

Angioletta Sperti*

La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore

Sommario

1. Premessa – 2. L'interpretazione del principio del "superiore interesse del minore" offerta dalla pronuncia nel quadro della giurisprudenza costituzionale – 3. L'applicazione del principio di eguaglianza nella sentenza in commento – 4. La sentenza in commento alla luce del diritto costituzionale comparato. Il valore "assorbente" del principio del superiore interesse del minore

Abstract

Il commento affronta i profili di rilevanza costituzionale della sentenza del Tribunale dei Minorenni di Roma in tema di adozione del secondo genitore, mettendo in evidenza come le conclusioni cui essa perviene si pongano in linea con la giurisprudenza costituzionale in tema di adozione. In particolare, il commento si sofferma sul modo in cui nella pronuncia è inteso il principio del superiore interesse del minore e sulla valorizzazione da parte del Tribunale del principio di eguaglianza. Nell'ultima parte il commento esamina la sentenza alla luce della giurisprudenza delle corti straniere in tema di adozione del secondo genitore, osservando come l'applicazione del principio del superiore interesse del minore consenta alle corti di offrire tutela in concreto alle coppie omosessuali ed ai loro figli, tralasciando questioni di natura più generale che attengono, ad esempio, al riconoscimento del diritto alla genitorialità.

The article focuses on the constitutional issues taken into consideration by Tribunale dei Minorenni of Rome in the case concerning second-parent adoption. It puts into evidence that Tribunal's reasoning complies with the Italian Constitutional Court's case-law on adoption. In particular, the article examines the interpretation of the "superior interest of the child" and the application of the principle of equality. In the last pages the article compares the case with foreign cases on second parent adoption, arguing that the purpose to protect the child's best interest offers the courts an opportunity to guarantee the rights of same-sex couples and of their children, without addressing more general issues such as the recognition of parenting rights of homosexuals.

* Associato di diritto pubblico comparato, Università di Pisa. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

1. Premessa

La questione risolta con la sentenza del 30 luglio 2014 n. 299 del Tribunale per i minorenni di Roma¹ presenta evidenti analogie in fatto ed in diritto con quelle affrontate da numerose corti, anche costituzionali e supreme, negli ultimi anni: due donne, unite da una lunga e stabile relazione — peraltro, nel caso di specie, unite in matrimonio in Spagna — hanno una figlia e, tuttavia, solo la madre biologica è riconosciuta come tale dall'ordinamento. Per questo motivo la madre sociale chiede di essere ammessa all'adozione della bambina al fine di veder legalmente riconosciuto il proprio ruolo di genitore.

Stante l'impossibilità di applicare l'art. 44, comma 1, lett. b) della L. n. 184/1983 — che consente l'adozione del figlio del coniuge — in ragione dell'impossibilità del riconoscimento del matrimonio tra le due donne nel nostro ordinamento², il Tribunale perviene ad una soluzione innovativa³, considerando applicabile ai fini della soluzione del caso di specie l'art. 44, comma 1, lett. d) della L. n. 184/1983 relativo all'adozione in casi particolari “quando via sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo”.

Il presente contributo si propone di sottolineare i profili di interesse di tale soluzione dalla prospettiva del diritto costituzionale e di evidenziare come essa possa essere considerata in linea con le pronunce straniere che hanno analogamente riconosciuto negli ultimi anni il diritto del secondo genitore all'adozione.

2. L'interpretazione del principio del “superiore interesse del minore” offerta dalla pronuncia nel quadro della giurisprudenza costituzionale

La motivazione della pronuncia è ricca ed articolata, ma essa ha il proprio nucleo centrale nella valorizzazione, nelle concrete circostanze del caso, del principio del “superiore interesse del minore”⁴.

Il principio trova “espressa manifestazione” — ricorda il Tribunale — nell'art. 57, n. 2. della L. n. 184/1983 ed ispira l'intera disciplina dell'adozione, in particolare l'istituto dell'adozione in casi particolari che “richiede requisiti meno rigorosi di quelli previsti per gli adottanti in via legittimante”. In particolare, osserva il Tribunale, “se l'apprezzamento e la realizzazione di tale interesse costituiscono il limite invalicabile dell'applicazione dell'istituto, essi rappresentano anche una importante chiave interpretativa dello stesso”.

