



SENT. n. 261/2016
R.G. n. 250+251/15 AD
CRON. N. 7202

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI MILANO
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale per i Minorenni di Milano, riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei Sigg.:

Dott.	Mario Zevola	Presidente
Dott.	Antonella Brambilla	Giudice rel.
Dott.	Maria Maddalena Dalcerci	Giudice Onorario
Dott.	Michele Cantatore	Giudice Onorario

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento ai sensi dell'art. 44 d) legge n.184/83 e succ. mod.

relativo alle minori :

X OMISSIS

Y OMISSIS

avente ad oggetto il ricorso proposto da:

XX OMISSIS

YY OMISSIS

Rappresentate e difese congiuntamente e disgiuntamente dall'Avv. OMISSIS e dall'Avv. OMISSIS ed entrambe elettivamente domiciliate presso i difensori nello studio OMISSIS

per ottenere l'adozione ex art 44 d) legge n.184/83 e succ.mod. delle predette minori;

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Le ricorrenti:

insistono nel ricorso

Il Pubblico Ministero:

esprime parere favorevole ad entrambi i ricorsi presentati per adozione ex art 44 lett d) L 184/83 al TM sede da XX per la minore Y e da YY per la minore X (vedi motivazione allegata)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 3.4.2015 (nr 250/15) la signora XX ha chiesto di adottare, ai sensi dell'art. 44 lett. d) legge n. 184/83, la minore Y OMISSIS figlia biologica della sig.ra YY.

Con contestuale ricorso depositato il 3.4.2015 (nr 251/15) la sig. ra YY ha chiesto di adottare ai sensi dell'art 44 lett d) legge 184/83 la minore X OMISSIS figlia biologica della sig.ra XX.

I ricorsi sono stati pertanto riuniti avendo per oggetto istanze ' incrociate' di adozione delle figlie biologiche di ciascuna delle ricorrenti .

In merito al ricorso le ricorrenti hanno esposto quanto segue ;

- dal settembre 2002 era nata tra loro una stabile relazione affettiva dopo un periodo di frequentazione;

31

-nel giugno 2005 erano andate a convivere e nel corso degli anni successivi il rapporto affettivo si era consolidato e si erano stabilizzate anche le reciproche situazioni lavorative;

-dal profondo legame affettivo era maturato un progetto di genitorialità condivisa;

-nel mese di febbraio 2010 avevano effettuato una richiesta di fecondazione assistita presso una clinica OMISSIS sottoponendosi a tutti gli esami clinici necessari, a seguito dei quali avevano deciso che XX sarebbe stata la madre biologica mentre YY sarebbe stata l'altra figura di riferimento co-genitoriale;

-X è nata il OMISSIS ;

insieme avevano anche deciso di conservare presso la Clinica il seme dello stesso donatore per tre anni, sottoscrivendo apposito documento , nella prospettiva che anche YY potesse in futuro sottoporsi alla fecondazione assistita con il medesimo seme;

-infatti il OMISSIS, seguendo le medesime procedure, è nata Y, figlia di YY;

-per ogni gravidanza era stata effettuata la crio-genazione e la conservazione delle cellule staminali del cordone ombelicale .

Esponevano, altresì, le ricorrenti di aver condiviso le due gravidanze con mutua assistenza, partecipando ciascuna ai corsi previsti per il partner, scegliendo insieme il nome delle bambine, scegliendo il pediatra ed affrontando insieme ogni problema economico conseguente (periodo di maternità, assenze sul lavoro, baby- sitter ,programmazione dei periodi di ferie etc) .

Dopo la nascita delle figlie il rapporto si era ulteriormente consolidato ed anche le risorse economiche erano sempre state investite per progetti comuni.

Le ricorrenti hanno evidenziato che quando ad es X aveva patito alcuni problemi di salute che avevano richiesto il ricovero, la sig.ra YY aveva sempre interagito con lo staff medico nel ruolo di mamma .

La nascita delle due figlie è stata accolta dalle famiglie d'origine di entrambe le ricorrenti che hanno documentato un profondo affetto sia da parte dei nonni che dei propri fratelli.

Le due ricorrenti risultano iscritte nel registro delle unioni civili di OMISSIS dal OMISSIS

E' stata effettuata indagine da parte della OMISSIS che ha depositato relazione conclusiva predisposta dal Servizio Adozioni e pervenuta il 1.2.2016

La relazione sostanzialmente dà atto di un positivo legame tra le due ricorrenti le quali, nel tempo, avevano maturato questo progetto genitoriale consapevoli della complessità del percorso ed usufruendo anche di un sostegno psicologico.

La relazione ha ripercorso le tappe già indicate nel ricorso ed ha approfondito la relazione delle bambine con entrambe le ricorrenti, le quali sono parse consapevoli di dover accompagnare le minori nell'esplorazione della loro nascita, nella figura del ' donatore' assente e del loro assetto familiare ,sostenute da amici e parenti.

Le bambine sono parse serene nella relazione con entrambe, curiose e riflessive sulla situazione familiare, notando differenze rispetto ad altri nuclei, complessivamente serene, anche dalle informazioni assunte, nel contesto familiare , sociale o scolastico.

Le ricorrenti sono comparse all' udienza dell' 11.4.2016 ed hanno richiamato le ragioni poste a fondamento del ricorso.

In particolare hanno evidenziato esigenze di tutela legale ed economica come , a titolo di esempio :

-che non vengano separate le sorelle in caso di eventi o accadimenti che riguardino le stesse o ciascuna delle ricorrenti;

-possibilità di ereditare in eguale misura, non ritenendo sufficienti le deleghe e le disposizioni testamentarie in quanto soggette ad interpretazione;

- aspetti sanitari e scolastici che necessitano sempre del consenso ;

- esigenza di poter portare gli stessi cognomi;

-poter regolare la situazione delle minori in caso di disaccordo tra loro .

Il Pubblico Ministero ha chiesto l' accoglimento del ricorso in base alle argomentazioni di cui al parere riportato in epigrafe .

 2

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Tribunale ritiene che il ricorso debba essere rigettato in quanto non sussistenti, in fatto, i presupposti di cui all'art 44 lett d) legge 184/ 83 .

Premessa

Occorre premettere che la legislazione italiana conosce due forme di adozione .

Ai sensi dell'art 7 L 184/83 l'adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità ai sensi degli articoli seguenti

Il successivo art 8 stabilisce che sono dichiarati in stato di adottabilità i minori *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, purchè la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio (adozione ' legittimante').

Il procedimento, disciplinato a garanzia del minore e dei genitori, richiede l'accertamento dello stato di abbandono, cui segue la dichiarazione di adottabilità, la scelta di una coppia idonea da parte del Tribunale e la verifica del positivo periodo di affidamento pre-adoztivo di un anno.

L'adozione legittimante è consentita solo ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni (requisito di stabilità che può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio da almeno tre anni) .

L'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando.

Accanto a questa forma di adozione (c.d legittimante) è prevista l'adozione ex art 44 L 184/83 .

La norma in esame prevede che i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni previste dall'art 7 c.1 (minori dichiarati in stato di adottabilità) nei seguenti casi:

- a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile duraturo *anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento* , (integrazione di cui alla legge 19.10.2015 nr 173) quando il minore sia orfano di padre e di madre ;
- b) dal coniuge , nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;
- c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate nell'art 3 c.1 della legge 5.2.1992 nr 104 (minori disabili) e sia orfano di padre e di madre;
- d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

Nei casi di cui alla lett a) c) e d) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è però persona coniugata o separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi.

Nei casi di cui alla lett a) e d) l'età dell' adottante deve superare di almeno di 18 anni quella di coloro che egli intende adottare (l'adozione legittimante prevede anche un età non superiore a 45 anni)

L'impianto dell'adozione c.d 'in casi particolari ' disciplinata dalla L 184/83 aveva come obiettivo, riconosciuto nei lavori preparatori e sempre richiamato da dottrina e giurisprudenza, quanto alla ipotesi di cui alla lett b) di rafforzare legami di fatto esistenti nell'ambito di una nuova unità familiare e, quanto alle altre ipotesi, di evitare a minori per i quali non fosse possibile l'adozione legittimante, una prolungata istituzionalizzazione.

L' adozione ex art 44 legge 184/ 83 ha caratteristiche specifiche ed effetti diversi rispetto alla adozione legittimante .

L'art 46 prevede necessariamente l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando e la mancanza dell'assenso da parte del genitore che esercita la responsabilità genitoriale può essere ostativa all'adozione .

L'adottato mantiene tutti i diritti e doveri verso la famiglia d'origine in quanto il rapporto adottivo rimane circoscritto all'adottante e all'adottato non estendendosi alle rispettive famiglie.

Solo l'adottato acquista diritti ereditari ed esclusivamente nei confronti dell'adottante ; il minore sarà assoggettato alla responsabilità del genitore o genitori adottivi, assume il cognome dell'adottante antepoendolo al proprio e , se straniero, la cittadinanza italiana.

Se cessa l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dell'adottante, può comunque riprendere, a determinate condizioni, l'esercizio da parte dei genitori (art 50)

Il caso in esame è stato inquadrato dalle ricorrenti nella fattispecie di cui all'art 44 lett d) ed anche il P.M. ha chiesto l'accoglimento del ricorso ai sensi di tale norma .

Si tratta quindi di valutare , innanzitutto, se la fattispecie possa rientrare nella ipotesi di legge che prevede la possibilità di adozione *quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo* .

Occorre dare atto di una situazione di fatto incontestabile: nel caso di specie, come del resto in tutti i casi presi in considerazione da pronunce che hanno ammesso l' adozione ex art 44 lett d) in ipotesi analoghe, vi è la presenza di un genitore che esercita adeguatamente la responsabilità genitoriale e l'adozione è chiesta dal convivente (in questo caso le conviventi rispetto alle rispettive figlie).

