

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## **DI COSA PARLIAMO QUANDO PARLIAMO DI BEST INTEREST OF THE CHILD: L'ADOZIONE COPARENTALE NELL'AMBITO DI UNA COPPIA OMOSESSUALE AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE (NOTA A TRIBUNALE PER I MINORENNI DI BOLOGNA, ORDINANZA DEL 10 NOVEMBRE 2014)**

*Posted on 1 Dicembre 2014 by [Maria Chiara Locchi](#)*

Con Ordinanza del 10 novembre 2014 il Tribunale per i Minorenni di Bologna ha aggiunto un importante tassello al complesso *puzzle* del riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali in Italia, sollevando questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983 (disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) nella parte in cui «non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio del caso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)». Si tratta, come risulta già chiaro, di un caso di *step-child adoption*, o adozione co-parentale, riguardante una famiglia composta da due donne (cittadine americane), conviventi da venti anni e

sposate nel 2013 nello Stato di Washington, entrambe madri biologiche (tramite inseminazione artificiale da donatore anonimo) di due minori e ciascuna ammessa, negli Stati Uniti, all'adozione del figlio biologico dell'altra. A seguito del trasferimento del nucleo familiare in Italia, una delle due donne, cittadina anche italiana per discendenza, ha presentato un ricorso volto al riconoscimento della sentenza di adozione pronunciata nel 2004 dal Tribunale di Prima Istanza dello Stato dell'Oregon; il PM si è espresso in senso contrario alla domanda facendo valere l'impossibilità di applicare l'art. 44 lett. b) della legge 184/1983 (adozione da parte del coniuge del genitore) poiché il matrimonio posto a fondamento dell'adozione, nel caso oggetto di lite, non è riconosciuto dalla legge italiana.

Il Tribunale individua le norme di riferimento, ai sensi dell'art. 41 della legge 218/1995 (riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione), da una parte, negli artt. 64, 65 e 66 della stessa legge 218 e, dall'altra, negli artt. 35 e 36 della legge 184/1983. Se, alla luce del primo gruppo di norme, i giudici concludono nel senso del rispetto di tutte le condizioni di carattere procedurale e processuale (procedimento adottivo svolto con piene connotazioni giurisdizionali, dinanzi ad un'Autorità giudiziaria, secondo norme deputate a garantire il primario interesse del minore), si pone però il problema di «verificare se l'adozione da parte di genitore omosessuale possa ritenersi soddisfacente delle richieste della Legge interna, in conformità con l'ordine pubblico». Sulla base della lettura, «prevalente e maggioritaria», del combinato disposto degli artt. 41 della legge 218/1995 e 44 della legge 184/1983, il Tribunale esclude che un minore possa essere adottato da persona che sia "coniuge" del genitore nell'ambito di un matrimonio *same-sex* contratto all'estero, per difetto di quel "requisito del rapporto di coniugio tra genitore naturale e adottante" che necessariamente presuppone la diversità dei sessi, considerata a sua volta «presupposto implicito - e inderogabile - della disciplina adottiva». L'inclusione del requisito del rapporto di coniugio ai fini dell'adozione (ai sensi degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983) tra i "principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori", del resto, è stata ribadita dalla stessa Corte di Cassazione nella sent. n. 3572 del 2011,

richiamata nell'Ordinanza a conferma del consolidamento di un "diritto vivente" sul punto. Stante questa ricostruzione, i giudici di Bologna si trovano dunque a concludere, riportando un frammento di dottrina, che «l'unico ostacolo all'accesso all'adozione è, di fatto, lo sbarramento all'istituto matrimoniale che i gay e le lesbiche ancora subiscono».

