

SPUNTI IN TEMA DI RICONOSCIMENTO DI ADOZIONI OMOPARENTALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

GIULIA ROSSOLILLO
Professore straordinario
Università di Pavia

Recibido: 22.07.2014 / Aceptado: 29.07.2014

Riassunto: L'ordinamento italiano è uno dei pochi in Europa a non prevedere alcuna disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso, e a negare il riconoscimento alle unioni di questo genere registrate all'estero. La mancata previsione di una disciplina delle unioni omosessuali comporta necessariamente che l'adozione sia aperta solo alle coppie eterosessuali, dal momento che all'adozione sono ammesse solo coppie legate dal vincolo matrimoniale. È tuttavia difficile giustificare il mancato riconoscimento in Italia di adozioni omoparentali decise all'estero: in tali ipotesi, infatti, a venire in gioco non è esclusivamente l'interesse dei *partners* dello stesso sesso, bensì un ruolo di importanza fondamentale è giocato dal principio della tutela del superiore interesse del minore, che in caso di mancato riconoscimento del vincolo di adozione verrebbe fortemente pregiudicato.

Parole chiave: Partnerships registrate. Matrimoni tra persone dello stesso sesso. Adozioni omoparentali. Riconoscimento. Superiore interesse del minore.

Abstract: Italy, like few States in Europe, doesn't allow same-sex couples to establish a civil partnership or to marry, nor it recognizes same-sex partnerships or marriages registered/celebrated abroad. As a consequence, the right to adopt is denied to same-sex couples, as only married couples can adopt. It is however difficult to find a justification for non recognition in Italy of adoptions performed abroad: in this case not only the interest of same-sex partners, but the best interest of the child is at stake, which the non-recognition of the parental relationship would seriously undermine.

Key Words: Registered partnerships. Same-sex marriages. Same-sex adoptions. Recognition. Best interest of the child.

Sommario: I. Introduzione – II. Gli orientamenti generali delle legislazioni che prevedono forme di unioni tra persone dello stesso sesso: l'atteggiamento restrittivo nei confronti delle adozioni omoparentali – III. L'impossibilità di dedurre dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia un obbligo di riconoscimento delle unioni omosessuali e le aperture in materia di adozione – IV. Il superiore interesse del minore come criterio-guida e i risultati paradossali ai quali conducono parametri di valutazione differenti – V. Le pronunce italiane in materia di affidamento e il superamento del pregiudizio nei confronti delle famiglie omoparentali.

I. Introduzione

1. La dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 164 del 1982, relativi alla cessazione automatica degli effetti civili del matrimonio in caso di cambiamento di sesso di uno dei coniugi, pone nuovamente al centro del dibattito la questione dell'introduzione nell'ordinamento italiano di forme di unione tra persone dello stesso sesso. Come sottolineato dalla Corte costitu-

zionale¹, in effetti, non essendo possibile, mediante una pronuncia manipolativa, sostituire il divorzio automatico con un divorzio a domanda «poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.», «sarà ... compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti».

2. A distanza di quattro anni dalla sentenza 138 del 2010², la pronuncia sembra confermare da un lato che, data la diffusione di tali forme di unione in numerosi Paesi europei, diviene sempre più difficoltoso per il legislatore italiano non affrontare la questione delle unioni tra persone dello stesso sesso, dall'altro che è appunto solo attraverso un intervento legislativo che le coppie omosessuali potranno trovare una forma di riconoscimento, non potendosi dedurre dal diritto internazionale o dell'Unione europea (e in particolare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea) alcun obbligo di prevedere tali unioni o di riconoscerle se celebrate all'estero. Nell'attesa che tale intervento legislativo si realizzi, l'ordinamento italiano rimane uno dei pochi in Europa a non consentire la registrazione/celebrazione alcuna forma di unione omosessuale e a negare dunque il riconoscimento alle unioni di tal genere concluse all'estero.

3. Mentre la mancanza nel nostro ordinamento di forme di unione familiare non tradizionali è stata ed è oggetto di ampio dibattito in dottrina³, un profilo meno studiato è quello concernente la possibilità per le coppie omosessuali di accedere all'adozione. Se tale profilo non viene in considerazione nel nostro ordinamento direttamente, dal momento che dall'impossibilità di creare forme di unione familiare tra persone del medesimo sesso e dall'apertura dell'adozione unicamente alle coppie unite in matrimonio discende l'impossibilità per le coppie omosessuali di adottare, sul piano del riconoscimento di situazioni venutesi a creare all'estero la questione assume rilevanza. È ben possibile, infatti, che cittadini di Stati che ammettono adozioni omoparentali adottino un minore nel loro ordinamento di origine e, trasferitisi in Italia, chiedano il riconoscimento del provvedimento nel nostro ordinamento, o che cittadini italiani sfruttino la possibilità di effettuare un'adozione omoparentale all'estero e tornino poi in Italia con i minori adottati.