Il principio del “preminente interesse del minore” — sancito anche dal diritto internazionale⁵ — è da tempo accolto dalla giurisprudenza costituzionale⁶, che vi ravvisa il “centro di gravità” dell'istituto

1 La sentenza è consultabile in questa *Rivista*, 2014, 2, p. 259 ss. e in *Articolo29*, www.articolo29.it. con note di M. Gattuso, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è “sana e meritevole d'essere riconosciuta”* e J. Long, *Adozione in casi particolari e second-parent adoption*, in *Articolo29* www.articolo29.it, 2014.

2 Tale impossibilità di estendere alla coppia omosessuale l'ipotesi di adozione in casi particolari contemplata dall'art. 44, comma 1, lett. B) della L. n. 194/1983 è conseguenza delle considerazioni espresse dalla Corte costituzionale nella sent. n. 138 del 2010 (più recentemente ribadite nella soluzione della questione relativa al cd. divorzio imposto con la sent. n. 170 del 2014) secondo cui il matrimonio deve ritenersi, nel nostro ordinamento, tradizionalmente riservato alla sola coppia di sesso diverso. Contro l'intrascribibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero, pur manifestando maggiore apertura, si è inoltre espressa la Corte di cassazione, prima sezione civile, nella ben nota sent. 15 marzo 2012, n. 4184 c in conseguenza, non già della loro inesistenza o invalidità, ma piuttosto della loro *inidoneità* a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano. Sul tema, ampiamente, le riflessioni espresse nel numero I di questa *Rivista*, in particolare nei contributi di G. Brunelli e B. Pezzini.

3 Così M. Gattuso, *ivi*.

4 Sul tema, per tutti, J. Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 53 ss.

5 Cfr. l'art. 3, comma 1, Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva in Italia con l. 176/1991, secondo cui “in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente” e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, par. 2 che dispone che “In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente”.

6 Con riferimento al “preminente interesse del minore” in relazione all'adozione, si v. le sentenze della Corte costituzionale nn. 11/1981; 198/86; 182/1988; 536/1989; 27/1991; 282/1994; 401/1999; 268/2002.

dell'adozione⁷. Muovendo da una lettura coordinata degli artt. 2, 3, 30, commi 1 e 2, e 31 Cost., la Corte costituzionale intende il principio in senso lato, con riguardo non solo agli effetti giuridici o a quelli meramente materiali dell'adozione, quali stabilità e sicurezza economica, ma anche a quelli spirituali che impongono di tener conto delle istanze affettive⁸. Dalla necessità di assicurare tutela all'interesse del minore — così inteso — discende che la disciplina dell'adozione “deve tendere alla soluzione che sia «in concreto» ottimale per il minore”, con la conseguenza che — secondo la Corte costituzionale — da un lato, al giudice devono essere concessi poteri idonei alla sua individuazione e, dall'altro, vanno tenuti in adeguata considerazione i legami che il minore abbia instaurato in precedenza⁹.

La Corte ha, pertanto, valorizzato l'ampia formulazione del principio, facendone un punto di forza della disciplina dell'adozione, in particolare dell'adozione in casi particolari la quale — come ricorda anche il Tribunale nella sentenza in commento — impone di “abbandonare rigide soluzioni¹⁰”. La giurisprudenza costituzionale non ha, dunque, condiviso le considerazioni di quella parte della dottrina che in passato aveva sottolineato i rischi derivanti dal collocare, in posizione di assoluta preminenza, un principio difficile da definire in astratto e in concreto¹¹, quale quello del “superiore interesse del minore”.

Questa lettura del principio del superiore interesse del minore — peraltro condivisa dalla giurisprudenza di legittimità¹² — valutato nelle circostanze concrete del caso e nel suo complesso, è accolta dal Tribunale dei Minorenni di Roma nella sentenza in commento. La pronuncia, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 1996, sottolinea, infatti, la necessità di tutelare in concreto i rapporti di fatto instauratosi con il tempo tra la minore e la co-madre: “Negare alla bambina — osserva il Tribunale — i diritti e i vantaggi che derivano da questo rapporto costituirebbe certamente una scelta non corrispondente all'interesse della minore che ... occorre sempre valutare in concreto”. Da qui, dunque, il rigetto della tesi restrittiva sostenuta dal P.M.M. che ritiene di prescindere dalla valutazione dell'interesse del minore, nel presupposto che l'art. 44, comma 1, lett. d) non sia applicabile nel caso di specie data l'assenza di uno stato di abbandono della bambina.