Sul punto si può richiamare il contenuto del ricorso, la relazione della ATS ed anche la estesa documentazione prodotta relativa all'andamento del percorso scolastico, le cure mediche, i rapporti con la famiglia allargata etc .

Ne consegue che non può, nel caso di specie, riconoscersi alcuno stato di abbandono materiale o morale delle minori che anzi godono certamente, per quanto attiene ad accudimento, educazione ed affetto , di particolare attenzione da parte sia delle madri biologiche che delle rispettive compagne. Non si è entrati nel merito di eventuali problematiche psico- evolutive in relazione alle figure genitoriali in quanto si ritiene di dover evidenziare, in primo luogo, la mancanza dei presupposti di fatto che consentono il ricorso alla adozione di cui alla lett d) .

L'art 44 lett d) e il presupposto relativo alla 'constatata impossibilità di affidamento preadottivo'

Questa premessa rileva perché in ordine alla interpretazione della dizione indicata dalla legge '*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*' si sono sviluppati recenti orientamenti giurisprudenziali che hanno esteso la fattispecie a tutti i casi in cui sia di fatto o anche '*giuridicamente*' impossibile pronunciare una dichiarazione di adottabilità per mancanza dei presupposti di cui all'art 7 L 184/83 (stato di abbandono del minore) sempre- ovviamente- che l' '*adozione ex art 44 lett d)* corrisponda al concreto interesse del minore.

L'orientamento tradizionale ha sempre ritenuto che il termine '*impossibilità di affidamento preadottivo*' debba essere considerato come una constatata impossibilità di fatto di procedere alla adozione legittimante ritenendo che la fattispecie riguardi solo i casi in cui sussista una effettiva situazione di abbandono (seguita, per taluni interpreti, anche dalla espressa dichiarazione di adottabilità) e non sia stato possibile di fatto collocare il minore ad es. per l' età già adolescenziale , per caratteristiche personologiche e/ o psicologiche '*difficili*' etc , che non hanno consentito il reperimento di una famiglia disponibile ad accoglierlo.

A sostegno di tale interpretazione sono generalmente riportate le seguenti argomentazioni di fondo:

- a) tassatività delle ipotesi di cui all'art 44 che sono quindi di stretta interpretazione;
- b) utilizzo della espressione '*constatata impossibilità*' che richiama la verifica di una situazione di fatto preesistente e che dunque dovrebbe ricollegarsi ad un effettivo accertamento, appunto in fatto, di una situazione che non ha consentito, nonostante la sussistenza di una situazione di abbandono, il ricorso alla adozione legittimante;
- c) la '*ratio*' della legge: l'adozione legittimante costituirebbe sempre il canale preferenziale per il collocamento del minore in stato di abbandono perché idonea ad offrirgli maggiori garanzie; il legislatore inoltre ha voluto evitare prassi di affidamento a terzi mediante l'

elusione delle norme che comportano, invece, la necessaria verifica, da parte dell'autorità giurisdizionale e dei servizi preposti, della idoneità della coppia adottiva.

- d) Il legislatore avrebbe consentito la 'ratifica' di situazioni di fatto preesistenti solo in limitati casi; in particolare, per quanto attiene alla lett d) nel caso in cui pur sussistendo sostanzialmente una situazione di abbandono, il minore risulti inserito in un contesto di legami a lui favorevole e, contestualmente, non sarebbe verosimilmente concretizzabile, per la difficile situazione, un percorso adottivo attraverso l'adozione legittimante;
- e) sotto questo profilo l'intero istituto dell'adozione ex art 44 è stato inquadrato, quindi, nel contesto complessivo della disciplina di cui alla L.184/83, accanto all'adozione legittimante, in quanto diretto a consentire l'acquisizione di uno 'status' di figlio in ipotesi specifiche quando il minore sia già inserito in un contesto affettivo solido che è opportuno mantenere ovvero per l'opportunità di mantenere i legami con la famiglia d'origine e sempre in relazione alla specificità delle situazioni considerate

Secondo un diverso orientamento cd. 'estensivo' l'originaria impostazione del legislatore effettivamente mirava alle finalità sopra accennate; tuttavia l'evoluzione dei costumi e delle diverse forme dei legami affettivi significativi avrebbe ampliato la portata della norma (art 44 lett d) considerata di valore 'residuale' giacché il principio fondamentale cui ispirarsi dovrebbe, comunque, considerarsi sempre 'il preminente interesse del minore nel caso concreto'.

L'*impossibilità di affidamento preadottivo*, potrebbe, dunque, essere valutata non solo come impossibilità di fatto, che consente di realizzare l'interesse preminente di minori in stato di abbandono ma non collocabili in affidamento preadottivo, ma anche in ipotesi di impossibilità 'di diritto' ad accedere alla adozione legittimante.

Questa soluzione permetterebbe di tutelare il preminente interesse del minore a permanere in un contesto adeguato, secondo una valutazione da effettuare di caso in caso, in concreto e in relazione alle sue esigenze di crescita ed allo sviluppo della sua personalità e sempre che l'adozione corrisponda, quindi, al suo superiore interesse; ad es. nel caso appunto di ricorso avanzato dal convivente non coniugato per l'adozione del figlio biologico del partner al quale sia legato da stabile legame e sussistano esigenze di tutela tali da consigliare l'adozione, dovendosi esimere il Tribunale da qualsiasi valutazione circa la libera ed insindacabile scelta dei ricorrenti di non coniugarsi.

Sarebbe paradossale, secondo questa impostazione, consentire l'adozione da parte del coniuge del figlio biologico dell'altro coniuge pur dopo la separazione legale o il decesso del coniuge stesso, come affermato in dottrina e giurisprudenza, e non consentirla al convivente che mantenga stabile rapporto di convivenza con il genitore del minore. (in merito vedi Tribunale per i Minorenni Milano 28.3.2007 nr 626 e Corte d'Appello Firenze Sez. Minori 4.10.2012 nr 1724 richiamate in relazione alla specifica fattispecie in esame anche da Tribunale Roma 30.6.2014 nr 429/14, definitivamente confermata anche da Corte Cassazione 26.5.2016 nr 12692)

Le ragioni poste alla base di questo orientamento, approfondite dal Tribunale di Roma nella sentenza 30.6.2014 -che riguardava la richiesta di adozione del partner omosessuale del figlio biologico della compagna (caso analogo a quello in esame) - si sostanziano, quindi, nelle seguenti argomentazioni (richiamate anche dal P.M. nell'esteso parere):

- a) non è ravvisabile nel nostro ordinamento, diversamente dall'adozione legittimante, il divieto per la persona singola di adottare ai sensi dell'art 44 c. 1 lett d) della legge 184/83
- b) con la menzionata disposizione il legislatore ha inteso favorire il consolidamento di rapporti tra minore e parenti o persone che già se ne prendono cura, prevedendo un modello adottivo con effetti più limitati rispetto a quelli di cui all'art 8 184/83;
- c) la 'ratio legis' deve essere individuata nella verifica della realizzazione dell'interesse del minore da intendersi come limite invalicabile e chiave interpretativa dell'istituto;

- d) sussistenza nel caso concreto (identico a quello in esame nel presente procedimento) di un concreto interesse del minore per la presenza di un legame con persona perfettamente in grado di occuparsene per il perdurante rapporto affettivo e di convivenza;
- e) per quanto attiene , poi, alla richiesta di adozione da partner omosessuale è stata sottolineata l' insussistenza di ostacoli normativi relativi all' orientamento sessuale della coppia; il superamento della distinzione tra coppia unita in matrimonio e coppia di fatto sarebbe già avvenuto nell'ordinamento giuridico nel suo complesso sia nel contesto costituzionale che comunitario ; quindi in caso di esito positivo delle indagini ai sensi dell'art 57 che consentono di rilevare la piena rispondenza dell'adozione al preminente interesse del minore tale pronuncia potrebbe rientrare nella ipotesi di cui all'art 44 lett d)

La tesi sviluppata dalle sentenze in esame è stata confermata, come accennato, anche da Cass. Civile 26.5.2016 (dep 22.6.2016) sez I nr 12962 che ,confermando quanto statuito da Tribunale Roma 30.6.2014 (e dalla successiva pronuncia della Corte d' Appello) ha accolto l' interpretazione suddetta, per cui il presupposto della ' constatata impossibilità di affidamento preadottivo' possa intendersi esteso anche alla c.d 'impossibilità di diritto' proprio così da comprendere anche minori non in stato di abbandono, ma relativamente ai quali nasca l'interesse concreto al riconoscimento di un rapporto di genitorialità.

Si ritiene che questa interpretazione non corrisponda alla lettera della norma né alla ratio dell'istituto.

Come evidenziato anche dalla Suprema Corte nella sentenza 26.5.2016, l'impianto dell'istituto deve essere sicuramente valutato muovendo dal quadro normativo costituito dalla legge 183 / 84 interpretato alla luce dei successivi interventi in materia di filiazione, dal quadro costituzionale e dalla normativa convenzionale più volte richiamata nelle recenti pronunce c.d 'estensive' e ciò al fine di verificare se la 'ratio' originaria sia rimasta intatta, ovvero sia mutata in conseguenza dell'evoluzione delle norme in esame.

L'interpretazione c.d. 'estensiva' parte dalla considerazione per cui l'art 44 primo comma non richiede l' accertamento di una situazione di abbandono (art 8 c 1 l 184/83) che non costituisce, differentemente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari, e tale prescrizione di carattere generale si applica a tutte le ipotesi previste dalle lett a) b) c) e d) dello stesso articolo il quale stabilisce appunto i minori possono essere adottati *anche quando non ricorrono le condizioni di cui al c 1 dell'art 7.*

Nel contesto della disciplina dell'adozione l'art 44 è destinato ad affrontare situazioni peculiari che, non potendo essere risolte nell'ambito dell'adozione legittimante, devono essere valutate in concreto nell'interesse del minore.

