

## Bigenitorialità, nozione di famiglia e omogenitorialità

### nella prospettiva della riforma delle adozioni

Di Marco Mazzolai<sup>1</sup>, Simone Pillon<sup>2</sup>, e Sara Napoleoni<sup>3</sup>

Per contatti: [www.infolegale.info](http://www.infolegale.info)

#### INDICE

Premessa: la legge naturale e il diritto naturale

1. La famiglia nella Carta Costituzionale
2. La bigenitorialità e il superiore interesse del fanciullo
3. L'omogenitorialità e i c.d. nuovi diritti
4. De iure condendo: adozione alle coppie omogenitoriali?
5. Quali possibili miglioramenti alla legge 184/83?

#### **Premessa: la Legge naturale e il diritto naturale**

La legge naturale precede qualsiasi legge umana, esprime valori, principi inderogabili e vincolanti che non dipendono dalla volontà del legislatore umano e neppure dal consenso che gli Stati possono ad essi prestare. La legge naturale si pone in definitiva come il solo valido baluardo contro l'arbitrio del potere. Quell'insieme di norme che sono l'espressione giuridica della legge naturale può essere definito come il diritto naturale.

Se non si riconosce l'esistenza di una legge naturale e di un diritto naturale, il legislatore del momento diviene egli stesso parametro di giustizia assoluta e per definizione non vi sarà più nulla di assoluto e immutabile neppure l'essenza stessa dell'uomo.

In tal senso fu già esaustivo ed estremamente chiaro Cicerone, il quale, in un brano della De Repubblica, affermò: "Certamente esiste una vera legge: è la retta ragione; essa è conforme alla natura, la si riscontra in tutti gli uomini; è immutabile ed eterna; i suoi precetti richiamano al dovere, i suoi divieti trattengono dall'errore ...."

A questa legge non è lecito apportare modifiche né toglierne alcunché né annullarla in blocco, e non possiamo esserne esonerati né dal senato né dal popolo, né dobbiamo cercare come suo interprete e commentatore Sesto Elio; essa non sarà diversa da Roma ad Atene o dall'oggi al domani, ma come unica, eterna, immutabile legge governerà tutti i popoli ed in ogni tempo, ed un solo dio sarà comune guida e capo di tutti: quegli cioè

---

<sup>1</sup> Avvocato del Foro di Perugia

<sup>2</sup> Avvocato cassazionista, mediatore familiare, membro della Commissione adozioni internazionali presso la presidenza del Consiglio

<sup>3</sup> Avvocato del Foro di Perugia

che elaborò e sanzionò questa legge; e chi non gli obbedirà, fuggirà se stesso e, per aver rinnegato la stessa natura umana, scontrerà le più gravi pene” (Cicerone, De Republica, III, 22,33).

La premessa di cui sopra, appare essenziale per affrontare e comprendere il tema concreto della importanza della bigenitorialità e della irragionevolezza della omogenitorialità e delle unioni omosessuali nella nostra società contemporanea e per comprendere la relativa deriva giurisprudenziale e dottrinale. Vedremo, infatti, che le stesse sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e della Corte di Cassazione e delle corti di merito nazionali mirano al rispetto dei principi del diritto positivo che vengono interpretati negando la sussistenza di un diritto naturale e di una legge naturale di riferimento. Così procedendo tutto potrà essere o non essere lecito a discrezione del governante di turno, ed è quello che sta avvenendo.

\*\*\*

## **1. La famiglia nella Carta Costituzionale**

Nel nostro ordinamento il riferimento principe alla famiglia è contenuto nella Carta Costituzionale.

L’art. 29, comma 1, Cost. sancisce che *“la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”*. L’art.30 attribuisce a entrambi i genitori il diritto-dovere di mantenere, istruire e educare la prole”.

Quindi i padri costituenti per il concetto di famiglia hanno aderito al diritto naturale e ritenuto che la famiglia fosse una società naturale fondata sul matrimonio (tra persone di diverso sesso). La tutela costituzionale della famiglia deriva ovviamente dal poter generare i figli, i quali sono fondamentali non solo per la coppia ma per tutta la collettività. Essi, infatti, assicurano il “ricambio generazionale”. Non è immaginabile una società senza figli.

La Famiglia per la nostra Costituzione deve essere formata da due coniugi di sesso diverso uniti in matrimonio. Non vi può essere alcuna violazione del diritto di uguaglianza (art.2 Cost.) qualora non fosse consentito a due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio, o a due conviventi eterosessuali di rivendicare uno status familiare essendo le diverse unioni ontologicamente una cosa diversa l’una dall’altra consentendo quindi una diversa disciplina giuridica.

Al riguardo, è bene ricordare che la Corte Costituzionale con la sentenza n.138/2010 aveva affermato che se era vero *“che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “crystallizzati” con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi”*, non era men vero che *“detta interpretazione... non può spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata.”*

La circostanza che in occasione dei Lavori dell'Assemblea costituente si era presa unicamente in considerazione la nozione di matrimonio come unione fra persone di sesso diverso ha fatto dire ai giudici della Consulta che “questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa”.

\*\*\*

## **2. La Bigenitorialità e il superiore interesse del fanciullo**

Il primo dei superiori interessi del fanciullo è quello di crescere e mantenere significative relazioni con la figura paterna e la figura materna, entrambe necessarie per la sua crescita serena ed equilibrata. Il principio di bigenitorialità vale a maggior ragione per i minori che a causa delle tristi vicende della vita sono stati privati di entrambi i genitori e vivono dunque in stato di abbandono.

### La normativa internazionale

In questo senso il Principio sesto della dichiarazione universale diritti fanciullo (1959) enuncia chiaramente che è diritto del fanciullo “crescere sotto le cure e la responsabilità dei genitori”.

Il combinato disposto degli articoli 3 e 9 della convenzione ONU del 1989 ratificata dall'Italia con la legge 176/91 identifica quale superiore interesse del fanciullo quello di “non esser separato dai genitori” e di “intrattenere rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori”.

La risoluzione 2079.2015 del Parlamento Europeo conferma che “Il coinvolgimento di entrambi i genitori nella crescita del loro bambino è un beneficio per il suo sviluppo” e che anche “il ruolo dei padri di stare viso a viso coi loro figli, compresi quelli molto piccoli, necessita di esser meglio riconosciuto e propriamente valutato”.

### La legislazione nazionale

L'art. 147 CC nella sua novellata formulazione attribuisce ad entrambi anche l'obbligo di assistenza morale dei figli.

La L. 54/06 ha introdotto nel nostro ordinamento il principio della bi-genitorialità. Nella norma, poi mutuata dall'art. 337 ter CC si legge che “il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale” L'Art 6 della legge 132/2014 ricorda “l'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori”.

L'intero impianto della L. 184/83 è costruito attorno al modello della famiglia naturale. La rivoluzione copernicana apportata dalla norma in parola, ancor oggi tra le più evolute e apprezzate del mondo, è stata finalmente capace – dopo secoli – di affrontare la questione dell'adozione nella corretta prospettiva del *best child interest*, uscendo da anacronistiche e discriminatorie visioni adultocentriche della realtà (che pure

qualcuno oggi tenta di reintrodurre surrettiziamente nel nostro ordinamento sotto le mentite spoglie dei c.d. “nuovi diritti”). In altre parole se fino al 1983 l’adozione serviva sostanzialmente a “dare un figlio” a una coppia sterile, dopo l’approvazione della norma in parola si è posta la finalità di “dare una famiglia” a un minore in stato di abbandono.