II. Gli orientamenti generali delle legislazioni che prevedono forme di unioni tra persone dello stesso sesso: l'atteggiamento restrittivo nei confronti delle adozioni omoparentali

4. Anche negli ordinamenti che fin dagli anni '90 hanno riconosciuto la possibilità per le persone dello stesso sesso di entrare a far parte di un'unione registrata, l'atteggiamento nei confronti delle adozioni omoparentali è stato piuttosto prudente. Da un lato, infatti, la possibilità per i *partners* omoses-

¹ Corte costituzionale, sentenza 170/2014, dell'11.6.2014.

² Corte costituzionale, sentenza 138/2010, del 14.4.2010, nella quale la Corte, pur riconoscendo che la nozione di 'formazione sociale' di cui all'articolo 2 Cost. include «anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone ... il riconoscimento giuridico», sottolinea che «spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni».

³ Sul punto v. tra gli altri R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010; M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Milano-Udine, 2010; E. CALÒ, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Milano, 2009; e, per quanto riguarda i profili internazionalprivatistici della questione, analizzati dal punto di vista dell'ordinamento italiano: N. BOSCHIERO, "Les couples homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien", *RDI*, 2007, p. 50 ss.; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2012; S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007.

suali di adottare - quando prevista - è stata generalmente introdotta in un momento successivo rispetto a quello dell'apertura dell'ordinamento a forme di unione familiare non tradizionali; dall'altro, alcuni ordinamenti hanno ammesso unicamente la possibilità per uno dei partners di adottare i figli dell'altro, escludendo invece che la coppia omosessuale possa accedere ad un'adozione congiunta⁴. Emblematico è il caso della Danimarca, primo Stato a prevedere unioni registrate tra persone dello stesso sesso: mentre il *Danish Registered Partnership Act* risale al 1989⁵, solo nel 1999⁶ è stata prevista la possibilità per uno dei partner di adottare il figlio dell'altro; mentre è del 2010⁷ la legge che introduce la possibilità di adozione congiunta anche da parte di coppie omosessuali. L'apertura del matrimonio a persone dello stesso sesso⁸ ha poi comportato l'abrogazione delle norme ora citate e l'equiparazione, nell'ambito del matrimonio, dei diritti delle coppie omosessuali - anche dal punto di vista della possibilità di adottare - a quelli delle coppie eterosessuali. Un'evoluzione simile si è verificata nei Paesi Bassi e in Svezia, Stati che, come quello danese, hanno introdotto dapprima forme di unioni omosessuali distinte dal matrimonio⁹ - le *partnerships* registrate o unioni civili - e in un secondo momento hanno aperto l'istituto del matrimonio anche alle persone del medesimo sesso¹⁰. In entrambi i casi, infatti, come avvenuto in Danimarca, la possibilità di adottare è stata prevista solo in un momento successivo a quello dell'introduzione nell'ordinamento di forme di unione omosessuale registrate¹¹.

5. Ad oggi, circoscrivendo l'indagine agli Stati membri dell'Unione europea, gli ordinamenti che si limitano a prevedere per le coppie omosessuali forme di unione differenti dal matrimonio¹² escludono generalmente - ad eccezione di Malta¹³ - la possibilità per detti soggetti di accedere all'adozione congiunta; mentre l'adozione da parte di un partner dei figli dell'altro è ammessa dagli ordinamenti tedesco¹⁴, finlandese¹⁵ e austriaco¹⁶ (in Slovenia tale tipo di adozione era stato previsto con legge del 2011, abrogata poi l'anno successivo tramite redefendum). Quanto agli ordinamenti che hanno accolto una

⁴ Con l'espressione "adozione congiunta" si vuole intendere un'adozione piena, legittimante, da parte di entrambi i partners, che recide i legami del minore con la sua famiglia di origine.

⁵ Lov om registeret partnerskab, del 7.6.1989. Sull'evoluzione della disciplina danese in materia v. C. G. Jeppesen de Boer, A. Kronborg, *National Report: Denmark*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2012, p. 113 ss.

⁶ Lov om ændring af betingelserne for indgåelse af registreret partnerskab og stedbarnsadoption for registrerede partnere, del 2.6.1999.

⁷ Lov om ændring af lov om registreret partnerskab, lov om en børnefamilieydelse og lov om børnetilskud og forskudsvis udbetaling af børnebidrag (Udvidet adgang for registrerede partnere til adoption og overførsel af forældremyndighed), del 26.5.2010.

⁸ Lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægteskabets retsvirkninger og retsplejeloven og om ophævelse af lov om registreret partnerskab, del 13.6.2012. La legge ha vietato la registrazione di nuove *partnerships*, consentendo al contempo ai soggetti già uniti da una *registered partnership* di convertirla in matrimonio.

⁹ Per quanto riguarda l'ordinamento svedese, la possibilità di registrare una *partnership* tra persone dello stesso sesso è stata introdotta nel 1994 (Lag om registrerat partnerskap, del 23.6.1994), mentre la legge olandese in materia è del 1997 (Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in Verband met openeming daarin van bepalingen voor het geregistreerd partnerschap, del 5.7.1997).