In base a queste considerazioni sia i giudici di merito che la Corte di Cassazione traggono la conclusione che , per farsi luogo all'adozione ex art 44 lett d) non sia indispensabile la precedente situazione di abbandono , così come non lo è previsto per le altre ipotesi di cui all'art 44.

Sul punto tali pronunce rilevano che tale interpretazione avrebbe già trovato avallo ermeneutico nella giurisprudenza costituzionale.

Il Tribunale di Roma ha valorizzato innanzitutto la sent 198/1986 ove la Corte ha chiarito che dal criterio dell' 'adeguatezza in concreto' all'interesse del minore discende 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 positiva tutela i rapporti creatisi nel tempo tra il minore e gli affidatari...nell' interesse esclusivo del minore, consentendo quindi al giudice di abbandonare soluzioni rigide prevedendo che la valutazione sia fatta in concreto.*



Si tratta di una pronuncia che valuta un caso del tutto particolare in cui era stata chiesta ai sensi dell'art 79 L 184/83 l'estensione degli effetti della nuova disciplina anche al figlio di genitori coniugati al tempo dell'adozione (1971) ma poi divorziati e non più coniugati al momento della entrata in vigore della nuova legge.

In tal caso la Corte aveva parificato tale ipotesi a quella prevista dall'art 25 L 184/83 (separazione intervenuta nel corso dell'affidamento preadottivo) valorizzando appunto il rapporto di fatto instauratosi nel tempo con entrambi i genitori adottivi.

A parte il richiamo al principio generale del 'supremo interesse del minore' ed alla valorizzazione in generale dei legami di fatto instaurati dal minore ,il caso sottoposto al vaglio della Corte in questo caso, non pare inerente alle situazioni di cui l'art 44 .

Una ulteriore e più decisiva conferma sarebbe ricavabile dalla sentenza della Corte Costituzionale nr 383/1999 .

La Corte aveva deciso in merito alla rilevata incostituzionalità sollevata dal Tribunale per i Minorenni di Ancona dell' art 44 lett a) e c) (si noti ora lett d perché la lettera c) attualmente riguarda i minori in condizioni di disabilità) nella parte in cui non consente l'adozione di minori ai parenti entro il quarto grado (attualmente la legge prevede anche fino al sesto) che abbiano mantenuto con loro significativi rapporti ed i cui genitori siano stati dichiarati decaduti dalla potestà (ora responsabilità) genitoriale.

Analogamente il Tribunale per i Minorenni di Roma aveva sollevato identica eccezione di incostituzionalità della lett c) nella parte in cui subordina alla 'constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo' l'adozione di minori da parenti entro il quarto grado (zio materno e sua moglie in un caso, nell'altro caso zia paterna e suo marito) ai quali erano stati affidati fin dalla tenera età a seguito della dichiarazione di decadenza dei genitori, ovvero in caso in cui il minore fosse orfano di un solo genitore e vi fosse il consenso del genitore superstite.

I giudici remittenti rilevavano disparità di trattamento ex art 3 Cost. (il solo Tribunale di Ancona anche per contrasto con l'art 30) tra il minore orfano adottabile ex art 44 lett a) dai parenti entro il quarto grado (attualmente anche fino al sesto) e quello del minore affidato a parenti entro il quarto grado in cui i genitori risultavano ancora in vita pur se decaduti, ovvero con il consenso del genitore superstite e quindi regolata dalla lett c) (ora lett d) laddove però il minore non si trovava 'tecnicamente' in stato di abbandono, in quanto assistito dai parenti.

In entrambi i casi i minori erano assistiti da parenti; tuttavia il minore orfano poteva essere adottato ex art 44 lett a) mentre il minore nelle condizioni sopraccennate non avrebbe potuto essere adottato pur in analoga condizione perché non era nella condizione di abbandono di cui all'art 7, e non rientrando nell'ipotesi della lett a) non riceveva analoga tutela potendo essere cresciuto ed accudito dai parenti, ma non adottato.

L' art 44 lett c) (ora lett d) presupponeva, infatti, 'l' impossibilità di affidamento preadottivo' e quindi uno stato di abbandono *e uno stato di adottabilità già dichiarato* mentre nel caso concreto non sussistevano le condizioni appunto essendo da un lato presenti parenti entro il quarto grado , d'altro lato, il caso non rientrava nella ipotesi di cui alla lett a) perché i minori non erano orfani di entrambi i genitori. Veniva quindi denunciata la disparità di trattamento di due situazioni sostanzialmente identiche.

La Corte ha ritenuto che tale interpretazione non fosse coerente con la ratio dell' art 44 offrendo una possibilità interpretativa della norma che non comportava una disparità di trattamento .

Pare importante riportare testualmente :

"L'art 44 si sostanzia in un clausola residuale per casi *speciali* non inquadrabili nella disciplina della adozione legittimante, consentendo comunque l'adozione *'anche quando non ricorrono le condizioni dell'art 7'* .



In questa valvola di apertura la lettera c) (ora lett d)) fornisce una ulteriore 'valvola' per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lett a e b)".

"L'adozione ex art 44 -continua la Corte - *non recide i legami con la famiglia d'origine*, ma offre al minore la possibilità di *rimanere nella famiglia che lo ha accolto*, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno occupando effettivamente di lui; ; parenti o persone con cui hanno rapporti stabili e duraturi *preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge* del genitore.

"Le ordinanze di remissione- rilevavano i giudici della Consulta- ritengono di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla 'constatata impossibilità di affidamento preadottivo' il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lett c) (ora d) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento".

"In realtà -prosegue la Corte- *l'art 44 è tutto retto dall'assenza di condizioni 'previste dal primo comma del precedente art 7 della medesima legge 184 ; pertanto gli stessi principi relativi alle prime di ipotesi dell'art 44 valgono anche per la lett c)*

Sarebbe assurdo, quindi, secondo i giudici della Consulta, che dalla disciplina impugnata discenda l'impossibilità di far luogo all'adozione in casi particolari da parte di parenti che già si prendono cura del minore e l'interpretazione sistematica della lett c (ora d) non consente tale conclusione.

Infatti qualora vi siano parenti entro il quarto grado , i quali prestino al minore l'assistenza morale e materiale *che i genitori non sono più in grado di offrire*, la legge, *in mancanza di presupposto dell'abbandono non esige la dichiarazione dello stato di adottabilità*; si realizza uno dei casi in cui esistendo già un nucleo con vincoli di parentela disposto ad accogliere stabilmente il minore per fornirgli ambiente adatto alla sua crescita, -" non è necessario tentare di trovarne e altri, né si deve formalmente constatare l'impossibilità di un affidamento diverso da quello già in atto."

La Corte specificava che una ulteriore conferma della adottabilità dei minori ex art 44 anche quando non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili si trae dal disposto del primo comma del precedente art 11 il quale stabilisce che ' quando risultano deceduti i genitori del minore *non risultano esistenti parenti entro il quarto grado* il Tribunale provvede alla dichiarazione di adottabilità, salvo che esistano domande di adozione ex art 44.

E' evidente, secondo la Corte, che nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti che già si prendono cura di lui, prevedendo possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella ' legittimante' ma con presupposti necessariamente meno rigorosi, di quest'ultima.

Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame; e cioè l'effettiva realizzazione dell'interesse del minore.

Conclude infatti la Corte: ' *l'art 44 lett c) non esige la dichiarazione dello stato di adottabilità e che sia concretamente tentato l'esperimento dell'affidamento preadottivo e ne sia constatata l'impossibilità quando il minore sia chiesto in adozione da parenti entro il quarto grado (e quindi non sia dichiarabile l'adozione) idonei a fornirgli l'assistenza morale e materiale di cui ha bisogno*. In questo caso rimaneva superato, quindi, anche il profilo di illegittimità costituzionale della lett a)

Appare evidente ,tuttavia, che tale pronuncia non ha genericamente esteso l'adozione di cui all'art 44 lett d) a *tutti i* casi in cui non è esperibile l'adozione legittimante .Non si comprende in tal caso perché il legislatore avrebbe indicato casi specifici e numerati. (la stessa Corte si riferisce alle ipotesi contemplate nell'art 44 come casi ' speciali').

La Corte Costituzionale aveva evidenziato un altro principio e cioè che in tutte le specifiche ipotesi dell' art 44 potrebbero non sussistere i presupposti dell'adozione legittimante ex art 7 , per motivi diversi, e tale principio vale sia per le prime due ipotesi ma anche per la fattispecie di cui alla lett c) (ora lett d) .

Ciò non significa che i presupposti previsti per una fattispecie siano identici alle altre ; le casistiche, specificamente previste, sono unificate solo dall'assenza dei presupposti dell'adozione legittimante di cui all'art 7 che in ogni fattispecie, però, sono diversi.

Se si prende in considerazione proprio la lett a) si comprende, a parere del Tribunale, il significato della pronuncia della Corte.

Nel caso di cui alla lettera a) ad es vi può essere una vera e propria situazione di abbandono come prevista dall' art 7 per la mancanza di genitori e parenti tenuti a provvedervi, ma il legislatore ha salvaguardato la possibilità di consentire l' adozione - se richiesta da parente entro il sesto grado (quindi in contesto di parentela più ampio di quello indicato dall'art 8) oppure parente single (non legittimato ad accedere all'adozione legittimante) ovvero in caso di rapporti preesistenti di affido; il legislatore ha voluto consentire un percorso adottivo che preservi la continuità di legami con famiglia di origine, percorso che ha ritenuto, in un bilanciamento di valutazioni, potrebbe corrispondere maggiormente all'interesse del minore rispetto all'adozione legittimante da parte di una coppia estranea alla famiglia d'origine.