La spesso grave situazione psico-fisica in cui versa il minore a seguito dell’abbandono e i non di rado permanenti eliquati psico-somatici che ne derivano hanno correttamente imposto al legislatore di prevedere una forte ed efficace selezione delle famiglie adottanti, privilegiando le coppie stabilmente coniugate e accuratamente vagliate dai servizi territoriali, al fine di offrire a minori così segnati dalla vita la gioia di potersi trovare inseriti in un contesto familiare in grado di riprodurre le condizioni più simili possibili a quelle ideali di cui ogni bambino può e deve aver diritto a godere.

#### La giurisprudenza

La Giurisprudenza di legittimità e di merito è completamente allineata nel sostenere l’importanza e il ruolo di entrambe le figure genitoriali. Anche la giurisprudenza penale si è definitivamente posta a tutela di tale assunto: la Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che *“entrambe le figure genitoriali sono centrali e determinanti per la crescita equilibrata del minore”* (Cass. Pen. 27995/09) giungendo a sanzionare penalmente chiunque frapponga ostacoli a tale corretto esercizio della relazione del figlio con il padre e con la madre.

#### La ricerca scientifica

Rosa Rosnati e Raffaella Iafrate (docenti di Psicologia dell’adozione, dell’affido e dell’enrichment familiare, Università Cattolica di Milano) sostengono (quasi che non fosse un’ovvietà) che “La presenza dei genitori svolge un ruolo basilare nello sviluppo psicosociale. Fonda l’identità della persona e promuove la costruzione dei legami. La coppia coniugale è portatrice di cura, protezione e affetto (funzione materna) e, allo stesso tempo, di giustizia ed equità (funzione paterna).

Una recente ricerca svedese sulla genitorialità condivisa, impressionante per il vastissimo campione di oltre 160.000 minori presi in esame (Bergström et al. BMC Public Health 2013, 13:868 <http://www.biomedcentral.com/1471-2458/13/868>) ha messo in luce come i minori privati di una delle figure genitoriali abbiano seri problemi rispetto ai coetanei che vivano con papà e mamma. In particolare risulta che i minori deprivati del padre o della madre hanno 1/3 delle possibilità in più di avere problemi alla salute fisica o psicologica, abbiano risultati scolastici generalmente inferiori e abbiano ¼ delle possibilità in più dei loro coetanei di avere bassi livelli di autostima e autopercezione.

Il pediatra varesino Vittorio Vezzetti, autore di numerosi interventi scientifici sul tema, ha riscontrato che “sono note importanti influenze della deprivazione affettiva e dello stress emotivo in ambito neurologico e psicologico (Battaglia, Pesenti, Medland et al., 2009, dimostrano con uno studio che <i>i</i> bambini geneticamente predisposti sottoposti a traumi da divisione dai genitori – lutti o separazioni coniugali difficili – in tenera età, hanno elevate probabilità di soffrire da adulti di crisi di panico per una azione modificatrice

sui centri bulbari della respirazione>, mentre Anna Sarkadi et al.: <mettono in evidenza come il coinvolgimento paterno - inteso come tempo di coabitazione, impegno e responsabilità - abbia influenze positive sullo sviluppo della prole. Gli studiosi hanno analizzato retrospettivamente 24 studi longitudinali, svolti in 4 continenti diversi. La conclusione è che il coinvolgimento del padre migliora lo sviluppo cognitivo, riduce i problemi definiti di carattere “psicologico” nelle giovani donne, diminuisce la delinquenza giovanile e riduce la frequenza di problemi connotati come “comportamentali”>.), ormonale (nanismo psicosociale, alterazioni della secrezione di ossitocina e vasopressina), persino cromosomico (su Psychosomatic medicine uno studio scientifico dimostra che <Abuso o carenza affettiva, agendo sulla lunghezza dei telomeri e sulla produzione di sostanze proinfiammatorie, aumentano la sensibilità a fattori stressanti nella vita adulta con maggior rischio di disturbi psichiatrici>.). (2,3,4,5). Nel secondo risultano chiare le influenze su gravidanze indesiderate, tabagismo e alcolismo, dispersione scolastica. (6,7,8) Secondo la dott. Sara Pezzuolo, esperta in psicologia giudiziaria “Con la prima infanzia e con l’adolescenza le relazioni dirette madre-figlio padre-figlio assumono la stessa importanza (F. Baldoni, 2005). Come sottolinea Bollea (1999) nei primi anni di vita il bambino porta avanti il suo continuo lavoro di adattamento al mondo esterno prevalentemente attraverso il padre, sia nell’imitarlo, sia nell’accettare o meno le imposizioni (...). In altre parole è il padre che contiene e progressivamente delimita quel rapporto stretto e totalizzante esistente tra madre e figlio. Ogni genitore ha un proprio ruolo e solo insieme essi si integrano e si completano. Il padre in quanto portatore di un modello responsabile e capace di assumere decisioni, costituisce una figura determinante nella prevenzione di eventuali comportamenti antisociali; la madre, in quanto figura portatrice di affetto e fiducia, è fondamentale per favorire il dialogo e la stima di sé.. La valenza della figura paterna sembra assumere un ruolo decisivo anche tra i fattori del comportamento delinquenziale degli adolescenti, soprattutto in relazione al fatto che, nella nostra società, il padre costituisce l’istanza morale fondamentale per la formazione di una “coscienza etico-sociale” (Vegetti Finzi S., A.M. Battistin 1996). Non pare dunque doversi argomentare ancora molto per convincere chiunque sia in buona fede che il miglior interesse del fanciullo, tutelato quale preminente e prevalente dal nostro ordinamento, sia da individuarsi primariamente nella corretta, proficua e serena relazione del minore con entrambe le figure genitoriali, ciascuna delle quali è portatrice di peculiarità e specificità idonee ad arricchire e completare il percorso di accoglienza, crescita, educazione e istruzione del minore.

Il criterio generale della bigenitorialità è dunque da considerarsi principio generale dell’ordinamento giuridico e ad esso devono conformarsi tutte le norme di cui si chiede l’approvazione, pena un insanabile e illogico contrasto nel corpo legislativo.

\*\*\*

### **3. L’omogenitorialità e i c.d. nuovi diritti**

Ciò esposto, si rileva che si susseguono tuttavia nel tempo, con sempre maggiore frequenza, iniziative sia politiche che giuridizionali volte a superare la bigenitorialità uomo/donna – padre/madre e sostituirla con quella uomo/uomo-donna/donna, la cosiddetta omogenitorialità.

Trattasi di ideologie che cercano il proprio fondamento e la propria giustificazione nella società, o meglio nei suoi presunti mutamenti. Si afferma che la società è cambiata, la famiglia è cambiata, i rapporti sociali sono cambiati, i sessi sono cambiati o meglio le identità sessuali o gli orientamenti sessuali sono cambiati, la realtà è cambiata e la politica e il diritto si devono adeguare a questi cambiamenti, come è stato affermato in un Convegno: *“Negli anni è cambiata la “famiglia” ed è cambiata anche la posizione della donna nella società, .... Oggi, la società e la famiglia sono mutate e il diritto deve confrontarsi con realtà che si è trasformata e che tuttora è in trasformazione”.....“attraverso l’interpretazione dottrinale e giudiziaria il diritto si adegua ai mutamenti della società. I giudici, con la loro **individuale sensibilità, cultura e professionalità** interpretano le norme e, con la lettura costituzionalmente orientata, possono non certo supplire all’inerzia del legislatore ma dare il loro singolo contributo (talora forte) all’evoluzione del diritto e, al contempo, portare all’attenzione del legislatore tematiche trascurate o “vuoti di tutela” spingendolo a legiferare”* (d.ssa Carla Marina Lendaro Convegno del 2014 presso Università di Brescia).

In realtà, non vi sono altre famiglie, ma vi sono altre unioni, convivenze, rapporti, frequentazioni, ma per poterle chiamare famiglie dovremmo prima cambiare il concetto costituzionale di famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio tra uomo e donna con lo strumento della legge di revisione costituzionale.