¹⁰ I Paesi Bassi sono stati il primo paese ad introdurre nel proprio ordinamento i matrimoni tra persone dello stesso sesso (Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, del 21.12.2000), mentre in Svezia il matrimonio è stato aperto alle coppie omosessuali solo nel 2009. In quest'ultimo ordinamento, peraltro, come in Danimarca, la legge che ha riformato la nozione di matrimonio ha abrogato gli atti precedenti relativi alle *registered partnerships*, consentendo ai soggetti che avessero registrato una *partnership* di convertirla in matrimonio e vietando la registrazione di nuove *partnerships*.

¹¹ Nei Paesi Bassi la possibilità per le coppie di persone dello stesso sesso unite in matrimonio di adottare era inizialmente limitata all'adozione interna. Solo nel 2005 la legge è stata modificata per consentire l'adozione internazionale.

¹² Finlandia, Irlanda, Repubblica ceca, Ungheria, Austria, Malta, Germania.

¹³ Civil Union Act, 14.4.2014. La legge equipara le unioni ai matrimoni, consentendo ai partners anche l'adozione congiunta.

¹⁴ Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, 16.2.2001.

¹⁵ La possibilità per uno dei partners di adottare i figli dell'altro è stata introdotta nel 2009 a modifica della legge istitutiva delle *partnerships*, del 2001 (Laki rekisteröideystä parisuhteesta n. 950).

¹⁶ Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, 30.12.2009.

nozione di matrimonio indipendente dal sesso dei coniugi¹⁷, ad eccezione del Portogallo¹⁸ (ordinamento nel quale ai coniugi del medesimo sesso è preclusa l'adozione), dal punto di vista della possibilità di adottare, la situazione dei coniugi dello stesso sesso è totalmente equiparata a quella dei coniugi di sesso differente. Qualora infine accanto al matrimonio omosessuale permanga la possibilità di registrare una *partnership*, le soluzioni adottate relativamente alla possibilità per i partners di adottare sono differenti: mentre in Francia¹⁹ ai soggetti uniti in un *PACS* è preclusa l'adozione *tout court* e in Lussemburgo²⁰ l'adozione congiunta, in Belgio²¹, Regno Unito²² e Olanda il vincolo di *partnership*, dal punto di vista della possibilità di adottare, è equiparato a quello matrimoniale.

6. La difficoltà riscontrata in molti ordinamenti ad accettare l'apertura dell'adozione anche alle coppie omosessuali, senza dubbio fondata sull'idea che sia la famiglia composta da genitori di sesso diverso l'unica a poter garantire al minore un ambiente favorevole nel quale crescere, sembra tuttavia destinata ad attenuarsi nei confronti delle adozioni venutesi a creare in un ordinamento straniero. Se è infatti perfettamente legittimo che un ordinamento non ammetta la costituzione al suo interno di un rapporto di adozione omoparentale, più difficile è negare il riconoscimento a un rapporto già creatosi in un altro ordinamento, in considerazione del fatto che in tale ipotesi sarebbe l'interesse del minore coinvolto nell'adozione ad essere pregiudicato. Come vedremo, nonostante un obbligo di riconoscimento del rapporto di adozione non sia stato espressamente affermato né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, né dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, vari elementi sembrano spingere in questa direzione. Paradossalmente, pertanto, mentre sul piano della creazione del rapporto i legislatori nazionali anche di Stati che prevedono unioni tra persone dello stesso sesso hanno avuto un atteggiamento di diffidenza nei confronti delle adozioni omoparentali, sul piano del riconoscimento dei rapporti già formati, l'attribuzione di efficacia ad adozioni omoparentali straniere sembra imporsi anche ad ordinamenti che al legame tra persone del medesimo sesso non attribuiscono alcuna rilevanza giuridica.

III. L'impossibilità di dedurre dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia un obbligo di riconoscimento delle unioni omosessuali e le aperture in materia di adozione

7. Nonostante il diritto di famiglia sia una materia rimasta essenzialmente di competenza statale, le incursioni del diritto dell'Unione europea e delle norme internazionali poste a tutela dei diritti fondamentali in tale ambito, e dunque l'influenza che le fonti sovranazionali esercitano sulle scelte dei legislatori nazionali, sono divenute negli anni sempre più frequenti. Il diritto dell'Unione europea, in primo luogo, per garantire la realizzazione delle libertà di circolazione previste dai Trattati, considera contrarie al diritto dell'Unione tutte quelle normative nazionali, anche di diritto di famiglia, che siano idonee ad ostacolare in qualche misura il godimento della libertà di circolazione da parte dei cittadini dell'Unione e che non siano giustificate da esigenze imperative, ponendo in questo modo un limite alle scelte di politica legislativa degli Stati membri, almeno per quanto riguarda i rapporti intracomunitari. A ciò si aggiunga che l'attribuzione di carattere vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del Trattato di Lisbona ha dotato l'Unione di ulteriori strumenti di intervento in materia, essendo gli articoli 7, 9 e 24 della Carta espressamente dedicati al rispetto della vita privata e familiare, al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia e ai diritti del minore. Quanto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Commissione e Corte europea dei diritti dell'uomo hanno in numerose

¹⁷ Belgio, Danimarca, Francia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna, Svezia.