Tale situazione può quindi verificarsi nel caso in cui sussista uno stato di abbandono ex art 7 ad es quando genitori siano deceduti e manchino parenti entro il quarto grado: in tal caso potrebbe procedersi alla dichiarazione di adottabilità, ma se vi sono le richieste come sopra ipotizzate può farsi luogo all'adozione ex art 44 lett a) ; ma può verificarsi anche nel caso in cui non sussistano le condizioni di cui all'art 7 (minore orfano e presenza di parenti entro il quarto grado, in quanto in tal caso non si procede alla dichiarazione di adottabilità, ed i parenti non solo possono accudire il nipote, ma anche adottarlo ai sensi dell'art 44) così come del resto richiamato anche dall'art 11.

La lett a) è stata attualmente ampliata prevedendo la possibilità di adozione ex art 44 del minore orfano anche da parte di persone unite da vincolo stabile e duraturo derivante da un prolungato periodo di affidamento e quindi sia nell'ipotesi che esistano parenti in grado di accudirlo, ma si reputi più conveniente per il minore l'acquisizione di uno 'status filiationis' da parte della famiglia affidataria, sia in mancanza di tale legame parentale e quindi in situazioni di abbandono che potrebbero in linea astratta giustificare anche l'adozione legittimante .

Parimenti nel caso di cui alla lett d) potrebbe sussistere una situazione di abbandono ex art 7 , essere stata dichiarata la adottabilità, ma essere stato inutilmente esperito il tentativo di trovare una coppia idonea senza esito e a questo punto il legislatore ha ritenuto opportuno consentire l'adozione a chi si è già occupato del minore. .

Come nella ipotesi considerata dalla Corte Costituzionale , proprio per la premessa contenuta nell'art 44, potrebbe anche non sussistere una situazione di abbandono nel senso indicato dall'art 7 quando ad es il minore fosse privo per motivi diversi da quelli indicati dalla lett a) di figure genitoriali idonee (genitori decaduti dalla responsabilità genitoriale , orfano di un solo genitore e l'altro decaduto o aderente all'istanza di adozione) ma accudito da parenti entro il quarto grado che ben potrebbero adottarlo ex art 44 lett d) senza che vi sia necessità di dichiarare l'adottabilità e esperire un tentativo di affidamento preadottivo.

Occorre conseguentemente condividere la conclusione per cui l' ipotesi di cui alla lett c) (ora lett d) si riferisce a casi che non richiedano necessariamente la dichiarazione di adottabilità o l' esperimento dell'affidamento preadottivo di cui all'art 7, nel senso chiarito dalla Corte .

E' importante però evidenziare che anche i casi considerati dalla Corte Costituzionale riguardano sempre situazioni in cui il minore è *sostanzialmente privo di un contesto genitoriale idoneo* a sostenere la sua crescita, benchè inserito in un contesto di legami parentali od affettivi che vengono preferiti come aspiranti genitori adottivi rispetto alla coppia scelta dal Tribunale .

Tale conclusione appare conforme al preciso dettato costituzionale che prevede all'art 30 c.2 che ' nei casi di *incapacità dei genitori* , la legge provvede a che siano assolti i loro compiti'.

Sotto altro profilo occorre evidenziare anche l'importanza di un secondo orientamento della giurisprudenza di merito che ha esteso l'ipotesi di cui all'art 44 lett d) alle c.d. ipotesi di *semiabbandono permanente* (in particolare vedi Tribunale Bari sent. 7.5.2008) cioè in tutte

quelle ipotesi in cui la famiglia del minore risulti *sostanzialmente insufficiente a garantire i suoi bisogni*, pur mantenendo un ruolo affettivo che non è opportuno cancellare definitivamente. Nello stesso tempo, però, non vi è alcuna ragionevole possibilità di prevedere un miglioramento delle capacità della famiglia, tale da renderla idonea a svolgere il suo compito educativo in modo sufficiente, anche con il sostegno dei Servizi Sociali. In tutti questi casi, non potendosi pronunciare, in difetto di situazione di abbandono morale e materiale del minore, la dichiarazione di adottabilità, si potrà far luogo ad una adozione definita 'mite' ai sensi dell'art 44 lett d) che non recide appunto i legami con la famiglia d'origine.

Questo indirizzo giurisprudenziale (si vuole prescindere in questa sede da una valutazione di merito) ha inteso salvaguardare situazioni non definibili facilmente sul piano sociale che da un lato chiedevano un inquadramento giuridico a tutela del minore ma che, dall'altro, esigevano una più profonda valutazione dei rapporti del minore con la famiglia d'origine, quando lo stesso risultava aver sviluppato vincoli affettivi ed identitari con la famiglia affidataria o una singola persona.

Si riportano i passi ritenuti significativi, sul punto, contenuti nella pronuncia:

“La giurisprudenza ha da tempo affermato il principio che per far luogo all'adozione ex art 44 lett d) non è necessario che vi sia stata una dichiarazione di adottabilità del minore *se sussistano i requisiti essenziali del suo abbandono*

La disposizione della lett d) dell'art 44 (che recita ‘ quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo) *va coordinata con la prima fase dell'art 44 c.1* secondo cui i minori possono essere adottati, anche quando non ricorrono le condizioni di cui al c1 dell'art 7 e cioè quando non vi è una situazione di abbandono tale che comporti la dichiarazione dello stato di adottabilità

La disposizione dell'art 44 lett d) va poi coordinata con quelle degli artt 45 e 46 della stessa legge in base alle quali in questa, come in tutte le ipotesi dell'art 44 non si esige il presupposto dell'abbandono morale o materiale, ma il consenso dei genitori o del tutore all'adozione, ovvero la mancanza di esercizio della responsabilità genitoriale.

In sostanza l'art 44 non è applicabile solo nei casi di minori adottabili per il quale non è stato possibile di fatto addivenire all'adozione legittimante ma anche appunto (in un contesto più ampio) nei casi definiti secondo una espressione ormai divenuta usuale di ‘ *semi-abbandono permanente*.’”

Occorre rilevare che questo orientamento aveva sollevato discussioni proprio per la parificazione della situazione di ‘abbandono’ a quella di ‘semi-abbandono’ e quindi relativamente alla preoccupazione di ratificare situazioni di affido protrattisi nel tempo con ripercussioni circa la scelta stessa della famiglia, il rapporto con la famiglia di origine, il problema della ‘ doppia identità ‘ familiare del minore et.

Ma, prescindendo anche dal merito di tali problematiche, vale la pena sottolineare che anche questo orientamento si era mosso nella prospettiva di valutare la mancanza delle condizioni di cui all'art 7 in termini diversi da quelli prospettati dalla cd ‘impossibilità giuridica’ e sempre in relazione ad una sostanziale abdicazione dall'esercizio di una sufficiente responsabilità genitoriale e comunque ha dato luogo all'adozione da parte della coppia di affidatari coniugati.

In sostanza deve ritenersi che le ipotesi di adozione ex art 44 lett a) c) e d) si riferiscano tutte a situazioni che hanno alla base situazioni di abbandono o di grave carenza delle figure genitoriali che determinano il grave rischio per il minore di non poter essere inserito in un contesto ove possa legarsi con soggetti idonei a sopperire a tale mancanza e porsi come figure genitoriali sostitutive. Tale situazione era proprio quella individuata nei lavori preparatori della legge ove si pensava a ‘ situazioni di fatto’ ai c.d. ‘ bambini di difficile collocazione (vedi lavori preparatori Camera dei deputati VIII legislatura) ove peraltro si era sottolineata l'assoluta priorità di evitare ratifiche di situazione di fatto determinate da un preteso ‘ diritto alla genitorialità ‘ rappresentando come tutto l'istituto dell'adozione (particolarmente studiato ed approfondito rispetto a moltissimi Paesi europei ed extraeuropei) era volto a garantire la massima tutela al minore e non le aspettative degli

adulti, certamente comprensibili, ma che mai potevano prevalere rispetto all'interesse di chi si trovava in una situazione di mancanza di tutela .

La Corte di Cassazione (Sez 1 22292 del 27.9.2013) aveva , peraltro, ancor più rigorosamente delimitato l'estensione dell'art 44 lett d) proprio in una ipotesi in cui una minore era stata dichiarata adottabile dopo un lungo periodo di permanenza presso una famiglia affidataria che ne aveva chiesto l'adozione ex art 44 lett d) . La Corte di Cassazione ,dando atto che si era concluso , dopo un apprezzabile 'iter procedimentale' il procedimento ex art 8 e 10 L 184 del 1983 con la dichiarazione di adottabilità, ha ritenuto ne derivasse l'inammissibilità della domanda ex art 44 lett d) che presupponeva l'impossibilità di affidamento preadottivo.

Si tratta evidentemente di una ipotesi diversa e non assimilabile a quelle oggetto di disamina.

Tuttavia in questa sentenza la Corte di Cassazione aveva espressamente indicato che le ipotesi di cui all' art 44 erano *ipotesi tassative* (e non semplicemente indicative) e quindi non suscettibili di interpretazione estensiva o analogica.

'..per un verso deve condividersi l'opinione secondo cui la norma contenuta nell'art 44 individua ipotesi tassative e si stretta interpretazione e quindi ...' pare contrario alla ratio legis' dilatare la nozione di impossibilità di affidamento pre- adottivo ricomprendendovi non solo l'ipotesi del mancato reperimento o del rifiuto di aspiranti all' adozione legittimante, ma anche ipotesi in contrasto con l'interesse del minore in quanto (quest'ultimo) criterio guida di tutta la normativa sull'adozione .

Certamente questa pronuncia ha preso atto delle problematiche derivanti dalla prolungata permanenza presso famiglie o casa-famiglia, ma sostanzialmente ribadendo che tali problematiche non avrebbero potuto sovvertire la legislazione vigente. Si richiama la pronuncia per ribadire come un orientamento 'estensivo' non risulti in verità radicato nella giurisprudenza di merito o di legittimità.

Infine occorre anche evidenziare come il termine 'impossibilità' giuridica' si riveli molto generico e suscettibile di applicazione indiscriminata a tutti i casi di impossibilità ad accedere all'adozione legittimante.