I sostenitori dell’omogenitorialità affermano che il bambino, comunque ed in ogni caso, abbia diritto di “vivere nell’amore”, dunque abbia diritto alla cura di persone attente ai suoi bisogni e rispettose dei suoi tempi”. *Ci si trincerava dietro i “superiori” bisogni del bambino , “the best interest of the child”* e che il giudice possa negare l’adozione alle coppie omosessuali solo in base ad obiettivi riscontri del concreto nocumento del minore, previo accertamento del se le figure genitoriali di riferimento diano al bambino un effettivo sostegno, lo educino e lo aiutino a crescere ed ancora siano capaci di affetto ed amore, senza alcun riferimento all’orientamento sessuale degli adottandi, che sarebbe per ciò solo discriminatorio.

Tale ragionamento è erroneo sia sotto il punto di vista giuridico che logico. Da un punto di vista giuridico abbiamo già evidenziato la rilevanza costituzionale del concetto di famiglia, quale società naturale fondata sul matrimonio, dal punto di vista logico il ragionamento è inconsistente. Infatti, il dare amore è un artificio linguistico, scollegato dalla realtà. Vi sono amori diversi; vi è l’amore dei nonni verso il nipotino, dei figli verso i genitori ecc. L’amore di per sé non è un discrimine. Vi è pure l’amore ossessivo o patologico. Possono amarsi anche gruppi di persone, si possono amare cose, animali, piante. Si dovrebbe poter chiedere il

riconoscimento delle unioni tra un numero illimitato di persone, si potrebbero formare delle comunità da considerarsi come famiglie anch'esse. Se 10 uomini si amano e vivono insieme si potrebbe forse obiettare che non siano idonei a crescere il figlio di uno o più membri dell'unione? Non lo si potrebbe negare facendo riferimento alle loro attitudini e orientamenti sessuali, perché sarebbe discriminatorio.

Così ragionando si è aperta la strada senza alcun dubbio alla poligamia tra persone di sesso uguale e/o diverso; ma, in realtà, abbiamo aperto le porte ad ogni forma di unione, perché se non vi è più il limite della legge naturale, fatto proprio dal diritto naturale, non vi potrà più essere alcun limite, senza che lo stesso si appalesi come mero arbitrio del regnante di turno e mera discriminazione.

Fino a pochi anni fa, vi erano delle cose che si ritenevano naturali, *in re ipsa*, che non richiedevano dimostrazione, facenti parte del comune vivere, sentire, pensare di ogni società umana da secoli e millenni ecc. Vi erano dei limiti imposti dalla natura. Oggi si è scardinato il buon senso, si è riusciti a rendere verosimile l'inverosimile, credibile l'incredibile. Si è introdotto il concetto di identità sessuale, di orientamento sessuale, sostenendo che i sessi sono due, ma ciò è secondario, perché una persona può indifferentemente aver un proprio orientamento sessuale fluido, variabile: oggi sono femmina, domani maschio, dopodomani trans, drag queen, ecc. Cos' facendo si priva l'uomo di ogni certezza. Prima ci si limitava a privarlo della certezza del lavoro, della serenità, degli affetti, a minare le certezze esterne all'uomo, oggi si vuole togliere all'uomo la sua stessa identità.

La giurisprudenza che apre la via alla omogenitorialità sostiene che seppur è certo che all'origine della *vita* "vi è tuttora l'unione dei gameti maschili e femminili nell'utero femminile, tuttavia bisogna aver riguardo alla "idoneità genitoriale" (etero od omosessuale, che sia).

*Nel vuoto legislativo e nell'assenza di certezze scientifiche il giudice nel decidere il caso di "quel singolo minore" sarebbe tenuto ad accertare con rigore l'esistenza o meno di ragioni preclusive e di effettivo e concreto nocumento al suo "best interest". Sono, devo dire, valutazioni usuali, che i giudici hanno effettuato in tutti i casi che ho esaminato*" (Marina Lendaro cit.).

In tale ragionamento, si evince che di fronte alla realtà biologica si introduce il concetto di **idoneità genitoriale** (che assomiglia tanto a quello della identità sessuale e di orientamento sessuale) e si devono pertanto dimostrare caso per caso le preclusioni e ostacoli all'adozione da parte di coppie "same sex" e non il contrario. Si sostiene che non è sufficiente il dato naturale dell'origine della vita dalla unione di due gameti: uno maschile e l'altro femminile; è necessaria la idoneità genitoriale. E se non vi sono *ragioni preclusive e di effettivo e concreto nocumento al "best interest" del bambino* non vi sono ragioni per negare l'adozione alla coppia omosessuale. Queste ragioni, pertanto, debbono necessariamente trovarsi nella letteratura scientifica, e in presenza di contrasto scientifico ricorrere al principio di precauzione già applicato, anche in ambito europeo, vedasi l'art.191 del Trattato di Lisbona.

Del resto la stessa Convenzione di New York, agli articoli n. 3 e 20 determina sul piano logico e giuridico la sovraordinazione dell'interesse dei minori rispetto a tutti quelli astrattamente confliggenti con esso, ivi compresi quelli fondati sui desideri degli adottanti, recessivi rispetto al primo.

A tale riguardo va combattuto il sillogismo (cui ricorre anche il Tribunale di Roma) secondo il quale la mancanza di una prova certa in ordine alla possibile avversità di una determinata situazione, equivale alla prova circa la sua positività.

L'art. 8 primo comma della Convenzione di Strasburgo prevede invece espressamente che "l'autorità competente non deciderà un'adozione se non ha acquisito certezza che l'adozione avvenga nell'interesse del minore".

Ed è proprio a questo riguardo che non appaiono esserci certezze scientifiche tali da consentire una serena equiparazione al modello familiare eterosessuale di altri modelli parafamiliari e da autorizzare una conclusione, quale ad esempio quella del Tribunale di Roma, nella parte in cui afferma che non sarebbe "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".

La valutazione del "preminente interesse del minore" da compiersi nel giudizio di adozione, se consiste nella valutazione dell'ambiente familiare che l'adottante può offrire, non può prescindere da un giudizio che implichi una valutazione sull'incidenza che questo, in prospettiva futura, è suscettibile di avere sulla sua salute psichica, quale aspetto fondamentale dello sviluppo della sua personalità.

E' necessario quindi prendere le mosse da un dato indiscutibile e di pacifica evidenza scientifica, che traendo origine dai fatti naturali non è privo di significato, quello cioè che solo un uomo e una donna possono procreare un figlio (e questo non è sovvertibile) e dunque questo è l'ambiente sociale proprio in cui l'uomo nasce e si sviluppa: ciascuno di noi è nato e cresciuto in un ambiente così strutturato.

Non possono dunque esservi incertezze sul fatto che questo nucleo familiare è – per ordine naturale e ordine logico - quello idoneo, ove un figlio cresce e sviluppa la propria personalità.

Il nostro legislatore lo ha espressamente affermato nella carta costituzionale, tanto è vero che la Corte Costituzionale ( sentenza n. 138 del 2010) ha ribadito il principio secondo il quale " la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente è quella definita dal codice civile del 1942, che stabilisce che i coniugi devono essere persone di sesso diverso" esplicitando in tal senso il concetto di famiglia, vale a dire quella intesa come "società naturale", tra uomo e donna.

Le modificazioni del costume sociale, non possono incidere su tali principi, determinandone il superamento: il concetto di famiglia, anche ai fini dell'adozione, è dunque quello che implica la compresenza di entrambe le figure genitoriali.

Da tutto l'impianto delle norme sull'adozione, si desume che il modello familiare composto da uomo e donna

è infatti quello ritenuto idoneo ad assicurare le “migliori opportunità di sviluppo” dell’adottando e la tutela del suo “preminente interesse”; non altrettanto può dirsi invece per altre diverse forme di convivenza umana.