Il Tribunale passa poi a rilevare i profili di illegittimità costituzionale delle norme in tal modo interpretate, fondando la possibilità di un intervento della Corte costituzionale in materia su quanto sostenuto dalla Corte stessa con la sent. 138 del 2010, nella quale si afferma che residua ai giudici costituzionali la possibilità di tutelare "specifiche situazioni" (quali quelle del caso di specie, secondo il Tribunale) nel quadro di un controllo di ragionevolezza della disciplina. Un primo passaggio argomentativo dei giudici di Bologna è volto allo "smantellamento" - o meglio alla presa d'atto dell'avvenuto "sgretolamento" - di uno dei principali motivi ostativi al riconoscimento, in Italia, di un legame familiare tra un minore e due genitori omosessuali, ovvero, come già ricordato, la presunta contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio omosessuale. A sostegno di questa tesi è ovviamente citata la sent. della Corte di Cassazione, n. 4184 del 2012 - a seguito della quale il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso non è più considerabile né inesistente né contrario all'ordine pubblico, ma deve essere più correttamente inteso come improduttivo di effetti giuridici per l'assenza di uno specifico provvedimento legislativo - e sono rapidamente richiamate tanto le decisioni della Corte Edu nei casi *Schalk & Kopf v. Austria*, 21.11.2010, e *X and o. v. Austria*, 19.2.2013, quanto la sent. della Corte costituzionale n. 170 del 2014, dalle quali discende che la coppia formata da persone dello stesso sesso è, rispettivamente, da considerarsi comunque "famiglia" e protetta dalla copertura costituzionale dell'art. 2 Cost. italiana in quanto "formazione sociale".

Gli specifici profili di incostituzionalità individuati sono quindi relativi, da un lato, agli artt. 2 e 3 Cost. (nella misura in cui la normativa sacrifica in modo assoluto e incondizionato i rapporti familiari, stabili e giuridicamente formalizzati, della ricorrente con la coniuge e la minore, ad esclusivo vantaggio dell'interesse dello Stato a non mettere in discussione il modello eterosessuale del matrimonio) e, dall'altro, agli artt. 2, 30 e 31

Cost. (in quanto il veto assoluto di riconoscibilità della decisione straniera impedisce al giudice di verificare il *best interest of the child*, così come invece richiesto da diverse Convenzioni internazionali e dalla stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). C'è un sospetto di violazione altresì dell'art. 117 c. 1 Cost.: lo sbarramento dell'ordinamento giuridico italiano rispetto all'adozione decisa all'estero si pone infatti in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU, così come interpretati dalla Corte Edu, secondo i giudici remittenti, nelle decisioni *X and o. v. Austria* e *Wagner v. Luxembourg*, 28.9.2007.

L'ordinanza del Tribunale per i Minorenni di Bologna rappresenta indubbiamente un importante contributo a quel filone giurisprudenziale che, negli ultimissimi anni, sta tentando di aprire dei varchi – *ab externo* – nella normativa italiana, per mezzo del riconoscimento giuridico delle relazioni nate in seno a famiglie omogenitoriali *già* esistenti e stabili non solo sul piano fattuale, ma “consacrate”, anche su quello giuridico-formale, da atti di matrimonio celebrati all'estero e sentenze straniere di adozione a favore dei *co-parents*. (In relazione alla trascrivibilità dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero nei registri dello stato civile, come è noto, è in corso in Italia un “attacco” su più fronti: giurisdizionale – con il Tribunale di Grosseto che, per la prima volta il 3 aprile 2014, ne aveva ammesso la trascrizione, con decreto peraltro annullato dalla Corte d'Appello di Firenze per vizio procedurale – e amministrativo – a partire dalle direttive impartite da alcuni sindaci agli ufficiali di stato civile nel senso della trascrizione, rispetto alle quali si è pronunciato in senso contrario il Ministero dell'Interno con Circolare del 7 ottobre 2014) Come risulta evidente, e come gli stessi giudici di Bologna rilevano nell'ordinanza, nel caso di specie la richiesta non era, infatti, volta alla creazione *ab interno* di un legame familiare tra un minore e una coppia omogenitoriale (che è quanto si verifica nell'ipotesi della c.d. “adozione congiunta”, del resto riconosciuta in un numero esiguo di paesi in Europa) o tra un minore e il cogenitore (è il caso della richiesta di adozione coparentale da parte del coniuge, o del convivente, omosessuale del genitore biologico). Quest'ultima possibilità, come è noto, è stata recentemente ammessa dal Tribunale per i Minorenni di Roma, che, con

sent. del 30 luglio 2014, ha “aperto” l’adozione non legittimante ex art. 44 c. 1 lett. d) della legge 184/1983 al convivente omosessuale del genitore dell’adottando, con un percorso argomentativo decisamente orientato alla tutela dell’interesse del minore per mezzo della valorizzazione di quel «legame inscindibile che, a prescindere da qualsiasi “classificazione giuridica”, nulla ha di diverso rispetto a un vero e proprio vincolo genitoriale».