Per quanto attiene alla ipotesi di cui alla lett b) dell' 44 , la stessa presuppone proprio una assenza di stato di abbandono o semi abbandono , ed anzi, presuppone la presenza di un genitore biologico idoneo ad esercitare la responsabilità genitoriale e l' eventuale mancanza ,ovvero l'incapacità di esercitare la responsabilità genitoriale da parte dell' altro (per vari motivi: morte, decadenza , mancato riconoscimento ovvero in forza del suo assenso anche se non decaduto, quando ad es le circostanze della vita hanno determinato la sua estraneità al nucleo familiare, per lontananza etc, anche se in quest'ultimo caso è quasi sempre richiesta un previa pronuncia di decadenza).

In questo caso l'assenza di presupposti di cui all' art 7 attiene proprio alla presenza di un genitore che esercita la responsabilità: la 'ratio'della richiesta di adozione si poggia, rispetto a quella delle altre ipotesi esaminate, all'esigenza di riconoscere e garantire l' unità familiare nella quale il minore sta crescendo identificando, in genere dopo una apprezzabile convivenza, nel coniuge del genitore naturale un legame genitoriale .

Ma l'art 44 lett b) prevede anche che l'altro genitore, per motivi diversi (morte decadenza, lontananza etc di cui si è detto) sia sostanzialmente assente dalla vita del minore come figura genitoriale pur garantendo il legame del minore con la sua famiglia d'origine.

Non è un caso che l'art 57 preveda proprio l'assenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale . L'art 48 dispone che la responsabilità genitoriale sia esercitata dall'adottante e se gli adottanti sono coniugati, da entrambi. Non si configurano, infatti, due forme concorrenti di genitorialità. (sul punto vedi Cassaz Civ, sez 1 8.5.2002 nr 6633: la Suprema Corte ha rigettato il ricorso avverso la sentenza che aveva ritenuto che l'esistenza di un forte legame affettivo del minore con il proprio padre – il quale peraltro aveva negato l'assenso all'adozione ex art 46 L

184/83 – fosse ostativo all'adozione dovendosi evitare alla luce dell'interesse del minore stesso 'il sovrapporsi di due figure paterne').

Ulteriori elementi ricavabili dal contesto normativo in cui è inserito l'art 44 confermano senza dubbio questa interpretazione .

Il successivo art 57 prevede, infatti, che il Tribunale per i Minorenni , per ogni ipotesi di adozione non legittimante , oltre alla acquisizione dell'assenso del genitore dell'adottando (art 46 primo comma citato) è tenuto a verificare

- 1) *se ricorrono le circostanze di cui all'art 44 ;*
- 2) *se l'adozione realizza il preminente interesse del minore ..ed a tal fine sente i genitori, dispone l'esecuzione di adeguate indagini, etc.*

La legge prevede quindi due condizioni; l'esistenza delle circostanze previste e la verifica del preminente interesse del minore a vedere dichiarata l'adozione.

Anche sotto questo profilo la norma sarebbe veramente pleonastica se l'unica valutazione dovesse ritenersi quella , in concreto , di una verifica dell'interesse del minore ,

Concludendo deve ritenersi che il riferimento all'art 7 significa solo che l'adozione si può pronunciare anche in casi in cui non sussistano le condizioni di abbandono previste dall'art 8 (come ad es nella lett b) ovvero in altri casi peculiari in cui il legislatore ha ritenuto che, pur sussistendo la situazione di abbandono (nella specificità sopra chiarita) , per la peculiarità della situazione non sia opportuno precedere all'adozione legittimante al fine di favorire il permanere del minore in un contesto familiare che sia però sostitutivo della famiglia d'origine proprio per garantirgli i due ' genitori ' che altrimenti non avrebbe.

Poiché la fattispecie di diritto deve disciplinare le situazioni di fatto che ad essa sono riconducibili non vi è dubbio che il caso di specie si configuri in realtà come un caso di adozione ex art lett b) in cui manca il presupposto per legge imprescindibile del rapporto di coniugio tra il ricorrente ed il genitore biologico del minore.

Per superare tale ostacolo non è possibile accedere ad una interpretazione della lett d) estendendo la possibilità dell'adozione relativa ai casi di impossibilità di affidamento preadottivo ad ogni ipotesi di impossibilità 'anche giuridica' di ricorrere alla adozione legittimante e quindi alla sola valutazione dell'interesse del minore.

Anche sotto questo profilo non si comprenderebbe la 'ratio' di un' esclusione evidentemente voluta dal legislatore che espressamente usa il termine ' coniuge ' (termine non diversamente interpretabile) se tale possibilità fosse di fatto riconducibile ad altre ipotesi di adozione contemplate nell'ambito dell'art 44 tenuto conto che tutte le ipotesi di adozione presuppongono il vaglio dell'interesse del minore.

L'art 44 lett b) è inserito in quadro normativo che non consente l'estensione al convivente (ipotesi, infatti, neppure adottata dalle sentenze che hanno dato luogo , nei casi analoghi a quello in esame , all'adozione ex art 44 lett, d) .

Sotto questo profilo, peraltro, la questione attinente alla discriminazione tra coppie eterosessuali e omosessuali affrontata nella giurisprudenza citata non pare rilevante perché assorbita dalla mancanza , in entrambi i casi, dei presupposti per far luogo all'adozione ex art 44 lett d) .

L'art 44 lett b)

Pare opportuno, comunque , brevemente richiamare i principi relativi all' evoluzione legislativa e giurisprudenziale anche in relazione all' art 44 lett b) perchè dagli stessi si trae una conferma della coerente disciplina del legislatore delle diverse ipotesi riconducibili alle lett b) e d) e nell'ottica di valutare anche un possibile e diverso inquadramento della fattispecie in esame,

Nel nostro ordinamento esistono due istituti giuridici che interessano la materia, quello del matrimonio e quello della filiazione.

La riforma della filiazione introdotta con D. lvo 28. 12.2013 nr 154 è stata informata ad una precisa scelta di separare la disciplina dello 'status familiae' e dello 'status filiationis', pur riconoscendo che la personalità di un soggetto si sviluppa comunque nel contesto dei legami anche familiari.

L'art 315 c.c. sancisce ora l'uguaglianza tra i figli nati fuori dal matrimonio e quelli nati all'interno del matrimonio.

E' stato introdotto il principio della 'unicità' dello stato di 'figlio' anche adottivo tramite l'eliminazione dei riferimenti presenti nelle norme ai figli 'legittimi' ed ai figli 'naturali' introducendo il principio per cui la filiazione fuori dal matrimonio produce effetti successori nei confronti di tutti i parenti e non solo con i genitori.

L'art 315 bis c.c. afferma e riconosce i diritti fondamentali del minore come persona, ed anche l'art 29 e art 2 della Costituzione sono letti in prospettiva di tutela della famiglia in funzione della persona.

Per quanto attiene alla convivenza/ rapporti di fatto tra partner fuori dal matrimonio è dato acquisito che nella società sono sempre più frequenti convivenze o rapporti di fatto che, qualora assumano stabilità affettiva ed esprimano un profondo vincolo di solidarietà materiale e morale, possono porsi come situazioni che richiedano tutela giuridica, generalmente riconosciuta nel contesto di cui all'art 2 Cost.

Si è dato atto che la convivenza è per sua natura difficilmente inquadrabile in una disciplina giuridica che ne individui reciproci diritti e doveri ed assimilabile al matrimonio, anche perché in tal senso è sempre stata valutata come una libera scelta della persona di non unirsi in un vincolo istituzionalizzato.

La comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari di queste relazioni che possano presentare analogie con il matrimonio è stata operata, ai fini di un controllo di ragionevolezza, con riferimento all'art 3 Costituzione, potendo accadere che, in ipotesi particolari, si sia reso necessario un trattamento omogeneo.

Anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha progressivamente accentuato il valore di tutela dell'art 8 della Convenzione rispetto alle coppie di fatto (anche omosessuali) sotto il profilo del rispetto della vita familiare (non solo della vita privata) nella maggior parte dei casi letto congiuntamente all'art 14 (divieto di discriminazione).

Nella nostra legislazione si possono facilmente individuare interventi legislativi e giurisprudenziali che hanno ampliato quindi la tutela della persone conviventi sotto vari profili (es assistenza medica, assegnazione di alloggi di edilizia popolare, successione nel contratto di locazione etc.).

Tuttavia diversi sono i profili che attengono al vaglio di ragionevolezza e non discriminazione per quanto attiene alla disciplina attinente al rapporto tra i coniugi o conviventi e quelli relativi al rapporto degli stessi con i figli.

Per quanto attiene al rapporto genitori -figli vengono in rilievo gli artt 30 c 1 e 30 c 3 Cost. che riguardano, rispettivamente il diritto e dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio' e il principio per cui 'la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica o sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima'.

In applicazione di detti principi erano già intervenute una serie di riforme, volte ad eliminare la disparità di trattamento tra figli legittimi e figli nati fuori dal matrimonio, prima indicati come illegittimi e poi come 'naturali' dalla riforma del 1975.

Le normative in questione erano state censurate alla luce di una pluralità di parametri costituzionali:



-in relazione all'art 2 in quanto la disciplina costituiva una palese violazione del diritto allo 'status filiationis' costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt 7 e 8 Convenzione dei diritti del fanciullo , proprio dall'art 2 Cost ;

-in relazione all'art 3 Cost. per contrasto con il principio di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali o sociali;

-con riguardo infine agli artt 30 c 1 e c 3 Cost. i quali riconoscono solo due categorie di figli, quelli nati entro e quelli nati fuori dal matrimonio, non sussistendo la possibilità di prevedere sub-distinzioni nell'ambito della seconda categoria e dovendosi assicurare agli stessi ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

Si era giunti , quindi, al riconoscimento al genitore affidatario di prole naturale il diritto alla trascrizione del titolo di assegnazione della casa familiare ovvero la possibilità di riconoscimento dei figli incestuosi rilevando che il dovere di sanzionare comportamenti riprovevoli non deve ricadere su chi li ha subiti .

