e comportamentale del bambino. Questi dati dimostrano che un bambino che cresce in una famiglia con uno o due genitori gay non corre alcun rischio specifico”*<sup>51</sup>. *Adulti coscienti e capaci di fornire cure, che siano uomini o donne,*

---

riscoprendo i diritti civili grazie alla loro natura di «diritti che non costano»”. Peraltro, dal riconoscimento di diritti civili derivano esigenze di tutela di diritti sociali, soprattutto in ambito familiare: si pensi al riconoscimento di diritti previdenziali, di assistenza familiare o medica nell’ambito della coppia dello stesso sesso.

<sup>49</sup> Sulla valutazione d’idoneità dell’aspirante adottante si veda B. LIBERALI, *L’adozione dei single e delle coppie omosessuali*, cit., 12 ss.

<sup>50</sup> Con riferimento alle scienze psicosociali, si veda il contributo di A. TAURINO, *Famiglie e genitorialità omosessuali. Quali costrutti contro il pregiudizio?*, in *Quest. giust.*, 2013, 115.

<sup>51</sup> Al riguardo, si vedano anche le ricerche scientifiche realizzate dall’*American Psychological Association, Lesbian & Gay Parenting* del 2005, disponibili su <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting.aspx>.

*eterosessuali o omosessuali, possono essere ottimi genitori*<sup>52</sup>. Da una ricerca svolta dall'Istituto superiore di sanità in collaborazione con Arcigay nel 2005 (chiamata *Modi. di.*) è emerso che in Italia circa 100.000 minori crescono all'interno di una coppia formata da persone dello stesso sesso: anche ove fosse possibile contestare il dato numerico in termini assoluti, la ricerca evidenzia che moltissimi bambini già oggi nel nostro Paese crescono in una coppia omogenitoriale<sup>53</sup>.

A fronte di quanto sopra esposto, si può concludere che il giudice di merito non ha assunto una posizione ideologica omofila, vertente alla maggior tutela delle aspirazioni della coppia omosessuale. Si è soffermato sulla valutazione di idoneità in concreto dell'adottante ed hanno dato riconoscimento giuridico ad una situazione che, di fatto, già aveva in sé tutti gli elementi di una famiglia. Lo scopo è quello di garantire una copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un minore che è stato cresciuto da due donne: assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei *partners*, ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio. Nel valutare il superiore interesse per il minore non devono essere legati fra loro il piano della relazione fra i genitori e quello fra genitore e figlia. L'interesse del minore pone un vincolo al disconoscimento del rapporto di fatto, nella specie da sempre esistito, tra la compagna della madre e la figlia.

### **7. Una famiglia in evoluzione**

La Costituzione non fissa per sempre un dato modello di famiglia, ma consente una lettura evolutiva al passo con lo sviluppo della società. La tutela della società familiare di cui all'art. 29 si manifesta come determinazione dei limiti al potere d'intervento dello Stato<sup>54</sup>. L'assunto trova conferma nel precedente art. 2 che considera la famiglia, al pari delle altre formazioni sociali, come strumento di promozione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona<sup>55</sup>.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 138 del 2010, ha statuito che la regolamentazione dell'unione omosessuale resta comunque demandata alle scelte discrezionali del legislatore. Non può, pertanto, ragionevolmente negarsi che il matrimonio disciplinato dal legislatore del 1942, e non rivisitato sotto il profilo in esame da successive riforme del diritto di famiglia, sia quello tra persone dello stesso sesso e che solo a queste il vigente istituto sia attualmente riservato. La Consulta esclude la cristallizzazione dei concetti di famiglia e di matrimonio, concetti dotati della

---

<sup>52</sup> La ricerca è citata da G. MASTRANGELO, *L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. spunti per una riflessione a più voci*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 4, 357.

<sup>53</sup> Il documento viene richiamato da F. BILOTTA, *Il matrimonio per le coppie dello stesso sesso: le ragioni del sì*, in R. TORINO (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013, 185.

<sup>54</sup> Sui lavori preparatori all'art. 29 Cost. si veda AA.VV., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1948, 67 ss.

<sup>55</sup> Come sostiene G. FERRANDO, *Matrimonio same-sex: la Corte di Cassazione e i giudici di merito a confronto*, in *Corr. giur.*, 2015, 7, 918.



duttività propria dei principi costituzionali e quindi da interpretarsi tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi<sup>56</sup>.

Nella società contemporanea, l'istituto matrimoniale e la genitorialità non sono più legati in modo indissolubile. Nel nostro ordinamento, infatti, sono presenti numerose deroghe al modello di famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, che impongono una riflessione generale sulla possibilità per le coppie e i *single* omosessuali di accedere valutazione di idoneità all'adozione. La legge n. 184 del 1983 prevede casi speciali di adozione di minori da parte di *single*, i quali potrebbero avere un orientamento omosessuale. La legge n. 40 del 2004 disciplina le procedure di PMA che consentono alle coppie di superare la propria condizione di sterilità e infertilità, anche arrivando ad ammettere, dopo l'intervento della Consulta<sup>57</sup>, l'utilizzo di gameti esterni alla coppia<sup>58</sup>.