¹⁸ Lei 9/2010, 31.5.2010. Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁹ Loi n. 1999-994 relative aux Pactes Civils de Solidarité, 15.11.1999.

²⁰ Loi relative aux effets légaux de certains partenariats, 9.7.2004. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è stato introdotto in Lussemburgo con legge del 17.7.2014.

²¹ Loi instaurant la cohabitation légale, 23.11.1998.

²² Civil Partnership Act, 18.11.2004.

occasioni fatto uso dell'articolo 8 relativo alla tutela della vita privata e familiare per censurare prassi nazionali in materia familiare. Tali incursioni non si sono tuttavia mai tradotte in un obbligo per gli Stati di prevedere nel proprio ordinamento forme di unione tra persone dello stesso sesso né di riconoscere le unioni celebrate all'estero.

8. Concentrandoci sul profilo del riconoscimento, va in effetti messo in luce che, per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dagli atti di diritto derivato in materia di ricongiungimento familiare, e dalle stesse vicende della Carta dei diritti fondamentali emerge l'assenza di un obbligo per gli Stati che non contemplano forme di unioni omosessuali di riconoscere le unioni costituite negli altri Stati membri. E' vero, infatti, che la Corte di giustizia, nel perseguimento dell'obiettivo della libera circolazione delle persone, ha censurato disposizioni nazionali relative allo *status* delle persone perché potenzialmente atte a costituire un ostacolo alle libertà di circolazione, facendo emergere in contropunto l'idea che la piena realizzazione delle libertà di circolazione richiederebbe che lo *status* acquisito da un soggetto in uno stato membro venga riconosciuto in tutti gli altri, anche contraddicendo il risultato al quale si sarebbe arrivati applicando le norme di diritto internazionale privato²³. Tuttavia, quanto alla possibilità di estendere tale ragionamento anche alle *partnerships* o matrimoni tra persone dello stesso sesso, la Corte non si è mai pronunciata sul punto²⁴, e un atteggiamento di prudenza emerge anche dalla direttiva sul ricongiungimento familiare di cittadini di Stati membri²⁵, che impone allo Stato di destinazione di consentire il ricongiungimento anche a *partners* dello stesso sesso solo nella misura in cui tali unioni siano equiparate dall'ordinamento in questione al matrimonio. Quanto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, essa non è mai occupata direttamente del riconoscimento di unioni omosessuali registrate/celebrate all'estero²⁶, ma, quanto alla loro costituzione, ha ritenuto che non sussista un consenso tra gli Stati contraenti tale da imporre l'introduzione nei rispettivi ordinamenti di una disciplina di tali tipi di unioni²⁷.

9. Le medesime conclusioni si possono apparentemente trarre per quanto concerne il riconoscimento di adozioni omoparentali. Né la Corte di giustizia, né la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno in effetti mai censurato prassi nazionali che negassero il riconoscimento a tali adozioni²⁸. Mentre tuttavia

²³ Sul tema, ormai oggetto di amplissima bibliografia, v. per tutti K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2009; D. HENRICH, "Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage", *IPRax*, 2005, p. 422 ss.; H. P. MANSSEL, "The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules", *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zürich, 2010, p. 291 ss.

²⁴ In generale sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e le unioni tra persone dello stesso sesso v. K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (eds.), *Legal Recognition of Partnerships in Europe*, 2nd ed., Antwerp, 2012; M. MELCHER, "Private international law and registered relationships: an EU perspective", *European Review of Private Law*, 2012, p. 1075; J. RIJMA, N. KOFFEMAN, "Free Movement Rights for same-Sex Couples under EU Law: What Role to Play for the CJEU?", D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (Editors), *Same-Sex Couples before Nations, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, 2014, p. 455 ss.

²⁵ Direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in G.U.U.E. L 229 del 29.6.2004, p. 35, art. 2, n. 2, lett. b).

²⁶ La questione del riconoscimento di un'unione registrata all'estero è stata però sottoposta all'attenzione della Corte europea nel caso *Taddeucci c. Italia*, 51362/09, sul quale la Corte non si è ancora pronunciata.

²⁷ Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di unioni omosessuali v. per tutti P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, London, 2013; L. MAGLI, "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio tra individui dello stesso sesso", *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 397 ss.; P. PUSTORINO, "Same-Sex Couples Before the EctHR: The Right to Marriage", D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (Editors), *Same-Sex Couplet*, cit.; J. M. SCHERPE, "The legal recognition of same-sex couples in Europe and the role of the European Court of human rights", *Equal Rights Review*, 2013, p. 83 ss.; M. C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012, spec. p. 79 ss.; R. WIEMANN, *Die Rechtsprechung des EGMR zu sexueller Orientierung*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2010, p. 408 ss.

