



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2016

NICCOLÒ MONTUORO

Il supremo interesse del minore nella famiglia non tradizionale: dalla CEDU al recente ritorno ai criteri di legge.

ABSTRACT - In the last decades, under a deep social and cultural pressure, new family models have spread next to the institutional family structure, founded on marriage. Starting from the concrete application of the best interest of the child in the context of non-traditional families, defined as “guide concept with a variable content” in relation to the specific case, the target of this contribution is to understand, in a supranational system that has multiple sources and the aid of European Court of Human Rights, often decisive about resolution of delicate points of law, if the bypassing of legal criteria to favor the insertion of the child in new family models always corresponds to the effective protection of this best interest. So, we wonder if it needs to return to the re-evaluation of law criteria, allowing more carefully the strict compliance of child prerogatives, counteracting the recent tendency to circumvent the applicable law.

KEYWORDS - Best interest, child, non-traditional family, law criteria.

NICCOLÒ MONTUORO*

Il supremo interesse del minore nella famiglia non tradizionale: dalla CEDU al recente ritorno ai criteri di legge.

SOMMARIO: 1. *Un concetto-guida dal contenuto variabile*; - 2. *L'attuale quadro normativo: il minore tra la l. 184/1983 ed il contributo CEDU*; - 3. *Il supremo interesse come fondamento applicativo dell'art. 8 CEDU: al di là del dato biologico, al di là dell'adultocentrismo*; - 4. *Tra il principio generale dal contenuto variabile ed i più stringenti criteri ex lege. Il ritorno al "modello giuridico di riferimento"*; - 5. *Conclusioni: il rispetto dei criteri di legge come favor e non come limite.*

1. Un concetto-guida dal contenuto variabile.

L'occhio attento del giurista non può esimersi dal notare, nei vari contesti che informano la società del presente, la progressiva evoluzione che ha sconvolto l'assetto familiare tradizionale. Gli ultimi lustri hanno visto diffondersi, sotto una ineluttabile spinta sociale e culturale, nuovi modelli tesi a scardinare la nozione istituzionale di famiglia, fondata sul vincolo matrimoniale¹. In questo evoluto alveo s'innesta il bisogno incessante di

* Dottorando di ricerca in Teoria del Diritto e Ordine Giuridico ed Economico Europeo presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

¹ Per una interpretazione dell'art. 29 Cost. tra famiglia tradizionale e famiglia di fatto, v. il paragrafo *Le origini ed i fondamenti del riconoscimento giuridico della coppia di fatto: la famiglia tra art. 2 e art. 29 Cost.*, in P. LOVATI e R. RIGON, 6, *La coppia e la famiglia di fatto dopo la riforma della filiazione*, Giappichelli, 2014. Per un approfondimento sulla genesi dell'art. 29 Cost., v. V. CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, http://storicamente.org/famiglia_costituzione_italiana.

cogliere l'atteggiarsi del concetto-guida che attiene il minore: il suo *supremo interesse*².

Classicamente e genericamente concepito come *diritto alla bigenitorialità*, ossia diritto alla costruzione ed alla cura di un legame equilibrato e continuato con entrambi i genitori, esso rifugge stereotipi e contenuti teorici predeterminati, quasi che fosse un faro inoppugnabile per l'interprete ma il cui contenuto si dimostri variabile a seconda del caso di specie.

Nell'attuale contesto composito di fonti, di respiro nazionale, comunitario ed internazionale³, la prassi sia dottrinale che giurisprudenziale si è

² Il concetto di *best interest of the child* fu formulato per la prima volta a livello internazionale, nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959 (Risoluzione dell'Assemblea Generale 20 novembre 1959, n. 1386 -XIV), nonché ripreso dalla Convenzione ONU sui Diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989. Adottata il 20 novembre 1989 (risol. n. 44/25 Assemblea Gen.), è entrata in vigore il 2 settembre 1990. L'Italia ha proceduto alla ratifica con l. 27 maggio 1991 n. 176. Per una disamina approfondita della Convenzione, W. SCHABAS, *The European Convention of human rights: a commentary*, Oxford University Press, 2015; A. MOWBRAY, *Cases, materials and commentary on the European Convention of human rights*, Oxford, 2012; S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012; S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, Milani, 2001; M.R. SAULLE (a cura di), *La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, E.S.I., 1994. Si tenga presente che la mancanza di un contenuto definitorio preciso ha consentito nei decenni di richiamare tale concetto per una pluralità variegatissima di fattispecie, al fine di rafforzare la tutela del soggetto al di là di rigidi criteri legislativi.