L’intento dei giudici di Bologna è invece quello di verificare se, a determinate condizioni, possa essere valutato come riconoscibile – tramite trascrizione della sentenza straniera di adozione coparentale – il legame familiare che *ab externo* si è già formato. Stupisce, quindi, come prontamente osservato da Marco Gattuso commentando a prima lettura l’ordinanza (Cfr. M. Gattuso, *Adozione negli U.S.A. da parte della co-madre: il tribunale minori di Bologna invia gli atti alla Corte costituzionale*, 12 novembre 2014, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)), che sia stato ignorato un importante precedente dello stesso Tribunale per i Minorenni di Bologna, del 21 marzo 2013, riguardante la richiesta di trascrizione di una sentenza di adozione pronunciata negli Stati Uniti a favore di una donna single. In quel caso i giudici di Bologna avevano ritenuto di accogliere la richiesta, sulla base dello stesso art. 41 della legge 184/1983, valutando l’adozione legittimante da parte di una sola persona come non contraria all’ordine pubblico (in quanto né “esclusa” dalla legge 184 né “sconvolgente” rispetto al sistema nel suo complesso), pur essendo l’adozione da parte di una coppia coniugata l’ipotesi “prettamente preferita” dall’ordinamento. L’interesse superiore del minore ha giocato un ruolo decisivo nel decreto del marzo 2013 – in quanto criterio in grado di fondare un’interpretazione più attuale e “concreta” dello stesso limite dell’ordine pubblico – e alcuni principi affermati in quella decisione (come, ad esempio, che l’adozione legittimante è verosimilmente più conforme all’interesse del minore, tenuto conto della maggiore stabilità e pregnanza di quella non legittimante, nel caso di relazioni affettive già consolidate) si prestano ad essere applicati «ad altre ipotesi di status di filiazione, anche omogenitoriali, acquisiti all’estero» (Cfr. E. Battaglia, *Tribunale minori di Bologna: riconosciuta l’adozione da parte di una single effettuata negli Stati*

Uniti, 18 settembre 2014, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)). Ciò che i giudici avrebbero potuto fare, in sostanza, è proseguire sulla strada aperta dallo stesso Tribunale minori di Bologna un anno fa, facendo valere che, nel caso di specie che qui si commenta, alla ricorrente era stata riconosciuta la possibilità di adottare la minore nel 2004 “autonomamente”, ben prima, cioè, che le due donne formalizzassero la loro unione tramite *domestic partnership* (dal 2008) e matrimonio (dal 2013). Al di là del rischio, evocato da Gattuso, di inammissibilità del ricorso di incostituzionalità per difetto di rilevanza (se è corretta la ricostruzione appena prospettata, infatti, al Tribunale non sarebbe preclusa la valutazione, per altra via, della sussistenza del superiore interesse del minore e della possibilità di riconoscere anche nell’ordinamento italiano il vincolo di filiazione già regolarmente costituito con la ricorrente negli Stati Uniti), sembra chiaro che ai giudici di Bologna interessava sollevare il profilo problematico della valutazione giurisdizionale del “preminente interesse del fanciullo”, nel contesto dell’adozione legittimante, *in relazione* allo sbarramento rappresentato dal mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale rispetto agli *status* di filiazione.

In realtà il profilo del *best interest of the child*, come già rilevato, è decisamente, e opportunamente, considerato nell’ordinanza: i giudici – nel ribadire che «lo sguardo dell’interprete, in questa ipotesi, non è rivolto al rapporto di coniugio e all’interesse dei *partners*, ma è diretto esclusivamente al rapporto genitoriale e all’interesse preminente del minore» – richiamano la sent. della Corte cost. n. 31 del 2012, a sostegno della valutazione del giudice a presidio dell’interesse del fanciullo, e si soffermano sulla decisione *Wagner* della Corte Edu (riguardante una donna single che chiedeva la trascrizione, in Lussemburgo, di una sentenza di adozione pronunciata in Perù). Da questa sentenza, in effetti, emerge nettamente come il *best interest of the child* sia in grado di limitare la possibilità per gli Stati di “chiudersi” al riconoscimento di sentenze straniere di adozione, in quanto il rifiuto di concedere l’*exequatur* della sentenza costituisce un’interferenza con il diritto al rispetto della vita familiare protetto dall’art. 8 Cedu – interferenza di cui andrà valutata la legittimità, la funzionalità a perseguire scopi legittimi e la necessità in una

società democratica. Il precedente del Tribunale per i Minorenni di Bologna del 2013 e il caso *Wagner* deciso dalla Corte Edu, quindi, sembrano convergere nel senso di collegare il preminente interesse del minore alla valorizzazione massima della concretezza di un rapporto affettivo e familiare (quello tra il minore e il genitore adottivo, considerato come persona singola) già esistente di fatto – e di diritto, pur se in un altro ordinamento – in sede di riconoscimento giuridico della sentenza di adozione.