²⁸ Un obbligo in tal senso non discende nemmeno dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 2008 sull'adozione dei minori, non ratificata dall'Italia. All'articolo 7, par. 2 della Convenzione si legge infatti che "states are free to extend the scope of this Convention to same sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this convention to different sex couples and same sex couples who are living together in a stable relationship".

la Corte di giustizia non si è mai confrontata con il problema dell'adozione omoparentale, la Corte europea di diritti dell'uomo si è pronunciata più volte sulla costituzione di rapporti di adozione con soggetti omosessuali²⁹, ma non del loro riconoscimento nel caso di rapporti costituitisi all'estero, profilo preso in considerazione dalla Corte solo in ipotesi di adozione da parte di eterosessuali. Per quanto riguarda la costituzione di rapporti di adozione omoparentale, si può fare riferimento, in particolare, alle sentenze *Fretté c. Francia*³⁰, *E.B. c. Francia*³¹, *Gas e Dubois c. Francia*³² e *X e altri c. Austria*³³, pronunce aventi tutte ad oggetto ipotesi di adozione omoparentale da parte di *singles* o da parte di uno dei *partners* dei figli dell'altro, e mai invece ipotesi di adozione congiunta. Relativamente ad entrambi i tipi di adozione presi in esame, va detto che la Corte ha in un primo momento escluso che venissero in rilievo profili di incompatibilità delle normative nazionali in questione con la Convenzione, per poi ravvisare, nelle pronunce successive, una violazione degli articoli 8 e 14 CEDU. In effetti, mentre nella sentenza *Fretté c. Francia* la Corte giustifica la prassi francese di non ammettere all'adozione da parte di *singles* un soggetto omosessuale, considerando che la differenza di trattamento rispetto al *single* eterosessuale si giustificasse sulla base della necessità di tutelare la salute e i diritti del minore³⁴ e che gli Stati godessero in materia di un ampio margine di apprezzamento, nella pronuncia *E.B. c. Francia* essa ribalta la propria posizione. Il rifiuto da parte delle autorità francesi di dare in adozione un minore a una donna legata a un'altra da una relazione omosessuale e fondato sul fatto che il minore non avrebbe avuto una figura paterna di riferimento viene infatti considerato dalla Corte contrario alla Convenzione.³⁵ Similmente, quanto all'adozione da parte di uno dei *partners* dei figli dell'altro, nella sentenza *Gas e Dubois c. Francia* la Corte ritiene che la normativa non comporti una violazione del divieto di discriminazione, dal momento che vietava tale tipo di adozione alle coppie non sposate, sia omosessuali che eterosessuali. Nella pronuncia *X e altri c. Austria*, invece, una violazione viene ravvisata, dal momento che nell'ordinamento austriaco l'adozione in questione era aperta anche alle coppie non sposate, purché eterosessuali e che il governo austriaco non aveva dimostrato che tale differenza di trattamento fosse giustificata da un'indoneità delle coppie omosessuali a costituire un ambiente adatto per la crescita di un minore adottato³⁶.

10. La posizione del minore nel rapporto di adozione viene dunque presa in considerazione dalla Corte solo in due pronunce – *Fretté c. Francia* e *X e altri c. Austria* – al fine di valutare (con risultati peraltro opposti) la proporzionalità della misura nazionale in questione. In tutte le sentenze citate, tuttavia, il ragionamento della Corte ruota intorno alla posizione dei *partners* omosessuali e alla comparazione tra questa e il trattamento delle coppie eterosessuali³⁷. Tale atteggiamento si giustifica sulla base del fatto che le ipotesi sopra citate si riferiscono a un momento nel quale il rapporto di adozione deve essere ancora posto in essere, e non al riconoscimento di un'adozione già avvenuta: prima che l'adozione venga in essere, è evidente che l'interesse del minore è in secondo piano, ed è invece l'interesse del *single* o della coppia ad adottare a venire in rilievo. Ben diverso sarebbe il discorso se il rapporto si fosse già costituito e consolidato all'estero: in tale ipotesi, il mancato riconoscimento dell'adozione comporterebbe

²⁹ Sul punto v. F. CRISAFULLI, "Same-Sex Couples Rights (Other than the Right to Marry) Before the ECtHR", D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (Editors), *Same-Sex Couples*, cit., p. 409 ss., spec. p. 425; G. REPETTO, "Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo", consultabile su www.academia.edu; M. C. VITUCCI, "Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 481 ss.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Fretté c. Francia*, 28.2.2002.

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *E.B. c. Francia*, 22.1.2008.

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Gas e Dubois c. Francia*, 15.3.2012.

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *X e altri c. Austria*, 19.2.2013.

³⁴ Come nota VITUCCI, *Orientamento sessuale*, cit., p. 480, tre giudici su sette non hanno condiviso tale lettura del principio del superiore interesse del minore.

³⁵ Secondo la Corte, in particolare, il riferimento alla mancanza di una figura paterna (e dunque di una delle due figure genitoriali) sarebbe privo di senso, trattandosi di adozione da parte di *singles*.

³⁶ Al par. 142 della sentenza si legge in effetti che «the Government did not adduce any specific argument, any scientific studies or any other item of evidence to show that a family with two parents of the same sex could in no circumstances adequately provide for a child's needs. On the contrary, they conceded that, in personal terms, same-sex couples could be as suitable or unsuitable as different-sex couples when it came to adopting children». Per tale ragione la Corte ritiene che il divieto previsto dalla legislazione austriaca non risponda al principio di proporzionalità.