Grazie all'impiego delle nuove tecniche di procreazione, il panorama genitoriale si è arricchito e allontanato dall'appartenenza genetica. Oggi sono sorte diverse figure genitoriali: “la madre genetica” (la donna a cui appartiene l'ovocita fecondato), “la madre biologica” (colei che ha condotto la gestazione), la “madre sociale” (colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale); il “padre genetico” ed il “padre sociale”<sup>59</sup>. In tale contesto, la famiglia diviene il luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo<sup>60</sup>.

L'elemento centrale delle nuove forme di genitorialità si manifesta nel rapporto concreto che si instaura tra i suoi componenti: spetta al legislatore e all'organo giudicante trovare un equilibrio che permetta di bilanciare gli interessi in conflitto, avendo sempre come riferimento il prevalente interesse dei minori coinvolti. In virtù di quanto premesso, sembra cadere l'obiezione secondo cui le coppie omosessuali siano sterili per definizione in quanto un figlio non potrebbe essere concepito con l'apporto genetico di entrambi i *partner*: tale circostanza oggi sta perdendo rilievo, dato che ciò che conta non è come viene concepito o chi concepisce il minore, ma il fatto che venga accudito, educato e cresciuto all'interno di una coppia adeguata<sup>61</sup>.

A fronte del fenomeno della circolazione delle esperienze giuridiche e delle persone, queste ipotesi di vita vissuta, che rappresentano formazioni analogamente idonee all'educazione ed alla cura dei minori, costringono la giurisprudenza nazionale a confrontarsi con istituti vietati o non

<sup>56</sup> Per approfondimenti si rinvia a, E. CUKANI, *Le same sex couples tra giudici e legislatori: il ruolo peculiare della giurisprudenza negli USA e in Europa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, 4, 26 ss.

<sup>57</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 162/2014.

<sup>58</sup> Sui nuovi tipi di genitorialità si veda M.E. D'AMICO, *Audizione del 14 gennaio 2015 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Giustizia del Senato*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 15 s.

<sup>59</sup> Per questa rassegna si veda M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 11, 1019.

<sup>60</sup> Secondo F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, cit., 67 s., non pare possa affermarsi un “diritto del figlio” ad una famiglia ideale, ma piuttosto il diritto del figlio alla tutela della famiglia reale che la vita gli ha dato.

<sup>61</sup> L'apertura è portata avanti da F. BILOTTA, *Il matrimonio per le coppie dello stesso sesso: le ragioni del sì*, cit., 185.

disciplinati espressamente in Italia<sup>62</sup>. La decisione resa dalla Corte d'appello nel caso oggetto di nota ne rappresenta l'esempio.

## 8. Conclusioni.

In Italia, di fronte a questioni scottanti, che toccano questioni etiche, il legislatore tende a restare inerte; la supplenza del potere giudiziario consente di ottenere, caso per caso, forme di tutela specifica<sup>63</sup>. La pur illuminata applicazione diretta di regole pretorie dedotta da principi costituzionali si palesa nel tempo una forma di tutela inadeguata: in primo luogo è legata a doppio filo con la coscienza e l'apertura mentale del singolo Collegio giudicante in materie eticamente sensibili; inoltre, è una forma di tutela costosa poiché passa necessariamente per l'assistenza legale.

Nuove ed urgenti leggi in materia dovrebbero procedere in ogni caso dall'acquisita consapevolezza che l'evoluzione tecnico scientifica rende oggi possibile una molteplicità di figure e ruoli genitoriali (sui piani genetico, biologico, sociale). I singoli soggetti, in precedenza uniti e riferiti ad una coppia genitoriale tradizionale, con presunzione legislativa di una loro coincidenza, appaiono oggi astrattamente dissociati<sup>64</sup>.

Il caso di specie, come molti altri relativi ad adozione da parte del convivente dello stesso sesso di un genitore biologico, riguardava una famiglia omogenitoriale costituita da donne: questo aspetto non può essere minimizzato. Nella coppia omosessuale femminile, che sia o meno giuridicamente regolamentata come "unione civile", la *partner* che richiede l'adozione è la compagna della madre biologica; il consenso della madre all'adozione da parte della *partner*, nascente dalla loro relazione, va guardato come sintomo dotato di grande significato<sup>65</sup>. Relativamente al fenomeno della c.d. maternità surrogata, infatti, all'interno di una coppia di donne, tale rischio è nullo: non si tratta di una disparità di trattamento con riferimento alle coppie maschili; piuttosto, la discriminazione, pur sussistente, è di fatto già presente in natura e non viene creata *ex novo* dall'ordinamento.

<sup>62</sup> Cfr. A. LORENZETTI, *La giurisprudenza nazionale di merito: acquisizioni recenti e possibili sviluppi*, in R. TORINO (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, cit., 127.

<sup>63</sup> La critica è di G. FERRANDO, *Matrimonio same-sex: la Corte di Cassazione e i giudici di merito a confronto*, cit., 922.

<sup>64</sup> Come auspicato da S. PRISCO, M. MONACO, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in *Rivista di biodiritto*, 2014, 2, 28.

<sup>65</sup> Al riguardo S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? una proposta di riflessione*, in *www.costituzionalismo.it*, 2015, 3, 43 s., precisa come il consenso della madre sia in grado di far presumere, salva prova contraria, la sussistenza dell'interesse del bambino in tal senso.