Il quesito infatti che il giudice e il legislatore dovrebbero porsi sarebbe il seguente : è provato che anche altre specie di convivenza umana, quali quella di due persone dello stesso sesso siano egualmente idonee a questo fine e cioè che possano offrire all’adottando le stesse opportunità di una famiglia matrimoniale?.

Se ci si libera da orpelli ideologici o preconcetti, si deve concludere che la prova sarebbe negativa.

Non vi sono infatti studi scientifici idonei a dimostrare che le coppie formate da persone dello stesso sesso siano in grado di offrire al minore pari opportunità di sviluppo della propria personalità rispetto al modello eteroparentale.

Il dato carente delle evidenze scientifiche è infatti quello della disamina a “lungo termine” cioè di quale sia l’esito del processo formativo dei minori cresciuti da coppie omosessuali; gli studi effettuati concludono che i figli adottati da persone dello stesso sesso non appaiono “svantaggiati” rispetto agli altri, ma non vi è certezza che non lo siano.

Sino a che non sarà raggiunta una certezza di questo genere non sarà possibile sostenere che l’adozione possa soddisfare il preminente interesse del minore ad ottenere dall’adottante le migliori opportunità al riguardo.

Del resto – proprio una critica scientifica accurata in ordine alle c.d. “ricerche” in materia porta ad escludere alla radice le certezze che i sostenitori delle omo - genitorialità fanno mostra di possedere. In particolare, giova richiamare il lavoro svolto con la “Review della letteratura scientifica in materia di adozione alle coppie omosessuali” di Pezzuolo, Camerini, Baldan, pubblicata nel giugno 2016 e allegata al presente lavoro.

L’imponente opera analizza circa 200 studi dal 1978 al 2015 e dimostra come i risultati non favorevoli alla tesi omo – genitoriale siano sistematicamente omessi dalla bibliografia ufficiale. Anche gli studi citati a sostegno della omogenitorialità sono in realtà molto spesso forzati, travisati o comunque relativi a campioni non rappresentativi della popolazione. Si rimanda ai contenuti della citata “Review” per ogni approfondimento in merito.

Basti qui rilevare che l’ormai onnipresente criterio della c.d. “continuità affettiva”, recepita anche nel nostro ordinamento con la legge n. 173/2015, non può certo aprire automaticamente le porte alla adozione omo - genitoriale ed anzi deve essere letta coerentemente con la specialità e residualità dell’art. 44 Legge N. 184/1983 e non certo quale criterio – guida. Diversamente opinando infatti, si potrebbe per assurdo sostenere che ove il minore avesse maturato una buona continuità affettiva con il personale di un orfanotrofio, potrebbe dunque legittimamente essere adottato dall’orfanotrofio stesso. Per evitare dunque

contraddizioni, è necessario tenere sempre presente i principi contenuti ed espressi dalla Legge N. 184/1983, con particolare riferimento alla sua concezione centrata sugli interessi del minore e non sui diritti o i capricci degli adulti.

In questo senso – contrariamente a quanto sostenuto dal Ministro Orlando nella audizione del 16 maggio 2016 avanti la Camera dei Deputati – è del tutto fuori luogo la pretesa “considerazione della molteplicità dei modelli familiari” posto che – al di là delle scelte relazionali degli adulti – è dato indiscutibile che la relazione genitoriale passi naturalmente e obbligatoriamente per un padre e una madre. Neppure si possono ritenere accettabili forzature aventi ad oggetto dati gonfiati in ordine ai minori in attesa di adozione. Basti semplicemente ricordare che, a fronte di circa 10.000 coppie uomo/donna, coniugate da più di tre anni, e accuratamente vagliate dai Servizi Sociali e dagli esperti che ogni anno si mettono a disposizione per l’adozione, sono mediamente 1.000 ogni anno i minori dichiarati adottabili.

Anche a tutto concedere e ritenere, anche a voler considerare differenti concezioni antropologiche, deve comunque essere ritenuto preminente il principio di precauzione, trattandosi oltretutto di delicatissimi equilibri che riguardano minori già duramente provati dalla vita. In questo senso, non può non farsi riferimento a un principio generale di precauzione, peraltro già codificato nel Trattato di Lisbona (art. 191) pur se riferito a diversi ambiti. Insomma quando sono coinvolti valori importanti per la collettività, laddove non vi sia certezza sull’innocuità di una determinata azione, per carenza di conoscenze scientifiche consolidate, il principio in esame precauzionalmente prescrive di astenersi da tale azione.

Poiché vi sono numerosi e importanti e attendibili studi scientifici che mostrano il rischio di nocimento cui vanno incontro i bambini cresciuti da coppie omosessuali (e pur essendocene altri in senso contrario), per un generale principio di prevenzione, cautela, tutela del minore, si dovrebbe evitare l’adozione a tali coppie, onde evitare il rischio di ledere il minore stesso.

Peraltro, con la teoria del *gender*, che ammette teoricamente infinite combinazioni circa l’identità e orientamento sessuale, potremmo ben presto trovarci di fronte ad adozioni che coinvolgono persone che nate di un sesso tuttavia si comportano e si atteggiavano da persone con inclinazioni sessuali particolari, trans, drag queen ecc. Cioè persone che fino a poco tempo fa si riteneva comunemente che avessero comunque delle devianze, delle anomalie, dei problemi, oggi potrebbero tranquillamente adottare dei bambini. Quale è e quale sarà il limite? Chi lo porrà? ovviamente il legislatore come frutto del suo mero arbitrio, in sostituzione alla millenaria Legge naturale e diritto naturale.

Assai grave appare il fenomeno dell’utero in affitto, conseguenza delle teorie sopra esposte. Infatti, in tal caso trattasi di una situazione che è stata volontariamente programmata e perseguita. Perché si dovrebbe riconoscere il diritto di due omosessuali a comprare, anzi ordinare e far fabbricare un figlio a loro uso e consumo? Quale diritto si tutela in tale momento, nel momento di tale scelta? certo non quello del figlio non

ancora nato, non ancora concepito, piuttosto il capriccio di due maschi o due femmine che vogliono un loro figlio, vogliono soddisfare un loro desiderio. Nel momento in cui la coppia decide di “ordinare” un bambino si pone in essere un comportamento illecito per il nostro ordinamento e perché dovrebbe darsi tutela giuridica tanto da consentire a costoro di essere riconosciuti quali genitori del bambino che rappresenta il risultato della loro condotta illecita o comunque *contra ius*?

Con la pratica dell’utero in affitto si crea una persona umana che prima non esisteva, la si priva del genitore biologico e poi si rivendica il diritto di adottarla sul presupposto che quel bambino ha diritto ad essere amato. Quel bambino è stato programmato, prenotato, ordinato, fabbricato ad arte per la soddisfazione di un mero interesse particolare, egoistico dell’adulto e adesso si afferma che si vuole tutelare l’interesse di quel bambino ad essere amato?

#### La normativa di riferimento

La normativa di riferimento che viene in rilievo in tema di omogenitorialità è quella della L.184/83 che disciplina le adozioni e l’affidamento familiare. In particolare, l’art.44 che prevede le ipotesi di adozione cosiddetta speciale. In particolare, l’interpretazione estensiva del primo comma, lett.d) di detto articolo è utilizzato dalla giurisprudenza per aprire alla omogenitorialità.

Nel nostro Paese, fino a poche settimane orsono, le relazioni “*same sex*” e tra persone di sesso diverso conviventi non erano disciplinate dal legislatore, poi improvvisamente il governo ha deciso di votare il disegno di legge in materia, già approvato al Senato e ha pensato bene di porvi anche la fiducia onde evitare ogni discussione e confronto parlamentare. Tale atteggiamento appare ancor più grave se si considera che la legge incide come sopra detto su principi e nozioni di natura costituzionale (grave appare anche la firma apposta dal Presidente della Repubblica Mattarella, senza batter ciglio), che anche in virtù di quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sopra citata sentenza **n.138/2010** non si sarebbero potuti stravolgere o modificare senza ricorrere allo strumento della legge di revisione costituzionale.