Successivamente è intervenuta appunto la riforma del 2013.

Questa centralità della persona e dei diritti del minore aveva già informato la riforma dell'adozione di cui alla L 4.5.1983 nr 184 e l' ulteriore riforma introdotta con la legge 28.3. 2001 nr 149.

In questo senso la disciplina della adozione deve essere letta alla luce delle successive innovazioni legislative .

L'Art 1 L. 183/ 84 sancisce il diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia e proprio questo diritto è stato ripreso dalla riforma e inserito nell'art 315 bis c.c.

Tutta la disciplina della adozione è stata orientata ad assicurare il preminente interesse del minore.

Nei lavori preparatori si legge che la riforma voleva abbandonare una impostazione che imprimesse all'istituto la funzione preminente di assicurare una discendenza a chi non aveva figli ma fosse soprattutto orientata alla finalità di dare una famiglia a chi ne era privo.

Non è mai stato sancito un 'diritto' del genitore all'adozione e questo principio pare confermato anche dalle Convenzioni Europee in materia ed anche dalla giurisprudenza CEDU .

Molte legislazioni europee hanno espressamente riconosciuto la possibilità di accedere alla adozione legittimante o non legittimante a persone singole ed alle coppie non coniugate, come si specificherà più oltre .

Deve premettersi, comunque, che la Corte Cedu, più volte chiamata a pronunciarsi in casi simili , ha costantemente affermato che se pur sono tutelabili situazioni particolari in cui sia emersa o possa emergere una relazione di fatto suscettibile di apprezzamento, non esiste 'un diritto all'adozione' , anche perché ciò ridurrebbe , essendo il diritto una posizione azionabile, il minore ad oggetto di pretesa da parte dell'adulto in senso stretto.

Questo principio appare di rilevanza fondamentale sia per valutare il limite della discrezionalità legislativa in materia, sia come principio interpretativo.

Nell'ordinamento italiano l'adozione legittimante è prevista solo per i coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni (art 1) e solo nei casi particolari di cui all'art 44 lett a) c) e d) è estesa anche a chi non è coniugato.

Anche l'ipotesi di cui all'art 44 lett b) è sempre stata limitata all'adozione da parte del coniuge del figlio, anche adottivo dell'altro coniuge .

Occorre valutare se tale requisito attiene ad una possibile mancanza di tutela dei diritti riconosciuti alle coppie conviventi ovvero sia riconducibile ad una diversa ' ratio' intesa a tutelare (secondo la scelta del legislatore) l'interesse del minore.

La Corte Costituzionale ,con sent. nr 281/1994 , aveva dichiarato inammissibile la questione relativa alla discriminazione tra coniugi e coppie conviventi da tre anni e successivamente coniugate , precisando che non è previsto nell'ordinamento un ' diritto' all'adozione ed è riservata al legislatore la scelta della cornice giuridica di tutela pur in considerazione del fatto che la solidità della vita matrimoniale potrebbe risultare oltre che da una convivenza successiva alle nozze

protratta per tre anni, anche da lungo periodo precedente alle nozze caratterizzato da una stabile e completa comunione materiale e spirituale di vita delle coppia stessa che assuma poi con il matrimonio forza vincolante.

Ed, infatti, anche in seguito a tale pronuncia il legislatore del 2001, al fine del perfezionamento del requisito della durata dei tre anni del rapporto di coniugio (art 6 c. 4) ha considerato anche la convivenza precedente , appunto protratta per tre anni.

Pertanto la scelta, ora introdotta anche dalla legge, potrebbe cadere anche su coniugi sposati da meno di tre anni ma con una convivenza 'more uxorio' precedente alle nozze.

Ciò dimostra che il legislatore della riforma aveva ben presente situazioni di coppie conviventi che avrebbero potuto, per disponibilità personale ed adeguatezza nell'esercizio delle funzioni genitoriali, accedere all'adozione e proprio per questo ne ha favorito l'inclusione tra le coppie idonee all'adozione, chiedendo però sempre il presupposto del matrimonio ancorchè, susseguente , in un' ottica esclusivamente, quindi, di tutela giuridica del minore.

La riforma della filiazione del 2013 non ha inciso su tale requisito anche con riferimento all'art 44 lett b) e non ha esteso la possibilità di adozione da parte del convivente pur avendo sostanzialmente portato a termine il lungo percorso di equiparazione tra figli legittimi e figli nati fuori dal matrimonio.

Anche la recente legge 19.10.2015 nr 173 (modifiche alla leggr 4.5.1983 nr 184 sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e della bambine in affido familiare) ha sostanzialmente confermato questi riferimenti normativi.

L'art 5 bis ,come riformato dalla legge, prevede che qualora , durante un prolungato periodo di affidamento , il minore sia dichiarato adottabile ai sensi delle disposizioni del capo II del titolo II e qualora, sussistendo i requisiti previsti dall'art 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

La legge ha consentito questa soluzione soltanto se la coppia ha i requisiti per l'adozione , ai sensi della normativa vigente e cioè se sia una coppia coniugata da tre anni (o legata da convivenza stabile per tre anni precedenti al matrimonio).

Per quanto attiene all'art 44 la modifica ha riguardato solo la lettera a) ampliando la possibilità di adozione alle persone legate da vincoli di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo *anche maturato nell' ambito di un prolungato periodo di affidamento*, sempre quando il minore sia orfano di padre e di madre,

Non sono mutate le altre disposizioni dell'art 44 ed, in particolare, la lettera b)

Tale impostazione pare coerente , a livello sistematico, con la generale disciplina della filiazione. Infatti nel caso del figlio biologico di due persone conviventi, la situazione di fatto (cioè il fatto di essere ' genitore' di un determinato ' figlio') corrispondeva perfettamente a quella regolata dalla filiazione c.d legittima e, pertanto, una disciplina diversa rispetto al quella prevista per la filiazione legittima era stata considerata giustamente discriminatoria.

Nel caso di un rapporto tra un minore e due persone che non sono genitori biologici ovvero del rapporto di fatto tra una persona ed il figlio biologico di un'altra persona non esiste una norma che consenta direttamente la possibilità di attribuire lo 'status filiationis' .

Si tratta di un rapporto di filiazione che deve costituirsi tra un minore e soggetti che non sono a lui legati da filiazione biologica.

Pertanto il legislatore ha individuato come norma di ' sistema' quella relativa allo 'status' di coniuge al fine di giustificare la possibile attribuzione al minore di uno 'status' di figlio altrimenti priva di una norma giuridica di riferimento, ed è una scelta delle parti non accedere a tale istituto senza che possa individuarsi una carenza normativa nella tutela del minore.

La adozione è un istituto giuridico che prescinde dal dato biologico e richiede, quindi, un modello giuridico di riferimento (che invece già esiste per la filiazione biologica) per sancirne la disciplina

Per cambiare il modello di riferimento occorre inevitabilmente la scelta del legislatore perché altrimenti si opererebbe una indebita intromissione in un ambito di discrezionalità legislativa.

Il riferimento al matrimonio è il quadro normativo di tutela massima per il minore adottato tanto è vero che nelle legislazioni in cui si è ampliata la possibilità di adottare ad altre forme di convivenza nella quasi totalità dei Paesi si è cercato di individuare una disciplina delle convivenze che potesse, appunto, costituire un modello giuridico di riferimento.

Tutta la disciplina è tesa a garantire la tutela al figlio adottivo che è stato infatti parificato, ad adozione avvenuta, al figlio legittimo.

Il legislatore ha espressamente stabilito che l'adozione ex art 44 è permessa anche a chi non è coniugato nei casi di cui alla lett a) c) e d) proprio per sopperire alla mancanza o inidoneità permanente anche se non completa, della famiglia d'origine, mentre nel caso di cui all'art lett b) in presenza di un genitore idoneo non vi era motivo per discostarsi dalle norme generali disciplinanti l'adozione.

La 'ratio' delle due forme di adozione è quella di assicurare al minore una adeguata famiglia sia essa quella di origine o quella sostituiva.

Non si tratta, quindi, di affermare una presunta idoneità personale del coniuge che invece deve essere sempre verificata in concreto, perché l'idoneità dell'adottante deve essere valutata caso per caso in ogni forma di adozione.

Il fatto che esistano, in concreto, coppie conviventi concretamente più unite rispetto a 'volatili' matrimoni, pare una valutazione che non rileva per valutare la ragionevolezza della diversa disciplina giuridica volta ad individuare presupposti fondati su comune esperienza (in concreto anche un minore potrebbe essere più maturo di un maggiorenne) e che trova invece la sua ratio nella profonda delicatezza richiesta per la tutela del minore soggetto alla istanza di adozione.

Il legislatore per istituire lo 'status' di figlio tra il minore ed un adulto legato da un vincolo affettivo (e non biologico) ha richiesto una garanzia maggiore e cioè la presenza di un vincolo di coniugio perché questo vincolo comporta l'instaurarsi di una cornice giuridica nella coppia (reciprocità e corresponsività di diritti e doveri, certezza nel regime patrimoniale, controllo giurisdizionale in caso di scioglimento etc) che ricade come sicurezza anche sul minore.

In secondo luogo il vincolo coniugale stabile per un periodo di tempo apprezzabile è stato ritenuto ancora generalmente sintomatico della volontà di mantenere un effettivo legame affettivo, di comunione materiale e morale.