³⁷ In questo senso v. G. REPETTO, "Le adozioni omoparentali", cit., p. 11.

conseguenze gravi sul minore, soprattutto se il rapporto con il genitore adottivo si è già consolidato nel tempo. In questo senso la stessa Corte europea si è pronunciata nella sentenza *Wagner c. Lussemburgo*³⁸, relativa ad un'ipotesi di adozione da parte di un *single* eterosessuale. Investita della questione della compatibilità con la CEDU del rifiuto da parte delle autorità lussemburghesi di riconoscere un'adozione di questo tipo realizzatasi all'estero, la Corte ha infatti sottolineato che sussiste violazione dell'articolo 8 CEDU quando i giudici di un paese neghino il riconoscimento di un provvedimento di adozione da parte di un *single* nell'ipotesi in cui abbiano già in precedenza ammesso adozioni di tal tipo, l'adottante abbia agito in buona fede e la decisione giudiziaria non tenga in debito conto il superiore interesse del minore a che gli venga riconosciuto o *status* di figlio e cittadino del paese dell'adottante.

11. Il riferimento al superiore interesse del minore rappresenta peraltro una costante di tutti gli atti internazionali in materia di minori, prima fra tutti la Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, il cui articolo 3 pone l'obbligo di considerare preminente l'interesse del fanciullo in tutte le decisioni a lui relative; e gli stessi atti di diritto derivato dell'Unione europea relativi alla cooperazione giudiziaria civile in materia confermano il ruolo-cardine che tale principio riveste nella disciplina dei rapporti genitoriali. Nei considerando 12 e 23 del regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale³⁹ si legge infatti che "è opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel ... regolamento si informino all'interesse superiore del minore" e che il regolamento "mira a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", disposizione quest'ultima che pone l'obbligo di considerare preminente l'interesse superiore del minore in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private. Dal canto suo, l'articolo 23 del regolamento stabilisce che una decisione relativa alla responsabilità genitoriale non è riconosciuta se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico.

12. Pur non avendo mai giurisprudenza e convenzioni internazionali o atti di diritto dell'Unione europea imposto il riconoscimento dell'adozione da parte di omosessuali, l'esigenza di tutelare il superiore interesse del minore, e dunque di non privarlo di un rapporto già costituitosi e dello *status* di figlio con tutte le conseguenze (in termini di mantenimento ereditari ecc...) che ne derivano porta dunque senza dubbio a un notevole assottigliamento della discrezionalità dello stato in merito al riconoscimento o meno di tali adozioni. E' infatti indubbio, soprattutto quando si tratta di adozioni congiunte, che il mancato riconoscimento del legame di filiazione nello Stato di destinazione priverebbe il minore di qualsiasi tutela nel territorio dello Stato in questione⁴⁰.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Wagner c. Lussemburgo*, 28.6.2007. Per un commento v. P. PIRRONE, "Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 151 ss.

³⁹ V. O. LOPES PEGNA, "L'interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003", *RDIPP*, 2013, p. 357 ss.

⁴⁰ Come nota J-D. AZINCOURT, "Quel état civil en France pour l'enfant adopté à l'étranger par un couple homosexuel?", *La Semaine juridique, Notariale et Immobiliare*, 31.8.2012, p. 49 ss., a p. 52, «l'enfant mineur adopté à l'étranger, et dont le jugement d'adoption ne bénéficie pas de l'exequatur, est privé ... de tous les droits et obligations procédant de l'autorité parentale à l'égard de ses parents adoptifs au sens de la législation étrangère. De même, les règles liées aux obligations légales alimentaires ... ne seraient pas applicables à l'enfant adopté à l'étranger et à ses parents adoptifs. En outre, l'enfant adopté à l'étranger ne disposerait d'aucune vocation successorale ab intestat». Considerazioni simili si possono leggere nel parere presentato al Senato francese dalla Commissione agli affari sociali e relativo alla legge 'mariage pour tous' (n. 435, Sénat, session ordinaire 2012-2013, Avis présenté au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, ouvrant le mariage aux couplet de même sexe, par M. Meunier). Sul punto v. anche M. WINKLER, "Same-Sex Families Across Borders", D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (Editors), *Same-Sex Couples*, cit., p. 381 ss., a p. 384. Per le ragioni ora esposte, secondo M. WINKLER, "Friend sto Our Children: omogenitorialità e diritto internazionale privato", A SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011, p. 115 ss, a p. 133, non assume alcun rilievo il fatto che l'adozione sia avvenuta in modo 'fraudolento', e cioè che la coppia si sia recata all'estero con l'unico scopo di adottare un minore per tornare poi nello Stato di origine dove una simile adozione è vietata: in tali ipotesi, infatti, il mancato riconoscimento sarebbe in ogni caso idoneo a ledere l'interesse del minore.