La legge così emanata, la n.76 del 20 maggio 2016 deve considerarsi, pertanto, costituzionalmente illegittima perché riconosce unioni tra persone dello stesso sesso che pur non avendo il “*nomen iuris*” di matrimonio sono a questo ultimo parificate ed equiparate al 99%, escluso l’obbligo di fedeltà.

Con la legge sulle unioni civili si è fatto esattamente quello che la Consulta aveva dichiarato impossibile potersi fare: stravolgere il significato di famiglia, senza ricorrere ad una modifica del testo costituzionale.

Si dice che nel nostro Paese le coppie omosessuali chiedessero il riconoscimento del matrimonio o dell’unione civile e del diritto all’omogenitorialità, non volendo continuare più a vivere in clandestinità occultando il loro legame. Anche tale affermazione è priva di senso e di logica perché non c’è mai stata l’alternativa matrimonio o clandestinità. Infatti, migliaia di persone di sesso diverso convivevano e convivono e non erano certo in clandestinità per il solo fatto che non vi fosse una disciplina giuridica al riguardo.

Per la verità, non si comprende neppure la necessità di introdurre nuovi istituti per le convivenze tra persone di sesso diverso, visto che il matrimonio, da un punto di vista civilistico è un contratto che può stipularsi

innanzi al sindaco dal quale derivano alcuni diritti e doveri minimi , con facoltà di “risoluzione” tramite la separazione e il divorzio, oramai già semplificati, e con tempistiche ridottissime; quindi francamente sfugge il motivo sociale della introduzione di questi nuovi regimi giuridici, salvo non ravvisarci semplicemente un’altra tappa di quella lotta ideologica all’istituto matrimoniale come fondamento della famiglia naturale.

#### La giurisprudenza comunitaria

Ancora una volta la giurisprudenza ha fatto da apripista. Analizziamo brevemente l’evoluzione della giurisprudenza in merito, sia della Corte europea che nazionale in materia.

La **Corte Europea dei Diritti dell’Uomo con la pronuncia del 22.4.1997** ha affermato la priorità in forza dell’art. 8 CEDU dell’interesse del bambino e con la pronuncia del **22.1.2008** ha precisato che debba aversi riguardo al migliore interesse del bambino e che per la sua valutazione debba aversi riguardo alle “...*indubbe qualità personali e l’attitudine per l’educazione dei bambini*”.

Già con la **pronuncia del 21.12.1999** si affermava che una distinzione “fondata sull’orientamento sessuale del genitore” violava gli artt. 8 e 14 Cedu .

Importante è stata la **pronuncia del 24.6.2010 Shalk e Kopf c/Austria**, con la quale la Corte Europea dei diritti dell’uomo ( in un caso di due cittadini austriaci di sesso maschile che avevano chiesto all’ufficio dello stato civile di adempiere le formalità richieste per contrarre matrimonio e, a fronte della reiezione della richiesta, avevano dedotto di essere stati discriminati) ha ritenuto che non vi era stata violazione dell’art. 12 e che non vi era stata violazione dell’art. 14, in relazione all’art. 8 della Convenzione, ma nonostante tale dispositivo di rigetto delle richieste dei ricorrenti, la sentenza contiene importanti novità sull’interpretazione sia dell’art. 12 sia dell’art. 14 della Convenzione. Infatti, ha esteso la nozione di **vita familiare** ai fini dell’art.8 del CEDU anche alle coppie omosessuali e ha stabilito che il **diritto al matrimonio** riconosciuto all’art.12 della CEDU comprende anche il diritto al matrimonio tra coppie omosessuali, tuttavia distinguendo tra riconoscimento del diritto e sua garanzia. L’art.12 riconoscerebbe il diritto a sposarsi e formare una famiglia ma secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto e l’art.9 della Carta (di Nizza) riconosce il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia ma questi diritti sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio. La Corte ha dichiarato di non potersi spingere a sostituire l’opinione delle autorità nazionali con la propria, riconoscendo una sorta di “**riserva assoluta di legislazione nazionale**” (come affermato da Corte di Cassazione n.4184, 4 novembre 2011-12 marzo 2012). La Corte però con la sua interpretazione degli articoli del CEDU e della Carta ha dichiarato di non ritenere più che il diritto al matrimonio di cui all’art.12 CEDU debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto”.

**La Corte di Cassazione ( sentenza n.4184, 4 novembre 2011-12 marzo 2012)** riconosce alla sopra citata sentenza della Corte Europea di “aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell’istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell’aver ritenuto incluso nell’art.12 della CEDU anche il diritto al matrimonio omosessuale”. La Cassazione ha proseguito il ragionamento affermando che avendo la Corte costituzionale riconosciuto che l’unione

omosessuale comunque costituisce una formazione sociale ex art.2 della Costituzione, le due pronunce lette congiuntamente fanno sì che a prescindere dall'intervento del legislatore (che ora c'è stato) è riconosciuto *"il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza"*.

In precedenza la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con due distinte pronunce in tema di unioni civili aveva posto l'accento sulla disparità di trattamento tra coppie omosessuali e eterosessuali imponendo una medesima disciplina alle due fattispecie che sono invece ontologicamente diverse tra loro.

**Con la decisione del 15.3.2012** occupandosi anche di *"step-parent adoption"* nel caso di una coppia dello stesso sesso, legata da un *"Pacte civile de solidarité"*-PACS, la cui domanda di adozione era stata rigettata in quanto i giudici dello Stato l'avevano ritenuta *"contraria al "best interest" del minore"*, l'attribuzione infatti della potestà genitoriale alla *"madre sociale"* avrebbe comportato la privazione alla madre *"biologica"*. La Corte ha affermato che la discriminazione nei confronti della coppia "same sex" sarebbe potuta sussistere ove la legge francese avesse invece permesso questo tipo di "adozione semplificata" ad una coppia eterosessuale legata anch'essa da PACS.

Successivamente, con la **sentenza del 19.2.2013**, la Corte Europea ha diversamente deciso il caso di una coppia di donne omosessuali, ove la madre *"sociale"* voleva adottare il figlio *"biologico"* nato alla sua compagna in contrasto con l'art.182, secondo comma, codice civile austriaco (ABGB), che allora prevedeva l'adozione solo per le coppie eterosessuali *"anche non coniugate"* ed ha ritenuto che tale esclusione violasse gli artt. 8 e 14 della CEDU, essendo il punto decisivo quello del riconoscimento della *"relazione"* tra i genitori e che il consentire l'adozione del figlio "sociale" solo alle coppie di fatto eterosessuali integrasse una discriminazione ingiustificata nei confronti dei minori membri di una famiglia composta da una coppia dello stesso sesso.

#### La giurisprudenza nazionale

1- Il primo caso che si rileva è quello del **Tribunale di Napoli** nel *"lontano" 28 giugno 2006* in un complesso caso di separazione giudiziale, in un lunghissimo *"obiter dictum"* affermò che *"...la relazione omosessuale può dare luogo "in casi specifici" ad un giudizio negativo sull'idoneità genitoriale solo se posta in essere con modalità tali da pregiudicare l'equilibrato sviluppo psicofisico del figlio dodicenne, così come può valere in caso di una nuova relazione o convivenza eterosessuale..."* e che *"...prima ancora della valutazione dell'idoneità genitoriale, è di per sé irrilevante e giuridicamente neutra sia la condizione omosessuale del genitore di riferimento, sia la circostanza che questi abbia intrapreso relazioni omosessuali. L'atteggiamento di ostilità, più o meno velata, nei confronti dell'omosessualità, nel settore in oggetto, è ormai frutto di meri stereotipi pseudoculturali, espressione di moralismo, e non di principi etici condivisi."*

*Soprattutto non vi è, né può esservi, alla base di siffatta prevenzione, alcun fondamento normativo....L'omosessualità del genitore si pone – ai fini che qui interessano – in termini non diversi dalle opzioni politiche, culturali e religiose, che pure sono di per sé irrilevanti ai fini dell'affidamento”.*

2- Il secondo caso riguarda dei bambini nati a seguito di inseminazione artificiale di un amico comune alla coppia composta da donne e cresciuti dalla madre biologica e dall'ex sua convivente, sino alla separazione. La madre “non biologica” si rivolse ex art. 317 bis c.c. al T.M. per ottenere l'affidamento “condiviso” ed il riconoscimento del suo diritto di visita ai minori.