La convivenza, laddove questa non sia almeno previamente regolata proprio ai fini di consentire la valutazione di sussistenza di presupposti minimi di garanzia dell'adottando, presenta invece difficoltà di definizione, di accertamento e riconoscibilità dei legami familiari (ad es una persona può essere legata da vincolo filiale a persona non convivente con il genitore biologico, a maggior ragione nell'ambito di famiglie pluri-allargate). Analoghe considerazioni attengono alla scelta di limitare l'adozione da parte delle persone singole, ritenendo più tutelante per il minore, generalmente, il rapporto con entrambe le figure genitoriali.

La ratio dell'art 44 lett b) mira quindi a garantire che l'adozione avvenga nel contesto maggiormente tutelante per il minore convivente salvi i diritti del singolo tutelabili anche all'interno di diversi nuclei 'familiari' non matrimoniali ai sensi dell'art 2 Cost.

Parimenti non si ritiene sul punto sussistere alcuna discriminazione tra le coppie di fatto etero sessuali e quelle omosessuali.

Sul punto la legislazione vigente ha trovato un vaglio di legittimità costituzionale nella sent. Corte Cost. 138/2010 laddove è chiarito che:

-il matrimonio civile si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo ed una donna poiché l'intera disciplina dell'istituto contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi;

-nell'ambito dell'art 2 della Costituzione è invece da annoverare 'quale formazione sociale' anche l'unione omosessuale quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il

diritto di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone ,nei tempi e nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. ‘

Può accadere che in ipotesi particolari sia riscontrabile la necessità di trattamento omogeneo tra la condizione di coppia coniugata e quella di coppia omosessuale , trattamento che la Corte può garantire attraverso un controllo di ragionevolezza.

La Corte ha escluso che tale riconoscimento possa essere realizzato *soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio*.

L’ Art 29 ha posto, infatti, il matrimonio a fondamento della famiglia legittima , definita società naturale cioè titolare di diritti originari e preesistenti allo stato e da questo riconosciuti.

Ciò posto è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio, siccome dotati della duttilità propria dei principi costituzionali non possono ritenersi ‘ cristallizzati’ con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore e vanno quindi ‘ interpretati’, ma questa attività di interpretazione non può spingersi fino ad incidere sul nucleo della norma modificandola in modo tale da includervi fenomeni e problematiche non considerate dalla norma quando fu emanata.

Non è casuale del resto che la stessa Costituzione abbia trattato la tutela dei figli nell’art 30 aprendo la tutela anche ai figli nati fuori dal matrimonio ; in tal caso la norma è stata interpretata nell’ottica di una parificazione sempre più profonda proprio perché conforme allo spirito della Costituzione.

Nella sent nr 170/14 (sul c.d.’ divorzio imposto’) la Corte ha ritenuto illegittima la normativa che prevede lo scioglimento del matrimonio in caso di rettificazione di sesso di uno dei coniugi nella parte in cui non consente agli stessi di mantenere in vita una relazione di coppia giuridicamente regolata; ha confermato i principi della sent 138/10 con riferimento ai parametri costituzionali di cui agli art 2 e 29 Cost stabilendo che non vi è equiparazione tra matrimonio ed unione omosessuale, conseguentemente sollecitando in relazione al parametro di cui all’art 2 Cost. la necessità di una normativa che tutelasse tali forme di vita familiare.

Con riferimento alle norme CEDU, secondo il costante orientamento della Corte Costituzionale (cfr Corte Cost. nr 348 e 349/2007 e nr 80/2011; nr 15/2012) per i giudici nazionali vige un obbligo di interpretazione conforme alle norme convenzionali , nella esegesi offerta dalla CEDU e, solo nel caso di impossibilità di interpretazione conforme ,essi hanno l’onere di sollevare questione di illegittimità costituzionale per contrasto con la norma convenzionale interposta per violazione dell’art 117 Cost.

Il Tribunale di Roma, nella sentenza citata, ha rilevato che l’esclusione della possibilità di ricorrere all’istituto dell’adozione da parte delle coppie di fatto omosessuali - a motivo del loro orientamento - si porrebbe in contrasto con l’art 14 e 8 della Cedu.

Si è già premesso che tale conclusione era fondata sull’ inquadramento della ipotesi come adozione ex art 44 lett d) ma pare importante riportarne le motivazioni per l’inquadramento complessivo della fattispecie.

Il Tribunale rilevava che le sentenze nr 348 e 349/2007 e 317 /2009 della Corte Costituzionale avevano precisato l’ambito di applicazione dell’art 117 Cost primo comma , il quale opera come ‘ rinvio mobile’ alle disposizioni CEDU - nella interpretazione che ne dà la Corte Europea dei Diritti dell’uomo’ ; quest’ultime acquistano titolo di fonti interposte e vanno ad integrare il parametro costituzionale di riferimento.

Nel rispetto dei principi costituzionali spetta al giudice ordinario il compito di operare una ‘ interpretazione convenzionalmente orientata’ delle norme nazionali.

Qualora non sia percorribile questa via , il giudice dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte per contrasto con l’art 117 c. 1 Cost.

Sul punto occorre anche osservare che la Corte costituzionale nella valutazione del diritto alla vita familiare è arrivata a declaratorie di illegittimità costituzionale sulla base di parametri costituzionali

diversi dal citato art 117 in relazione all'art 9 EDU come interpretato dalla Corte, ricorrendo in genere ai parametri costituzionali di cui all'art 2, 29, e 31, sostanzialmente rendendo a volte assorbita l'analisi del parametro interposto di cui all'art 8 CEDU filtrato dall'art 117 Cost.

(es nella sent 170 del 2014 dice la Corte 'In assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte EDU, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela della coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso' ed ha fondato la decisione in riferimento al precetto di cui all'art. 2 Cost.)

Come già accennato, la Corte di Strasburgo ha sempre negato l'esistenza di un 'diritto ad adottare' e di conseguenza la sua invocabilità avanti alla Corte in quanto questo diritto non è previsto dalla Convenzione.

Ha affermato certamente che 'interferire sulla vita di un genitore adottante o di un minore adottato ricade nella sfera dell'art 8'.

Se spetta allo Stato regolare l'adozione, rientra poi tra i compiti della Corte verificare se la normativa violi o meno il diritto al rispetto della vita familiare e il diritto alla non discriminazione. Nell'ambito convenzionale così come non è stato mai affermato un diritto alla adozione (e quindi anche da parte delle coppie non coniugate) parimenti non è mai stato ritenuto automaticamente equiparabile il matrimonio all'unione omosessuale

In molti Paesi Europei vigono disposizioni diverse che consentono l'adozione anche alle c.d coppie di fatto.

Come accennato, in questi Paesi spesso tali situazioni sono adeguatamente disciplinate dalla legge anche sotto questo profilo e, pertanto alle stesse è riconoscibile una certa stabilità e vi è regolata anche la disciplina della adottabilità.

Occorre quindi rilevare che solo in questi casi, nella giurisprudenza CEDU, si è posto un problema di discriminazione con le coppie omosessuali.

La CEDU ha dapprima incluso nella protezione dell'art 8 le coppie 'more uxorio' che avessero certi caratteri di stabilità (ad es coppie con figli o molti anni di convivenza) e successivamente ha riconosciuto questi caratteri anche alle coppie omosessuali che avessero gli stessi criteri distintivi.

Analoghe considerazioni attengono all'adozione da parte dei single.

Anche sul punto, infatti, la Corte ha affermato che concedere l'adozione ai 'single' appartiene alla discrezionalità delle politiche nazionali; se poi uno Stato decide di ammetterla non può discriminare rispetto all'orientamento omosessuale, creando in tal caso una situazione di fatto per cui la Corte potrebbe valutare la propria competenza ex art 8 Convenzione.

Si riportano alcune pronunce rilevanti su questo tema :

a) sent CEDU 24.6.2010 prima sez. *caso Schalk e Kopf* contro Austria

I ricorrenti chiedevano alla Corte di riconoscere che il diritto di sposarsi e fondare una famiglia sancito dall'art 12 CEDU fosse esteso anche alle coppie omosessuali.

La Corte ha ribadito che la formulazione dell'art 12 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo ('*l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi e formare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto* ') deve ritenersi 'intenzionale' con riferimento alla definizione di matrimonio anche se si deve tener conto del contesto storico in cui è stata adottata la Convenzione ;nel 1950 il matrimonio era inteso chiaramente nel senso tradizionale di unione tra partner di sesso diverso. La sentenza, ampliando appunto l'ambito della tutela ha ricondotto l'unione omosessuale nelle 'relazioni 'familiari' (art 8) e non più solo nelle relazioni della vita 'privata' tenendo conto dell'evoluzione europea per la quale in diversi Stati membri, l'unione omosessuale, seppure non comunemente equiparata al matrimonio, risulta disciplinata secondo altre forme . Non ha quindi affermato una equiparazione del matrimonio alla unione omosessuale pur

auspicando una forma di riconoscimento da parte dello Stato che non risultava però direttamente imposta dalla Convenzione;

b) sent CEDU Sez 2 28.4.2010 *caso Moretti e Benedetti c. Italia*

La Corte ha accolto il ricorso presentato da due coniugi che avevano tenuto una bambina in affido per un apprezzabile periodo di tempo ed avevano proposto domanda di adozione che non era stata considerata dal Tribunale, ma era stata respinta dopo la dichiarazione di adottabilità.

La Corte d'Appello pur avendo riconosciuto l'illegittimità della reiezione della loro domanda aveva poi confermato la dichiarazione di adottabilità, in seguito a CTU che aveva confermato il suo positivo inserimento nella famiglia.

La Corte EDU aveva però condannato l'Italia per violazione dell'art 8 CEDU confermando che tale norma non assegna un 'diritto a creare una famiglia' né riconosce 'un diritto all'adozione' dei minori abbandonati. Esso tutela una vita familiare esistente che può riguardare anche rapporti 'di fatto' purché, oltre al requisito dell'affetto, sussistano altri indici di stabilità attuale o potenziale quale potrebbe essere quello di filiazione naturale o di affidamento pre-adoitivo.