Tuttavia, a sentenza in commento, oltre a valorizzare il “legame inscindibile” instauratosi tra la bambina e la co-madre, è attenta anche alla dimensione *sociale* dell'adozione, poiché sottolinea come la minore sia pienamente inserita nel contesto educativo e familiare. Inoltre il Tribunale interpreta il superiore interesse della bambina anche in relazione al “benessere psico-sociale dei membri del gruppo familiare”, nel presupposto che esso “non sia legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno: in altri termini — sottolinea — non sono né il numero, né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano”.

Sebbene anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 268 del 2002 (relativa al cognome dell'adottato nell'adozione in casi particolari), richiamando l'art. 2 Cost., abbia in passato valorizzato “il legame del minore col proprio passato e, perciò, con la sua identità personale come essa è stata ed è conosciuta nell'ambiente sociale”, l'attenzione alla dimensione sociale del superiore interesse del minore può essere letta come una rilevante novità della pronuncia in commento. Il Tribunale ha così compiuto un passo ulteriore verso l'affermazione del diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso, dopo che la Corte di cassazione, nel 2013, aveva qualificato come frutto di “un mero pregiudizio” il ritenere “dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata in una coppia omosessuale”¹³.

7 Così Corte costituzionale, sentenza n. 27/1991, § 3 cons. dir.

8 A questo riguardo, per tutti, v. Corte costituzionale, sentenze nn. 536/1989; 106/1990; 198/1996. Sull'interpretazione dell'“interesse del minore”, da accertarsi in base anche alle istanze affettive del minore, V. Pocar, P. Ronfani, *L'interesse del minore nella legge e nella pratica*, Milano, Guerini Scientifica, 1996, p. 174.

9 Corte costituzionale, sentenze nn. 11/1981 e 198/1996.

10 Corte costituzionale, sentenza n. 198/1996.

11 Cfr. A. Costanzo, *Vicende di due principi costituzionalmente rilevanti e affini*, in *Diritto di famiglia*, 1995, p. 1129 e sul punto anche E. Lamarque, *Art. 30 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Torino, Utet, 2006, p. 632 ss.

12 Cfr. in part. Cassazione civile, sezione I, sentenza 19 ottobre 2011 n. 21651, peraltro richiamata dal Tribunale dei Minorenni capitolino nella sentenza in commento; Cassazione civile, sezione I, sentenza 9 maggio 2002, n. 6633; Cassazione civile, sezione I, sentenza 16 febbraio 2002, n. 2303.

13 Cassazione civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601.

3. L'applicazione del principio di eguaglianza nella sentenza in commento

Merita inoltre di essere sottolineata l'attenzione del Tribunale verso il profilo della violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) che deriverebbe dal diniego dell'adozione nei confronti della co-madre.

Dopo aver richiamato la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale in tema di diritto al matrimonio per le coppie omosessuali¹⁴, il Tribunale ricorda, infatti, come la Corte abbia riconosciuto alle coppie dello stesso sesso "il diritto fondamentale di vivere liberamente la propria condizione di coppia, così come è per le unioni di fatto tra persone di sesso diverso". Dopo aver osservato, pertanto, che "il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati, rientra nel diritto alla vita familiare"¹⁵ e "anzi, ne sia una delle espressioni più rappresentative", il Tribunale conclude che "una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato e l'adeguatezza degli adottanti a prendersene cura, un'interpretazione dell'art. 44, co. 1, lett. d) della legge n. 184/83 che escludesse l'adozione delle coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.) fra cui la Corte costituzionale annovera quello delle unioni omosessuali a vivere liberamente la propria condizione di coppia".

Il Tribunale valorizza, dunque, particolarmente le affermazioni della Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, traendo da esse quelle considerazioni in merito all'illegittimità di una discriminazione in base all'orientamento sessuale che, invece, la stessa Corte aveva respinto, muovendo dall'assunto che il principio dell'eguaglianza formale rappresentasse un parametro non pertinente, "in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio".