**Il Tribunale per i Minorenni di Milano il 2.11.2007** reputò la ricorrente non legittimata “ad agire” in quanto *“...non titolare del diritto potestativo di ottenere una decisione nel merito, posto che la titolarità della potestà parentale spetta unicamente ai “genitori” presupponendo un rapporto di filiazione, biologica o legale e la ricorrente non era portatrice di “responsabilità genitoriale”* tuttavia trasmise gli atti al P.M. *“...perché valutasse l'eventuale richiesta di apertura di un procedimento ai sensi degli artt. 330 e ss. c.c.”* a tutela dei minori.

**Il Tribunale per i Minorenni di Milano il 20.11.2009** dopo avere disposto c.t.u., escluse la sussistenza di nocumento della madre “biologica” e archiviò il procedimento, non rilevando sussistere *“l'insuperabile necessità di disporre oggi la ripresa della relazione tra xxx e xxx e la sig.ra xxx non essendo emerso che l'assenza di rapporti tra gli stessi sia causa di quel grave pregiudizio che solo giustificherebbe l'intervento del T.M. ai sensi degli artt. 330 e segg. c.c...”*

Non fu, pertanto, riconosciuto il diritto alla frequentazione o del diritto di visita alla madre “sociale”.

Visto questo caso, ci si domanda perché non viene evidenziato il problema anche dell'illecito, della frode alla legge o dell'abuso del diritto? Nel caso in esame, due donne non potendo avere bambini hanno pensato bene di ricorrere alla inseminazione eterologa da amico comune ma esterno alla coppia. Tale pratica, vietata in Italia, viene pertanto volontariamente intrapresa all'estero. Ciò che è impedito dalla natura e vietato dalle leggi nazionali, viene artificialmente e “*contra legem*” realizzato all'estero, con l'intenzione di rientrare poi in Patria. Si pone in essere un comportamento che dal punto di vista civilistico è assimilabile come “*ratio*” al negozio in frode alla legge o all'abuso del diritto. Tali istituti sono stati elaborati per sanzionare chi attraverso strumenti formalmente leciti miri a conseguire scopi illeciti. In tali casi si parla di atti in frode alla legge. In ambito fiscale è la cosiddetta elusione fiscale. Lo Stato non può avvalorare il risultato di tale atto posto in essere con lo scopo, *ab origine*, di frodare la legge. La stessa causa del negozio è illecita. Del resto proprio applicando tale logica sono state bruciate le zanne di avorio degli elefanti per non sanare e conseguentemente incentivare quel mercato clandestino di bracconaggio. Ci si preoccupa di non incentivare il mercato nero dell'avorio e non ci si preoccupa del mercato dei bambini?

3- il terzo caso è rappresentato dalla sentenza del **Tribunale di Bologna del 15.7.2008** che, in un caso di separazione coniugale e affidamento della bambina di quattro anni ad entrambi i genitori (il cui padre, dopo anni di matrimonio, aveva scoperto di essere omosessuale), ha ritenuto che non vi erano elementi ostativi all'applicazione del regime ordinario di affidamento essendo *"...del tutto generiche, o indimostrate, sono le affermazioni circa una presunta inadeguatezza o la mancanza di interesse del padre ..., il semplice fatto che uno dei genitori sia omosessuale...non giustifica e non consente di motivare- la scelta restrittiva dell'affidamento esclusivo... ».*

4- Un altro caso rilevante è stato deciso dalla **Corte di Appello di Brescia il 26.7.2011**, la cui sentenza è stata poi confermata dalla **Corte di Cassazione con la nota sentenza 11.1. 2013 n. 601**.

Dopo la separazione dalla compagna, un padre musulmano contestò il mancato affidamento "condiviso" del figlio minore e l'avvenuto suo affidamento "esclusivo" alla madre, senza valutazione a suo dire del "negativo contesto familiare" ove il piccolo era costretto a vivere e delle ripercussioni conseguenti sul piano educativo e di crescita per la *"...relazione sentimentale della madre, ex tossicodipendente con la ex educatrice della comunità di recupero..."*.

La Corte bresciana ritenne il reclamo carente sotto il profilo della *"...specificità dei motivi"* per la mancata dimostrazione dei fatti esposti, rilevando che non erano state dedotte *"...quali particolari ripercussioni non avrebbe il primo giudice considerato sul piano educativo e di crescita del minore che deriverebbero dal contesto familiare in cui vive, che avrebbero dovuto consigliare la soluzione dell'affidamento condiviso tra i genitori ed escludere quello esclusivo alla madre"*.

5- La **Corte di Cassazione**, nel confermare la decisione, **con sentenza del 11.1.2013 n. 601** ha rilevato che *"...alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino, che dunque correttamente la Corte d'appello ha preteso fosse specificamente argomentata"*, così autorevolmente affermando la necessità che l'idoneità genitoriale vada distinta dall'orientamento sessuale e l'irrelevanza giuridica della stessa essendo significative solo le qualità personali del genitore e il suo rapporto con il figlio dando rilievo alla "centralità" del minore, come riconosciuto nelle decisioni della Corte Europea di Strasburgo.

6- Il sesto caso è rappresentato dal decreto del **giudice tutelare del Tribunale Parma del 3.7.2013** che decidendo in un caso di affidamento etero-familiare di minore a coppia "di fatto", i cui componenti erano omosessuali, ha reputato prioritario individuare *"...l'esatto significato del termine "famiglia" nell'ambito dell'ordinamento vigente", ai fini dell'affido consensuale eterofamiliare temporaneo..."* istituito *"... non ... preordinato all'adozione, ma al perseguimento del benessere dei bambini, assicurando a quelli in gravi*

*difficoltà un contesto di cura amorevole da parte di persone a ciò idonee. Il giudice, ha rilevato l' "...assenza.. di una precisa definizione legislativa volta a escludere un nucleo composto da persone dello stesso sesso dal concetto di "famiglia" rilevante ai fini dell'affido del minore non in stato di abbandono; ...mancanza di qualsivoglia richiamo al matrimonio quale vincolo che unisca gli affidatari, diversamente da quanto avviene, come noto, nell'art. 29 della Costituzione, coerentemente con la possibilità, espressamente contemplata, di assegnare il minore a una persona singola..." e quindi concluso che era "...ragionevole interpretare la nozione di famiglia rilevante in questa sede prendendo le mosse proprio dall'omissione di cui si è ora detto; invero, la normativa ordinaria che disciplina la materia...è intervenuta tutta in un momento successivo all'entrata in vigore della Carta Costituzionale e ciò consente di ritenere che la lacuna in questione sia frutto di una scelta deliberata. Siffatta conclusione trova d'altronde conferma nell'articolo 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184, laddove ai fini dell'adozione il legislatore richiede, al contrario, che i futuri genitori siano uniti in matrimonio. Ciò, anche tenuto conto che, come rilevato da recente giurisprudenza di legittimità, in assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza, costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale...".*

**7-** Il settimo caso è quello deciso dal **Tribunale per i Minorenni di Bologna**, che con decreto **del 31.10.2013** dopo avere rammentato la diversità dei presupposti e delle finalità tra l'affido e l'adozione, ha osservato che nell'affido erano potenziali affidatari anche "singoli individui" "...quindi, in base ad un necessario passaggio logico-giuridico, anche le coppie di fatto (cioè composte da due singoli individui alla cui unione il Legislatore non connette la produttività di effetti giuridici) come quelle di consanguinei ovvero dello stesso sesso, legate da qualunque tipo di rapporto, purché... stabili e con caratteristiche tali da apparire idonee ad assicurare al minore il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno.." e ritenuto assenti gli impedimenti all'affido alla coppia "same sex" in quanto l'omosessualità non era "...ostativa all'affidamento della minore" richiamando la giurisprudenza di legittimità surricordata, atteso anche che il caso esaminato era relativo ad un istituto di carattere strettamente temporaneo come quello dell'affidamento consensuale.