Considerando il forte legame stabilito tra i ricorrenti e la bambina la Corte ha statuito, nonostante l'assenza di un giuridico rapporto di parentela, che esso potesse rientrare nella nozione di vita familiare ai sensi dell'art 8 Cedu.

La sentenza sottolinea la rilevanza di una vita familiare anche in situazioni di fatto al di fuori del matrimonio che lo Stato deve poter valutare, ma non afferma una equiparazione tra le coppie di fatto e le coppie coniugate ed espressamente ribadisce che l'art 8 non sancisce un diritto ad adottare;

c) Sent Corte Cass. Sez I Nr 4184/2012 (che peraltro aveva espressamente negato il diritto alla trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero riconoscendo che il requisito minimo indispensabile per l'esistenza del matrimonio era la diversità di sesso).

La Corte ha confermato il principio per cui le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio e rientrano nell'ambito di tutela dell'art 2 Cost; ha specificato che l'art 12 Cedu interpretato anche alla luce dell'art 9 della Carta di Nizza, deve essere letto- secondo la sent CEDU 24.6.2010 – nel senso che il diritto al matrimonio potrebbe includere anche quello delle persone dello stesso sesso, ma ha ribadito che questa eventuale possibilità è rimessa al potere legislativo degli Stati.

Sempre secondo quanto affermato dalla Corte, la sent 24.6.2010 si è limitata a definire come relazione familiare l'unione omosessuale, a prescindere da ogni riconoscimento di un diritto alla filiazione. Il nostro Paese ha ratificato con legge 22.5.1974 ne 357 la Convenzione europea in materia di adozione dei minori firmata a Strasburgo il 24.4.1967 riconoscendo, in linea di principio la possibilità di adozione delle persone singole che la stessa contemplava.

Certamente la Convenzione non ha introdotto *direttamente* nel nostro ordinamento tale possibilità pur ritenendosi da parte di autorevole dottrina che la Convenzione imponga un obbligo per il legislatore ad uniformarsi alla disciplina. Ne consegue, comunque, che non può in via generale ed indifferenziata invocarsi un principio di uguaglianza e di non discriminazione a favore delle persone singole, delle coppie di fatto e della coppia omosessuale, ed occorre inevitabilmente, di volta in volta, a seconda del diritto reclamato, verificare la compatibilità in termini di non discriminazione e di ragionevolezza della differente disciplina.

d) Sent Grande Camera 15.3.2012 *Gas e Dubois c. Francia*.

La Grande Camera ha ritenuto che non vi fosse violazione dell'art 14 in combinato disposto dell'art 8 nel caso di una richiesta di adozione 'simple' da parte di partner omosessuale.

La Corte ha ribadito che la discriminazione esiste solo nel caso in cui la legge di uno Stato disponga in modo che alcune persone o categorie di persone ricevano un trattamento svantaggioso rispetto alle altre che si trovano in situazioni analoghe senza ragionevoli motivi.

Importante è sottolineare che, nella stessa sentenza, si ribadisce come la Convenzione non impone agli Stati membri l'obbligo di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio e lascia agli stessi Stati un certo margine di apprezzamento nel definire lo Statuto delle forme legali di convivenza che essi decidano di istituire. Trattasi, insomma, di situazioni giuridiche non equiparabili.

Non è discriminatoria una normativa che disciplini diversamente l'esercizio della responsabilità genitoriale per le coppie omosessuali unite civilmente e le coppie sposate.

Anche in questo caso non è stato ritenuto esservi violazione perché (al momento della sentenza) la legislazione francese ammetteva l'adozione da parte del singolo ma con particolari effetti (la co-genitorialità solo alle coppie sposate e quindi né le coppie eterosessuali non sposate né quelle omosessuali potevano accedere alla c.d. 'adoption simple'). La Cedu ha ribadito che la Convenzione non richiede ai governi degli Stati membri di prevedere il matrimonio per le coppie omosessuali e comunque, anche quando gli Stati decidessero di offrire una tutela legale, mantengono la discrezionalità per quanto attiene la disciplina di tali unioni.

e) sent. Grande Camera 19.2.2013 *X ed altri c. Austria* ric 1910/07.

Si trattava di richiesta avanzata da una donna di adottare il figlio biologico dell'altra: la Corte osservando che in Austria non è consentito il matrimonio omosessuale e richiamato l'art 3 par 1 della Convenzione dei diritti del fanciullo di New York in base al quale il canone da tenere presente è costituito dal miglior interesse del minore - ha ritenuto discriminatoria per violazione dell'art 14 in combinato disposto con l'art 8 CEDU, la legge austriaca che non consente l'adozione in tali casi, ma perché concessi in quell'ordinamento alle coppie di fatto eterosessuali.

La sentenza quindi attiene ad una pretesa discriminazione tra coppie di fatto eterosessuali ed omosessuali che nel nostro ordinamento invece sotto questo profilo, si ribadisce, non è sussistente, perché non è riconosciuta l'ammissibilità dell'adozione da parte delle coppie di fatto eterosessuali ai sensi dell'art 44 lett b) e non rientrando l'ipotesi di specie nel caso di cui alla lett d).

f) sent. Cedu sez IV 21.7.2015 *Oliari ed altri c. Italia* del 21.7.2015

Il ricorso riguardava due partner che avevano impugnato, senza successo, presso il Tribunale di Trento il diniego opposto dall'Ufficiale di stato civile di procedere con le pubblicazioni del matrimonio celebrato all'estero.

La Corte di Strasburgo ha accertato la violazione dell'art 8 CEDU da parte dell'Italia per aver ommesso di adottare una legislazione diretta al riconoscimento ed alla protezione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Anche in questo caso la Corte si è concentrata sull'analisi alla luce dell'art 8 CEDU ricordando che tale norma, diretta a proteggere gli individui dalle ingerenze arbitrarie dello Stato nella loro vita privata o familiare, può anche imporre a quest'ultimo l'adozione di misure positive per assicurare il rispetto effettivo dei diritti dalla stessa tutelati (par 159).

Nell'applicare, però, le misure positive lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento ma, secondo la giurisprudenza della Corte, quando si tratti di aspetti particolarmente importanti della vita privata tale margine può essere soggetto a restrizioni. Tuttavia, quando non c'è consenso sul punto tra gli Stati del Consiglio d'Europa sia con riferimento alla considerazione degli interessi in gioco che al modo migliore di tutelarli, in particolare ove il caso sollevi questioni di particolare sensibilità morale od etica, il margine di apprezzamento deve essere più ampio;

g) sentenza CEDU 9.6.2016 *Chapin et Cherpentier c. France*

(in merito alla richiesta di trascrizione di matrimonio omosessuale da parte di due cittadini francesi in Belgio)

La Corte afferma che gli Stati restano liberi, ai sensi del combinato disposto dell'art 14 e l'art 8, di non aprire il matrimonio alle coppie omosessuali e godono di un certo margine di apprezzamento nel decidere la natura esatta dello statuto conferito dalle altre modalità di riconoscimento giuridico

Non si tratta, quindi, a parere del Collegio, di valutare una interpretazione conforme alle norme CEDU perché queste, pur apprestando ampia tutela alla vita familiare al di fuori del matrimonio hanno però sempre attribuito agli Stati contraenti la facoltà di valutare e differenziare, in relazione ai diversi modelli della stessa, le varie forme di tutela.

Sul punto quindi vengono superate anche le questioni che riguardano i conviventi del medesimo sesso per i quali è precluso il matrimonio in quanto la disciplina attuale riserva la possibilità di adozione ex art 44 lett b) alle coppie coniugate.

Come è noto la problematica ha trovato una cornice legislativa nella legge 11.5.2016 nr 76 (regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina della convivenze).

La legge in questione (art 20 -clausola generale di estensione) dispone che, al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti ed il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti la parola 'coniuge'... o termini equivalenti... si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4.5.1983 nr 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti.

A maggior ragione ovviamente tale esclusione vale per le coppie di fatto.

Il fatto che nella discussione della legge si sia posto il problema dibattuto se estendere o meno la adozione ex art 44 lett b) (anzi in genere l'adozione) alle unioni civili dimostra all'evidenza che originariamente non era stato previsto.

La dizione 'resta fermo' non può certamente essere intesa nel senso di introdurre una nuova normativa che la legge non aveva previsto perché sarebbe un controsenso logico e, pertanto, deve essere intesa nel senso che potrà essere valutato eventualmente in caso concreto l'accesso alla adozione ogni qualvolta la stessa sia ammessa anche da parte di chi non è coniuge.

Se è pur vero che tale normativa non è applicabile, a rigore, al caso di specie, in quanto il ricorso è stato depositato precedentemente, appare comunque desumibile dalla stessa la chiara volontà del legislatore di confermare la normativa vigente per quanto attiene all'art 44 lett b).

P.Q.M

Visto il parere del P.M.

Visti gli artt. 44 e segg. Legge n. 184/83, come modificati dalla legge n. 149/01, e 299 c.c.

RIGETTA

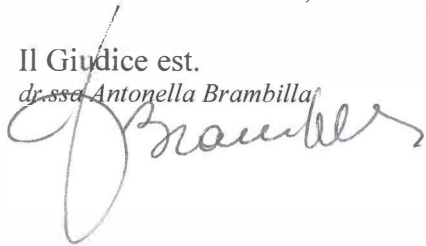
i ricorsi presentati da XX e YY.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di sua competenza, per la comunicazione al P.M e la notifica alle parti presso i difensori domiciliatari.

Così deciso in Milano, il 13.9.2016

Il Giudice est.

dr.ssa Antonella Brambilla

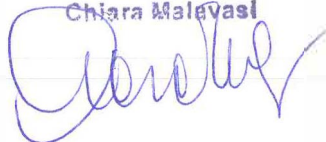


DEPOSITATO IN CANCELLERIA

MILANO

17 OTT 2016

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Chiara Malavasi



Il Presidente
dr. Mario Zevola