Inoltre, non va dimenticato che nella stessa sentenza n. 138/2010 la Corte costituzionale aveva desunto la diversità tra le coppie dello stesso sesso rispetto a quelle di sesso diverso proprio dall'assenza nelle prime di una "potenziale capacità procreativa"¹⁶, così accogliendo un rigido nesso tra filiazione e matrimonio¹⁷ e, al tempo stesso, una posizione di chiusura verso un futuro riconoscimento del diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali¹⁸.

-
- 14 Si v. *supra*, in nota 1. Il diritto al matrimonio, sebbene riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale come un diritto fondamentale fondato sugli artt. 2, 3, 29 Cost., e 12 Cedu (sentenze n. 445 del 2002 e n. 245 del 2011) non viene tuttavia riconosciuto dal Tribunale nella sentenza in commento.
- 15 Sul tema, anche la Corte Europea dei diritti dell'Uomo, che sin dalla nota sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, del 24 giugno 2010, ha riconosciuto il diritto alla vita familiare ex art. 8 Cedu per le coppie omosessuali, valorizzando i legami affettivi tra persone conviventi, a prescindere dalla sussistenza di un riconoscimento giuridico tra di esse. Si v. a riguardo, C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo: Schalk e Kopf c. Austria*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 239 ss.; M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 1337 ss.
- 16 Sentenza n. 138 del 2010, punto 9 cons. dir. A commento della pronuncia, nella vastissima letteratura, si v. F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, www.associazionedeicostituzionalisti.it; Id., *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro italiano*, 2010, I, p. 1367; M. Di Bari, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in *Forum di quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it; B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, www.associazionedeicostituzionalisti.it; R. Pinardi, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 11, 527 ss.; A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it; R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; Id., *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Rete Lenford*, www.retelenford.it e in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, www.associazionedeicostituzionalisti.it; Id., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro Italiano*, 2010, I, 1369 sgg.; A. Ruggeri, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, www.associazionedeicostituzionalisti.it; P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, 10, p. 997.
- 17 Sul punto, in particolare sul rapporto di matrimonio ex art. 29 Cost. e il rapporto di filiazione ex art. 30 Cost. si v. per tutti, B. Pezzini, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in questa *Rivista*, 2014, 2, p. 12 ss.
- 18 Su questa considerazione nella sentenza n. 138/2010 si v. le considerazioni di A. Pugiotto, *cit.*, ma anche le osservazioni di R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali*, *cit.* e P. Veronesi, *cit.*, p. 997.

L'affermazione secondo cui l'esclusione del secondo genitore dall'adozione costituisce una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, rappresenta, quindi, un ulteriore profilo di interesse della pronuncia in commento. Peraltro, nella valorizzazione del principio di eguaglianza formale, la sentenza si pone in sintonia con l'esperienza straniera, poiché anche in altri ordinamenti sono state soprattutto le corti inferiori a valorizzare la violazione del principio di eguaglianza nelle pronunce sui diritti degli omosessuali. Al contrario, le corti costituzionali o di ultima istanza tendono spesso a trascurare il profilo della discriminazione sofferta dalle coppie omosessuali, probabilmente per il timore degli effetti a cascata che potrebbero derivare dal qualificare l'orientamento sessuale come un fattore illegittimo di discriminazione o una *suspect classification* da sottoporre al più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale¹⁹.

4. La sentenza in commento alla luce del diritto costituzionale comparato. Il valore “assorbente” del principio del superiore interesse del minore

La vicenda esaminata dal Tribunale dei Minorenni di Roma presenta, come si è già ricordato in precedenza, molti punti di contatto con le questioni giunte all'esame di corti straniere negli ultimi anni.

Le Corti statali degli Stati Uniti sono state le prime ad affrontare, sin dai primi anni Novanta e ben prima del riconoscimento del matrimonio per le coppie dello stesso sesso, il tema del diritto degli omosessuali di adottare il figlio del proprio *partner*²⁰. Nel 1992, una corte statale dello Stato di New York riconobbe, per la prima volta, il *best interest* del minore ad essere adottato dalla compagna della madre biologica²¹. Nel 1993, una richiesta di *second-parent adoption* fu accolta dalla Corte Suprema del Vermont che ritenne il diniego dell'adozione contrastante con l'interesse del minore e dello stesso Stato²².