**8-** L'ottavo caso è quello del **Tribunale per i Minorenni di Palermo**, che con decreto **del 4.12.2013** ha affidato un "quasi maggiorenne" (da tempo in comunità) ad una coppia omosessuale, da un lato posto che l'età del ragazzo comportava "...maggiori difficoltà nel reperire soggetti disponibili all'affido etero familiare, che ben potevano essere affidatarie le coppie "di fatto" e, al contempo, considerato che "...la circostanza che tali adulti abbiano il medesimo sesso non può per ciò solo considerarsi ostativa all'affidamento eterofamiliare, tenuto conto, per un verso, dell'assenza nella normativa nazionale di una precisa disposizione al riguardo specificamente riferibile all'affido del minore che non versi in stato di abbandono, e, per altro verso, dell'ampio concetto di legame familiare quale elaborato – con esplicito richiamo alle unioni omosessuali -

*anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (24.6.2010, Schalk e Kopf c/ Austria), in aderenza ai dettami della Carta di Nizza, che impedisce le discriminazioni fondate sul sesso e sull'orientamento sessuale...". Il T.M. di Palermo nel decidere lo specifico caso al suo esame, non ha nascosto "...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 strutturata e con orientamenti sessuali già ben definiti..." .*

**9-** Il nono caso è quello del **Tribunale per i Minorenni di Roma del 30.6/7.2014**, che si è occupata del primo caso nazionale di *"stepchild adoption"*, il caso di due donne conviventi da più di dieci anni e sposate in Spagna, che avevano avuto un figlio in Spagna con fecondazione "eterologa" ed in cui la madre "sociale", dopo quattro anni, aveva chiesto l'adozione "non legittimante in casi particolari" della bimba, onde ottenere il riconoscimento del suo legame genitoriale e l'attribuzione alla piccola del suo cognome nonché il riconoscimenti dei diritti e doveri correlati alla genitorialità. Con la sentenza del 30 luglio 2014 il Tribunale di Roma riteneva che *"se tale adozione (quella speciale) è consentita alle coppie eterosessuali non sposate ed ai singoli, sarebbe allora certamente illegittimo, perché discriminatorio, non consentirla anche per le coppie omosessuali o per singoli gay o lesbiche.*

Questa osservazione, spesso utilizzata dalla Corte di giustizia europea come sopra visto, non appare pertinente perché nei casi in esame si deve valutare esclusivamente l'interesse del minore. Inoltre, situazioni diverse possono avere regolamentazioni diverse. Una coppia eterosessuale coniugata, è ontologicamente diversa da una coppia dello stesso sesso. Il tribunale, inoltre, rileva, come la giurisprudenza abbia già chiarito che l'orientamento sessuale del genitore non incide negativamente sulla crescita dei figli e come non vi sia alcuna ragione per dubitare della capacità genitoriale di coppie formate da due donne o da due uomini. Anche tale affermazione appare non corrispondente alla realtà, vista la non affidabilità di molti studi in tal senso e la mole di studi in senso contrario. Ci vorrebbe quantomeno l'applicazione del criterio prudenziale sopra richiamato.

Nello stesso senso si ricordano ancora le sentenze **del Tribunale minorenni di Roma, del 22/10/2015**, secondo cui è consentita l'adozione (ex art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983) da parte di coppie di conviventi omosessuali, purché nel preminente interesse del minore adottando, del **Tribunale minorenni di Roma, 23/12/2015** secondo cui una lettura dell'art. 44 c. 1 lett. d) l. n. 184/1983, come modificato dalla l. n. 149/2001 che escluda la possibilità di ricorrere all'istituto alle coppie di fatto omosessuali a motivo di tale orientamento sessuale sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale (artt. 2 e 3 Cost.) e in contrasto con l'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 CEDU. Il Tribunale specifica che in tema di adozione in casi particolari, ai fini dell'applicazione dell'art. 44 c. 1 lett. d) l. n. 184/1983, la valutazione del

benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non è legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno. Nello stesso senso si esprimono la **Corte di appello di Roma**, con sentenza del **23/12/2015** e il **Tribunale dei minorenni di Roma**, con sentenza del **30/12/2015**, che ribadisce che *“può essere disposta a favore di ciascuno dei componenti della coppia omogenitoriale l'adozione del figlio del rispettivo partner, in base all'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983, se con ciò si realizza il preminente interesse dei minori”*.

Una risposta in senso contrario a tali pronunciamenti è possibile rinvenirla nella sentenza del **Tribunale dei minorenni di Torino, 11/09/2015** che ha dichiarato che non sussiste un diritto di un componente delle coppie di fatto, omosessuali o meno, ad adottare il figlio del compagno/a, altrimenti diversamente opinando si avrebbe una lettura eversiva e inconcepibile della norma di cui all'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983 secondo la quale si dovrebbe accogliere *“la domanda di adozione proveniente da ogni soggetto (desideroso – e titolato in forza di un ottimo rapporto con il minore – di diventare il padre 2, o madre 2; o 3, o 4, ecc...) che intenda adottare il minore, non in stato di abbandono, nella forma della lett. d), al fine di ampliarne accudimento e risorse economiche (e così realizzando meglio l'interesse del minore, rispetto alle possibilità complessive dei genitori biologici)”*.

Alcune pronunce hanno affrontato la questione da una prospettiva diversa inerente alla problematica della trascrivibilità o meno delle sentenze straniere di adozione e la loro eventuale contrarietà all'ordine pubblico. **La Corte di appello di Torino, sez.famiglia, con decreto del 29 ottobre 2014**, ha affermato che anche in tale ambito deve aversi prioritario riguardo all'interesse superiore del minore (art.3 L. 27.5.1991 n 176 di ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo, di New York 20.11.1989) ribadito in ambito comunitario con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere in materia di rapporti tra genitori e figli, dall'art. 23 del Reg CE n 2201\2003 il quale stabilisce espressamente che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico debba essere effettuata tenendo conto dell'interesse superiore del figlio. Nel caso di minore nato all'estero, da coppia omosessuale, in seguito alla fecondazione medicalmente assistita eterologa con l'impianto di gameti da una donna all'altra, l'atto di nascita del fanciullo può essere trascritto in Italia poiché, nel caso in questione, non si tratta di introdurre ex novo una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da diverso tempo, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri.

Alle stesse conclusioni è giunta anche la **Corte di appello di Milano sez. famiglia, 01/12/2015**, *“ove ciò corrisponda al superiore interesse del minore alla conservazione della vita e dell'habitat familiare, ed alla salvaguardia dei rapporti affettivi ed educativi instaurati nel tempo”*. Nella stessa direzione si è mossa La **Corte di appello di Napoli**, che con ordinanza **del 30 marzo 2016**, ha ordinato la trascrizione di due sentenze

francesi di adozione dei figli delle coniugi, di ciascuna madre richiedente. Le due donne, entrambe di nazionalità francese ma residenti in Italia, avevano dato alla luce due figli con una pratica di inseminazione artificiale. La Corte, richiamando la nozione di ordine pubblico internazionale elaborata dalla giurisprudenza, nonché l'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare ex art. 8 CEDU ha ritenuto di non trovare ragioni *“per ritenere in linea generale contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra persone coniugate e i rispettivi figli riconosciuti dei coniugi, anche dello stesso sesso”*.