Gli argomenti dei giudici di Bologna a sostegno del ricorso di incostituzionalità, tuttavia, si discostano in parte da questa ricostruzione, nella misura in cui ciò che si intende contestare è che la legislazione italiana, «per la sola omosessualità dei genitori, ostacola in modo assoluto alla famiglia formatasi all'estero, di continuare ad essere "famiglia" anche in Italia». È in questa prospettiva, quindi, che vanno letti i riferimenti non solo alle sentenze della Corte cost. n. 138/2010 e n. 170/2014, ma anche alle decisioni della Corte Edu *Schalk & Kopf v. Austria* e *X and o. v. Austria*, 19.2.2013. Con quest'ultima sentenza, come è noto, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la legislazione austriaca che ammette le sole coppie eterosessuali (sposate o solo conviventi) all'adozione, escludendo a priori le coppie omosessuali, violi l'art. 14 Cedu in combinato disposto con l'art. 8, in quanto la differenza di trattamento tra coppie eterosessuali non coniugate e coppie omosessuali non coniugate è basata esclusivamente sull'orientamento sessuale delle seconde. La situazione oggetto d'esame da parte dei giudici di Bologna è ovviamente diversa da quella prospettata nel caso *X v. Austria*, e infatti la decisione europea sembra piuttosto invocata con riguardo al salto concettuale che, più in generale, è stato realizzato in materia di omoparentalità: «le coppie omosessuali, salvo prova contraria, devono essere riconosciute idonee a crescere un figlio» (cfr. il commento, dalle pagine di questo blog, di A. M. Lecis Cocco Ortu, *L'adozione in seno ad una coppia omosessuale registra il primo successo davanti alla Corte di Strasburgo: "due padri" o "due madri" non possono essere ritenuti inidonei a crescere un figlio*, 11 aprile 2013, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), che osserva come la Corte, in modo sapientemente "dissimulatore", ha in realtà affermato il principio

rivoluzionario per cui «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»). Il Tribunale di Bologna non intende far valere, con riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere di adozione coparentale, profili di discriminazione rispetto alle coppie eterosessuali coniugate né contestare l’«interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio» (Corte cost., sent. 170 del 2014) – ben consapevole che, ai sensi della sent. 138 del 2010, spetta al Parlamento l’individuazione discrezionale delle forme di garanzia e riconoscimento per le unioni omosessuali. Mentre la pluralizzazione dei regimi di convivenza, anche in relazione all’accesso all’adozione, si configura dunque come compito del legislatore, il giudice ritiene però di dubitare, limitatamente al riconoscimento giuridico di pronunce straniere, della legittimità costituzionale della normativa italiana, nella misura in cui l’“univocità” del modello familiare italiano produce effetti dirompenti sul *best interest of the child*. E infatti gli artt. 2 e 3 Cost. sono richiamati in relazione non al principio di uguaglianza e divieto di discriminazioni, ma al «controllo di adeguatezza e proporzionalità» della disciplina legislativa, che risulta censurabile proprio perché comporta un “sacrificio integrale” della relazione tra la minore e la ricorrente. L’aspetto interessante dell’ordinanza, in conclusione, è il tentativo di riconoscere all’interesse del minore, in sede di valutazione *concreta* delle relazioni familiari *reali*, una funzione di “sfondamento” della barriera rappresentata da quel “diritto vivente” che esclude il matrimonio omosessuale contratto all’estero dagli atti idonei a fondare il riconoscimento di un’adozione legittimante pronunciata con sentenza straniera. Da questo punto di vista l’ordinanza sembra in linea con l’auspicio alla valorizzazione del *best interest of the child* nell’adozione coparentale: anche in sede di giurisprudenza europea, infatti, «la strada più proficua non sembra tanto quella di mettere in discussione gli *status* come tali, quanto piuttosto di mettere in evidenza quelle discriminazioni che, per il fatto di riguardare non la coppia come tale bensì il minore e il suo interesse preminente, operano in modo tendenzialmente trasversale rispetto ai regimi di convivenza» (Cfr. G. Repetto, *Figli irricongiungibili. Le*

*adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, 2014, p. 166).