Dalla metà degli anni Novanta, un analogo orientamento è condiviso dalle corti canadesi secondo cui il diniego di *second-parent adoption* per le coppie omosessuali rappresenta un'incostituzionale violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 15 della Carta canadese dei diritti²³.

Negli ultimi anni, numerose corti, anche costituzionali, sono intervenute sul tema dell'adozione del secondo genitore: merita di essere ricordata, per la ricchezza delle sue argomentazioni, la sentenza del Tribunale Superiore di giustizia del Brasile del 2010 che non solo ravvisa nell'esclusione delle coppie omosessuali dalla possibilità di adottare il figlio del coniuge un'illegittima discriminazione, ma osserva anche che “l'adozione, quando richiesta per provvedere all'interesse del bambino, come nel caso di specie, è un gesto di umanità”. Per questo motivo, conclude il Tribunale, “è tempo di abbandonare atteggiamenti ipocriti e preconcetti privi di base scientifica e di adottare una ferma posizione in difesa della priorità assoluta, sancita a livello costituzionale, di diritti di bambini ed adolescenti”²⁴.

19 Si possono, ad esempio, richiamare i casi *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) e *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013) (entrambi consultabili in *Articolo29*, www.articolo29.it) della Corte Suprema degli Stati Uniti che concludono a favore del riconoscimento dei diritti degli omosessuali senza chiamare in causa la violazione del principio eguaglianza, ma anche la già citata sentenza n. 198/2012 del Tribunale costituzionale spagnolo in tema di matrimonio Sull'assenza del principio di eguaglianza formale nell'argomentazione delle corti costituzionali o supreme si rinvia tuttavia, per ulteriori indicazioni giurisprudenziali e dottrinali, ad A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2014.

20 La prima sentenza che negli Stati Uniti riconosce il diritto al matrimonio è il caso *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530 (1993) della Corte Suprema dello Stato delle Hawaii che fu duramente avversata politicamente, tanto che il matrimonio nello Stato delle Hawaii è stato introdotto dal legislatore solo nel 2013. Il primo Stato degli Stati Uniti a dotarsi di una legge che apre il matrimonio alle coppie omosessuali fu il Massachusetts nel 2004 a seguito della ben nota sentenza della *Supreme Judicial Court in Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (2003) di pochi mesi precedente, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

21 *Matter of Adoption of Evan*, 583 N.Y.S.2d 997 (Sur. Ct. 1992).

22 *In re Adoption of B.L.V.B.*, 27 A.L.R.5th 819 (1993). Nel caso di specie tuttavia il riconoscimento della possibilità di adottare avrebbe comunque lasciato i diritti parentali alla sola madre biologica, così come allora stabilito dalla legge statale in tema di adozione.

23 *Ontario Provincial Division Court, Adoption of K and B*, (1995) 31 CRR (2D) 151.

24 *Superior Tribunal de Justiça, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul c. LMBG, Recurso especial n. 889.852 - rs* (2006/0209137-4), 27 aprile 2010 in <http://stj.jusbrasil.com.br>, in part. § 5.3.

Le affinità la sentenza in commento ed i precedenti stranieri non si rinvergono solo nella questione oggetto del giudizio, ma anche nei principi giuridici applicati per la soluzione dei casi: anche le decisioni straniere in tema di adozione da parte delle coppie omosessuali trovano, infatti, il principale fondamento nella tutela dell'interesse del minore che non può ritenersi leso dall'adozione del secondo genitore.

Escluso “il rischio di un’alterazione effettiva della personalità del minore per il mero fatto dell’orientamento sessuale del genitore”²⁵, è infatti proprio il “superiore interesse del bambino” — come codificato dal diritto internazionale e dalle fonti interne in tema di adozione — a consentire alle corti di superare le strettoie della normazione interna.

Il superiore interesse del bambino è inteso in senso complessivo, con riguardo non solo agli effetti meramente materiali e giuridici dell'adozione, ma anche per quanto attiene alla “stabilità, dedizione, affetto e sostegno importante per lo sviluppo del bambino”²⁶ o al contesto sociale ed educativo²⁷. Inoltre, come nella nostra giurisprudenza, l'interesse del minore viene valutato anche nella giurisprudenza straniera in relazione alle specificità del caso concreto: come scrive il Tribunale costituzionale tedesco nel 2013²⁸, ogni singola adozione presuppone infatti, un accertamento caso per caso.