Si tratta di giurisprudenza “creativa”?

Per contrastare gli orientamenti propugnati dalla giurisprudenza sopra riportata è fondamentale: 1) riconoscere l'esistenza di una Legge naturale e di un Diritto naturale; 2) constatato che non vi è univocità e certezza nelle indagini scientifiche, si dovrebbe comunque applicare il principio generale di precauzione, come sopra descritto.

Si osserva che con la nuova legge sulle unioni civili e convivenze di fatto si è estesa l'applicabilità delle norme che contengono il termine di coniuge/i alle parti delle unioni civili; tuttavia, si è espressamente esclusa l'applicabilità di tale disposizione alla L.184/83. Pertanto, ai fini delle adozioni, non vi è nessuna equiparazione tra i partner delle unioni civili e i coniugi. Ciò escluderebbe la possibilità di una interpretazione estensiva dell'art.44, comma1 lett.b) impedendo la sua possibile estensione anche alle coppie costituenti unioni civili.

Allo stato si potrebbe anche ritenere da escludersi l'interpretazione giurisprudenziale che consentiva la cd. *stepchild adoption*; infatti, la nuova legge, avendo escluso che i partner delle unioni civili ai fini della legge sulle adozioni possano essere intesi come coniugi, ha escluso l'applicabilità in loro favore della specifica fattispecie di cui alla L.184/83, art.44, lett. b) relativa alla possibilità di adozione da parte del coniuge del figlio biologico dell'altro coniuge; poiché la legge appena varata specifica che al fine delle adozioni il partner dell'unione civile non può essere considerato coniuge, si impedisce espressamente e chiaramente che il partner di una unione civile possa adottare il figlio biologico dell'altro.

Contemporaneamente, però, il nuovo testo normativo ambiguamente prevede che *“resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”*. Tale precisazione potrebbe essere letta come un semaforo verde alla giurisprudenza onde persistere con le sentenze interpretative delle norme favorevoli al riconoscimento della cosiddetta omogenitorialità e *stepchild adoption*. Si rende necessario un nuovo intervento normativo per sgombrare il campo da dubbi su un tema di così grande rilevanza sociale.

\*\*\*

#### **4. De iure condendo: adozione alle coppie omogenitoriali?**

Alla luce di quanto sopra esposto e argomentato, posto che sembra ormai iniziato il dibattito per giungere a una modifica della Legge N. 184/1983, pare irrinunciabile agli scriventi prendere posizione in ordine a possibili miglioramenti, fermo restando che in nessun modo deve essere intaccato lo spirito della legge che – per la prima volta nella storia – ha anteposto gli interessi del minore rispetto ai diritti degli adulti.

Come dimostrato più sopra né dal punto di vista naturale, né dal punto di vista scientifico né tantomeno dal punto di vista giuridico sussistono dubbi in ordine al fatto che sia da considerarsi in ogni caso quale miglior interesse del fanciullo quello di poter crescere con la propria mamma e il proprio papà e che – ove la natura o l'uomo abbiamo reso impossibile tale naturale evoluzione del minore, la società civile deve adoperarsi perché siano ripristinate condizioni il più possibile simili a quelle naturali per quel minore che – innocente – è stato privato delle figure genitoriali.

Da questo punto di vista perdono consistenza gli argomenti sostenuti da chi voglia imporre la c.d. stepchild adoption. Nel caso di specie infatti manca il presupposto fondamentale per addivenirsi all'adozione e cioè lo stato di abbandono del minore. Uno dei genitori infatti è ben vivo e nel pieno esercizio delle sue funzioni e l'altro genitore naturale è da qualche parte.

Invocare l'applicazione dell'art. 44 l. 184/83 significa dimenticare che tale norma è appunto speciale e che deve esser letta nello spirito complessivo della legge che – sia dalle premesse sia dai lavori preparatori sia dall'intero impianto normativo – indica il criterio della bigenitorialità mamma-papà il criterio indefettibile cui fare riferimento.

\*\*\*

#### **5. Quali possibili miglioramenti alla legge 184/83?**

Ferma dunque la concezione di fondo della norma in parola e lasciati intatti gli articoli fondativi della prima parte, si potrebbero introdurre miglioramenti nella parte attuativa e organizzativa. Di seguito pertanto alcune proposte motivate di modifica delle procedure:

1. Dalla selezione delle coppie al loro accompagnamento: le coppie candidate ad accogliere un figlio debbono essere considerate una risorsa e per questo è necessario che il percorso del loro accompagnamento debba essere svolto in sinergia tra i servizi sociali e gli enti autorizzati, prima, durante e dopo l'adozione. Questo percorso di ampio respiro potrebbe permettere la dichiarazione di idoneità in capo ai Servizi e decreti di idoneità liberi da vincoli in quanto garantiti dalla presenza di un percorso permanente per l'accoglienza poi dei minori.
2. Semplificazione delle procedure mediante l'uniformazione dell'iter a livello nazionale, e l'introduzione di termini perentori, fermo restando il controllo sulla conformità delle sentenze straniere di adozione ai parametri della bigenitorialità mantenuta come criterio guida dell'art. 29 della Costituzione.

3. Riduzione dei costi e gratuità dell'adozione internazionale: mediante la definizione dei requisiti qualitativi degli enti autorizzati con procedure di controllo permanente sulla effettività di tali requisiti. Definizione dei costi standard dei servizi, razionalizzazione della procedura e individuazione di tariffe standard onde raggiungere un regime di convenzione tra gli enti autorizzati e la pubblica amministrazione, prevedendo una sorta di ticket commisurato all'Isee delle coppie adottanti.
4. Razionalizzazione delle adozioni internazionali trasferendo la CAI presso il Ministero degli affari esteri e individuando un funzionario dedicato alle adozioni presso ogni ambasciata italiana.
5. Costituire una corsia preferenziale per l'adozione di minori con bisogni speciali, anche mediante il superamento dei limiti di età.
6. Nuove forme di accoglienza innovativa: mediante il riconoscimento della Kafala, l'introduzione di soggiorni a scopo adottivo per promuovere l'adozione dei bambini più grandi, l'introduzione dell'istituto dell'affidamento internazionale
7. Potrebbe essere anche attuata l'adozione di minori italiani da parte di coppie straniere, già prevista dall'art. 40 della Legge N. 184/1983.
8. Attuare finalmente la banca dati dei minori adottabili, prevista dalla Legge n. 149/2001 ma non ancora realizzata.
9. Previsione dell'avvocato del minore nel momento stesso nel momento stesso in cui si disponga l'allontanamento del minore stesso dalla famiglia. Perfetta trasparenza e diritto di partecipazione di tutte le parti interessate al procedimento giudiziale per la dichiarazione di adottabilità.
10. Perentoria temporaneità dell'affido. L'affidamento dei minori in difficoltà familiare oggi di fatto è una misura sine die, ma in questo modo quel bambino non raggiunge mai la stabilità familiare fondamentale per il suo sviluppo. Il termine di due anni, già previsto dalla legge, deve diventare perentorio e non prorogabile, eventualmente temperato dalla c.d. adozione mite, in cui cioè la famiglia di origine possa continuare a intrattenere relazioni, sia pur normale, con il figlio ormai adottato da altra famiglia.

\*\*\*

Perugia, 17 giugno 2016

[www.infolegale.info](http://www.infolegale.info)