IV. Il superiore interesse del minore come criterio-guida e i risultati paradossali ai quali conducono parametri di valutazione differenti

13. Che il superiore interesse del minore costituisca un criterio di fondamentale importanza anche in relazione al riconoscimento delle adozioni omoparentali emerge peraltro anche dai risultati paradossali ai quali conduce l'applicazione di criteri differenti. Emblematiche a questo proposito sono tre pronunce della Cour de cassation francese del 2010 e del 2012, e dunque anteriori all'approvazione della legge "mariage pour tous"⁴¹, che ha aperto il matrimonio alle coppie omosessuali. Nella prima⁴², la vicenda concerneva una coppia composta da una cittadina francese e da una cittadina americana, unite in una "domestic partnership". La prima aveva adottato negli Stati Uniti la figlia naturale della seconda, concepita tramite inseminazione artificiale con donatore anonimo, e si era vista negare il riconoscimento in Francia del provvedimento di adozione. Il ragionamento seguito dalla Cour d'appel di Parigi si fondava in effetti sull'attribuzione all'adozione americana dei medesimi effetti ricollegabili all'adozione "simple" disciplinata dall'ordinamento francese, istituto che comporta che l'adottante sia investito in via esclusiva della potestà parentale sul minore, tranne che nel caso in cui l'adottante sia coniuge dell'adottato. Interpretando la nozione di coniuge in senso stretto, la giurisprudenza francese ha sempre escluso che l'adozione simple fosse aperta alle coppie non sposate (eterosessuali o omosessuali), dal momento che essa avrebbe come conseguenza di privare della potestà parentale il genitore biologico del minore, contro la volontà di quest'ultimo. Un'adozione di questo tipo avvenuta all'estero era dunque considerata dalla Cour d'appel come in contrasto con l'ordine pubblico. Nell'annullare la decisione in questione, la Cour de cassation evita di prendere in considerazione l'adozione omoparentale in sé, concentrandosi invece sul fatto che il provvedimento straniero di adozione comportava, nell'ordinamento di origine, che entrambe le donne esercitassero congiuntamente la potestà genitoriale sul minore, risultato perfettamente compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento francese. Il criterio del superiore interesse del minore non viene invece menzionato né in tale pronuncia, né nelle decisioni del 2012⁴³. Queste ultime riguardavano due adozioni piene (legittimanti) effettuate da due coppie di uomini, l'una nel Regno Unito e l'altra in Canada⁴⁴, delle quali si chiedeva il riconoscimento in Francia. Nel prendere in esame le decisioni di diniego del riconoscimento della Cour d'appel di Parigi, ancora una volta la Cour de cassation evita di prendere in esame i caratteri dell'adozione omoparentale straniera, soffermandosi invece sul profilo degli effetti della trascrizione dell'adozione nei registri di stato civile francesi. Il risultato al quale giunge è però opposto rispetto a quello della sentenza del 2010 sopra citata. Comportando infatti l'adozione piena la recisione dei legami con la famiglia di origine e valendo la trascrizione dell'adozione come atto di nascita del minore, quest'ultimo risulterebbe infatti essere figlio di due individui di sesso maschile, in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento francese. Il diniego di riconoscimento viene dunque confermato.

14. Al di là dell'esame dettagliato delle argomentazioni utilizzate dalla Cour de cassation nelle tre pronunce in esame, va messo in luce che il risultato concreto al quale essa perviene pone problemi di compatibilità con il principio del superiore interesse del minore, al rispetto del quale anche l'ordinamento francese è vincolato. Se è vero infatti che il mancato riconoscimento di un'adozione "simple" omoparentale potrebbe comportare effetti assai pregiudizievoli per il minore nelle ipotesi nelle quali il genitore naturale venisse a mancare, dal momento che il minore non potrebbe vantare alcun diritto nei confronti del compagno del genitore, non va dimenticato che il mancato riconoscimento di un'adozione

⁴¹ Loi n. 2013-404 du 17.5.2013 ouvrant le mariage aux couplet de personnes de même sexe.

⁴² Cass. 1re Ch. Civ., 8.7.2010, n. 8-21.740. Per un commento v. P. HAMMJE, *RCDIP*, 2010, p. 748 ss.; S. BOLLÉE, *JDI*, 2011, p. 119 ss.

⁴³ Cass. 1re Ch. Civ., 7.6.2012, n. 11-30.261; Cass. 1re Ch. Civ., 7.6.2012, n. 11-30.262. Per un commento v. J-D. AZINCOURT, «Quel état civil», cit.; F. CHÉNÉDÉ, «Du nouveau en matière d'adoption internationale par des concubins homosexuels», *Juris Classeur périodique, Edition générale*, 16.7.2012, p. 857 ss.; C. NEIRINCK, «Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil», *Droit de la famille*, luglio-agosto 2012, p. 1 s.

⁴⁴ Nella prima ipotesi si trattava di un cittadino francese e di un cittadino britannico residenti nel Regno Unito; nella seconda di due cittadini franco-canadesi, residenti in Canada.

omoparentale piena produce effetti decisamente più pregiudizievoli per il minore in questione che, privo di legami con la famiglia di origine, verrebbe privato anche di quelli con la famiglia adottiva. L'applicazione del criterio del superiore interesse del minore imporrebbe al contrario di bilanciare il limite dell'ordine pubblico con l'esigenza di garantire al minore la continuità dei legami affettivi e di evitare che lo stesso sia privato di qualsiasi forma di tutela nell'ordinamento di destinazione. Si tratta dunque di un criterio che, soprattutto nel caso di adozioni piene, spinge nel senso di un loro riconoscimento anche in ordinamenti che non ammettono forme di adozione omoparentale⁴⁵.