Significativa è la sentenza della Corte Suprema di Israele del 2005²⁹ in cui la maggioranza conclude a favore dell'adozione del secondo genitore, sulla base del combinato disposto della disposizione della legge sulle adozioni che ammette l'adozione del figlio del coniuge con quella che consente — “in speciali circostanze e per ragioni che dovranno essere illustrate” — di derogare alle condizioni dell'adozione per perseguire il *best interest* del minore³⁰. In questa pronuncia, all'opinione della maggioranza che muove da un *internal approach*, fondato sulla valutazione dell'interesse del minore alla luce delle circostanze del caso, si contrappongono le tesi della minoranza che, al contrario, muovono da premesse di principio (*principled approaches*) e negano che nel caso di specie debba prevalere il *best interest* del oppure accolgono la domanda del secondo genitore presupponendo che la coppia omosessuale sia in astratto idonea all'adozione.

Il contrasto interpretativo fra i giudici in questa pronuncia — non dissimile in fondo da quello tra P.M.M. e Collegio nella sentenza in commento — rende evidente come la preminenza del principio del superiore interesse del bambino e l'apprezzamento di esso nel caso concreto consentano alle Corti di giungere ad una risposta favorevole alle richieste dei genitori omosessuali, mettendo da parte considerazioni di natura più generale circa, ad esempio, il riconoscimento del fondamentale diritto alla genitorialità delle persone omosessuali.

Come ha ricordato il *Conseil constitutionnel* francese nella sentenza del 2013, “non si tratta in questi casi di riconoscere alle coppie omosessuali «un diritto ad avere un figlio»: le coppie dello stesso sesso

- 25 Così il Tribunale costituzionale spagnolo nella sent. n. 198/2012. In questo senso anche la sopra citata sentenza del Brasile, *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul c. LMBG*, in particolare § 5.3. (“Se gli studi scientifici non indicano un danno di alcun tipo per i bambini ... e se spetta allo Stato, allo stesso tempo, garantire i loro diritti, la concessione della richiesta di adozione si impone”).
- 26 Così la Corte Suprema del Sud Africa nel celebre caso *Du Toit v. The Minister of Welfare and Population Development*, Case CCT 40/01, 10 settembre 2002, in part. § 21.
- 27 Si v., ad esempio, per un apprezzamento dell'inserimento del bambino nel contesto sociale ed educativo ai fini della valutazione del superiore interesse del minore, la citata sentenza del Tribunale superiore di giustizia del Brasile, *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul c. LMBG*, in part. § 5.3 (“non bisogna dimenticare che siamo di fronte ad una consolidata situazione di fatto perché i bambini riconoscono le due donne come le loro madri sin dalla nascita e sono allevate da entrambe. C'è doppia maternità dei bambini sin dalla nascita e da essa non deriva alcun pregiudizio. I bambini studiano in una scuola privata e non vi è alcun pregiudizio nei loro confronti da parte degli altri bambini”).
- 28 BverGE, 1 BvL 1/11 e 1 BvR 3247/09, sentenza del 19 febbraio 2013 (reperibile in *Articolo29*, www.articolo29.it). A commento della pronuncia, F. Saitto, *Il paradosso di Zenone, ovvero dell'adozione successiva per le Unioni civili al vaglio del Bundesverfassungsgericht*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it. Secondo il Tribunale costituzionale, il riconoscimento dell'adozione del secondo genitore non vincola il legislatore che potrà comunque, in principio, favorire il matrimonio rispetto ad altre comunioni di vita ai sensi dell'art. 6 GG e non sarà vincolato a riconoscere come famiglia tutte le forme di relazione tra genitori e figli, garantendo loro piena potestà genitoriale.
- 29 Corte Suprema di Israele, *Yaros Hakak v. Attorney General* del 10 gennaio 2005.
- 30 In particolare l'art. 23, sect. 3 dell'*Adoption law* di Israele recita: “Adoption may only be done by a man and his wife together; but the court may give an adoption order to a single adopter — (1) If his spouse is the parent of the adoptee or adopted him previously”. La disposizione viene letta in combinato disposto con l'art. 25 che afferma. “If the court finds that it is in the best interests of the adoptee, it may, in special circumstances and for reasons that it shall state in its decision, depart from the following conditions: 1) The age of the adoptee under section 2; (2) The death of the adoptee's parents and the relationship of the adopter under section 3(2); (3) An age difference under section 4; (4) The length of the test period under section 6”.

dovranno rispettare le stesse regole previste per l'adozione da parte delle coppie eterosessuali e la loro idoneità dovrà essere verificata attraverso le medesime procedure previste anche per queste ultime, assicurando sempre il rispetto del principio secondo cui l'adozione deve essere "compatibile con il migliore interesse del bambino"³¹. Allo stesso modo, il Tribunale spagnolo nel 2012³² ha escluso che aprire all'adozione per le coppie dello stesso sesso implichi il riconoscimento di un generale "diritto di adottare", mentre il Tribunale costituzionale tedesco nel 2013 ha ritenuto che dalla tutela all'interesse del minore nel caso concreto non possano desumersi vincoli per il legislatore, né in tema di disciplina del matrimonio, né di tutela della famiglia.

Certamente queste ultime osservazioni attengono ad un piano più generale, quello della legittimità costituzionale del divieto o dell'ammissibilità dell'adozione, ma anche da esse emerge il carattere "assorbente" di un'argomentazione che prescindendo da premesse di principio, sia incentrata sull'interesse del minore inteso in senso spirituale, oltre che materiale.

Su questa linea si colloca, dunque, anche la pronuncia in commento in cui analogamente, il collegio osserva come la disciplina dell'istituto del matrimonio resti pur sempre rimessa, in base alla giurisprudenza di Strasburgo³³, al margine di apprezzamento degli Stati e come, nella soluzione del caso di specie, non si tratti di riconoscere un diritto *ex novo*, ma piuttosto di evitare un pregiudizio alla minore sfruttando uno strumento — quello dell'adozione ex art. 44, co. 1 lett. d) — che si configura come una "porta aperta" verso i cambiamenti della nostra società.

In questa prospettiva non può essere a nostro parere considerata un semplice *obiter dictum* — e deve pertanto essere valorizzata — l'osservazione del Tribunale secondo cui non va stigmatizzata la genitorialità delle coppie omosessuali che è "diversa, ma parimenti sana e meritevole di essere riconosciuta": tale considerazione è, infatti, da leggersi non in connessione con il principio del superiore interesse del minore, quanto piuttosto come una conseguenza del principio di non discriminazione verso le coppie omosessuali.

Come peraltro rilevato anche dalle corti straniere³⁴, è infatti il principio di eguaglianza ad imporre di valutare l'idoneità della coppia omosessuale all'adozione al pari di quanto avviene per le coppie eterosessuali, ossia nelle specificità del caso concreto ed avendo riguardo all'interesse del minore.

31 *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 2013-663, *considérants* n. 52-54 (reperibile in *Articolo29*, www.articolo29.it).

32 Lo sottolinea lo stesso giudice estensore Pérez Tremps, al § 12 della sentenza n. 198 del 2012 del Tribunale costituzionale spagnolo.

33 Cfr. *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., §§ 60-62. Nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, merita di essere ricordata, inoltre, la sentenza *X c. Austria*, 19 febbraio 2013 (Grande Camera), n. 19010/07, relativa analogamente ad un caso di *second parent adoption* in cui si sottolinea come "non sia provato che per un bambino possa essere negativo crescere con una coppia dello stesso sesso" e si ravvisa una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale verso le coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali non unite in matrimonio. Tuttavia, in questa pronuncia — pur apprezzabile per la attenzione rivolta al superiore interesse del fanciullo — tale profilo non assume rilievo autonomo nella motivazione, in quanto la Corte Edu si limita a constatare come il legislatore austriaco non avesse adeguatamente giustificato la discriminazione sulla base dell'interesse del bambino ed avesse operato scelte incoerenti fra loro relativamente all'interesse del minore (cfr. in part. § 144).

34 Tribunale costituzionale spagnolo, sentenza n. 198 /2012, § 12, in *Articolo29*, www.articolo29.it, secondo cui non può presumersi "il rischio di un'alterazione effettiva della personalità del minore per il mero fatto dell'orientamento sessuale del genitore".