V. Le pronunce italiane in materia di affidamento e il superamento del pregiudizio nei confronti delle famiglie omoparentali

15. L'utilizzo del criterio del superiore interesse del minore come strumento atto a garantire il riconoscimento di adozioni omoparentali anche in ordinamenti fedeli al modello tradizionale di famiglia è tuttavia condizionato dal contenuto che all'espressione "superiore interesse del minore" si voglia dare. Se si accogliesse in effetti l'interpretazione, da alcuni prospettata, secondo la quale non risponde all'interesse del minore il fatto di crescere in una famiglia non tradizionale, nella quale non sono definiti i ruoli maschile e femminile dei genitori, il criterio del superiore interesse del minore, anziché costituire un controlimite all'operare dell'ordine pubblico, diverrebbe idoneo a rafforzare tale ultimo limite e ad impedire dunque il riconoscimento del rapporto formatosi all'estero.

16. A tale ricostruzione si oppongono però due considerazioni, una di carattere generale, l'altra attinente l'ordinamento italiano. Per quanto concerne la prima, non va dimenticato che nelle ipotesi di riconoscimento di adozioni omoparentali avvenute all'estero, e dunque di rapporti di adozione già venuti in essere, il mancato riconoscimento dell'adozione influirebbe su un rapporto già creatosi, con gravi conseguenze sul minore che, soprattutto in caso di adozione congiunta, già privo di legami con la famiglia naturale si vedrebbe privato anche di quelli con la famiglia adottiva. Le perplessità sull'idoneità di una coppia omosessuale a costituire un ambiente adatto alla crescita del minore andrebbero dunque bilanciate con la presa in considerazione delle conseguenze che il mancato riconoscimento in tali ipotesi comporterebbe.

Quanto poi all'ordinamento italiano, negli ultimi anni sia la Corte di cassazione sia i tribunali di merito - se pur non in materia di adozione, bensì di affidamento di minori - sembrano mostrare segni di apertura verso il rapporto genitoriale omoparentale. Nella sentenza 601 del 2013⁴⁶, in effetti, la Corte di cassazione si è pronunciata in senso favorevole all'affidamento esclusivo di un minore alla madre convivente con un'altra donna, sul presupposto che l'opposizione a tale provvedimento si fondasse «su un mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale» e che in tal modo si desse «per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino». È poi del Tribunale per i minorenni di Bologna⁴⁷ una decisione di affidamento temporaneo di una minore a una coppia omosessuale, questa volta non formata dalla madre naturale e dalla compagna, ma da due uomini, nessuno dei quali padre naturale della bambina, seguita, anche se con argomentazioni più ambigue, da un analogo decreto del Tribunale per i minorenni di Palermo⁴⁸.

⁴⁵ La dottrina fa riferimento al superiore interesse del minore come a una sorta di controlimite all'ordine pubblico: F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, "Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale", *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, 2005, p. 336 ss, spec. p. 358; O. LOPES PEGNA, "L'interesse superiore", cit. La presa in considerazione del superiore interesse del minore sembra in altre parole imporre di applicare in materia di riconoscimento di adozioni omoparentali il medesimo ragionamento seguito dalla giurisprudenza di vari Paesi in materia di maternità surrogata. Sul punto V. C. CAMPIGLIO, "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", *RDIPP*, 2009, p. 589 ss., e la giurisprudenza straniera ivi citata a p. 603 s.; A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2009, vol. 1, n. 2, p. 294 ss.

⁴⁶ Corte suprema di Cassazione, Sezione prima civile, sentenza 11.1.2013 n. 601.

⁴⁷ Tribunale per i minorenni di Bologna, decreto 31 ottobre 2013.

⁴⁸ Tribunale per i minorenni di Palermo, decreto 4 dicembre 2013. dal decreto emerge peraltro ancora un atteggiamento di dif-

17. Ora, pur non volendosi sostenere una equiparazione tra adozione e affidamento, equiparazione che peraltro viene negata dalle decisioni ora citate, non vi è dubbio che l'orientamento ora illustrato manifesta un mutamento dell'atteggiamento della giurisprudenza italiana nei confronti delle coppie omosessuali, ritenute in grado di garantire al minore quel benessere e quella serenità che costituiscono finalità fondamentali dell'affidamento. Sarà dunque senza dubbio più difficile in futuro negare il riconoscimento ad adozioni omoparentali sulla base della motivazione che la crescita in una famiglia non tradizionale influirebbe negativamente su benessere ed equilibrio del minore in questione.

fidenza nei confronti della famiglia omoparentale, espresso dal Tribunale nella considerazione secondo la quale «non può negarsi ... che l'inserimento di un minore in tenera età all'interno di una coppia di persone dello stesso sesso potrebbe attivare dinamiche ben diverse rispetto all'inserimento di un giovane con una personalità strutturatae con orientamenti sessuali già ben definiti».