³ Per cogliere l'importanza delle Convenzioni e degli accordi tra stati per rafforzare le garanzie del minore, v. A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2014. In *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Giuffrè, 2006, 1, J. LONG parla di inflazione normativa determinata da un «incremento quantitativo e qualitativo di fonti elaborate in ambiti istituzionali diversi da quello nazionale».

Si approfondisca anche: A. PERA, *Il diritto di famiglia in Europa*, Giappichelli, 2012, il quale in merito alla convivenza di previsioni che appartengono a sistemi normativi differenti evidenzia due orientamenti: su un versante, parte della dottrina appoggia convintamente una unificazione normativa di questo settore del diritto, sull'altro si

evoluto sino a rappresentare il minore come autentico soggetto di diritto, portatore autonomo di posizioni giuridiche soggettive cui sottendono interessi meritevoli di tutela, in un'ottica ricognitiva e protettiva. Allora tale interesse può assurgere a principio di portata generale che prescinde da criteri preimpostati e pretende invece un approccio interpretativo mirato al caso pratico⁴.

Ne è chiarissima prova anche il mutamento delle normative nazionali, con lo spostamento del baricentro concettuale dal genitore al figlio, ovvero sia con l'avvicinarsi della responsabilità genitoriale in luogo di una potestà rigidamente intesa, che a sua volta s'era affrancata da una "patria potestà" implicante la supremazia del genitore di sesso maschile⁵. Ai genitori, così, non spetta solamente una funzione di protezione e correzione, ma essi divengono garanti del nucleo vasto di diritti facenti capo al figlio, il quale gode di una consistente "area di autonomia" in cui assecondare le proprie inclinazioni ed aspirazioni⁶.

Ebbene, obiettivo del contributo qui introdotto è quello di capire, in un contesto di "vasi comunicanti" tra norme interne e sovranazionali, con l'apporto della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷, spesso decisivo e

mostrano perplessità per la diversità e pluralità giuridica che può cogliersi tra sistema e sistema, a partire dall'aspetto definitorio della famiglia. Sulla necessità di riempire di contenuti i principi affermati con forme solenni ed atti di portata internazionale, v. F. BARTOLINI, *La riforma della filiazione*, La Tribuna, 2014.

⁴ «The EctHR recommended that the best interests of the child are to be considered in each individual case» (*The United Nations Convention on the Rights of the Child*, ed. Liefgaard-Nielsen, 2016).

⁵ Sul punto, v. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, UTET GIURIDICA, 2014, 349.

⁶ In tal senso, per il nostro ordinamento giuridico, v. il combinato disposto tra gli artt. 147 e 316 cod.civ.

⁷ Tanto è facile dedursi in G. WILLEMS, *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009,2011)*, in <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:123627/datastream/PDF01/view>. Nella risoluzione del caso *Tyrer v. UK*, 1978, la Corte fa giustamente notare che «Convention's interpretation should be made in the light of the present day

dirimente su punti delicatissimi del diritto vivente, se l'apertura del diritto a nuovi modelli familiari, ancorché frutto di una spinta culturale che parrebbe scellerato ignorare, corrisponda sempre ad una maggior tutela dell'interesse minorile di cui si discorre⁸. In altre parole, v'è da chiedersi se l'apertura forzata delle maglie normative, spesso scardinando i vigenti criteri di legge pur di legittimare l'inserimento di minori in contesti familiari non tradizionali, produca sempre una tutela effettiva del loro preminente interesse⁹ o se, piuttosto, occorra una rivalutazione dei criteri normativi che consenta un'analisi più rigorosa della fattispecie concreta.

2. *L'attuale quadro normativo: il minore tra la l. 184/1983 ed il contributo CEDU.*

conditions», in un'ottica attuale ed aggiornata. L'operato incisivo della Corte europea dei diritti dell'uomo trae la sua legittimità dal vigore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che oggi può dirsi ulteriormente rafforzata grazie all'adesione ad essa dell'Unione Europea attraverso l'art. 6 co. 2 del Trattato UE (per comprendere la base giuridica ed i risultati di tale adesione, v. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/it/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.2.html).

Tra le molteplici conseguenze di questo passaggio, anche per la Corte di Giustizia UE la Convenzione diventa un imprescindibile punto di riferimento.

Tra l'altro, da un punto di vista procedimentale, nel caso *Van Den Berg e Sarrì c. Paesi Bassi*, sent. 2 novembre 2010, ricorso n. 7239/08, così come in altri simili casi, la Corte europea ha evidenziato come il superiore interesse del minore abbia una forza tale da dover richiedere indagini precise e valutazioni di merito approfondite, concrete e rigorose. Sulla stessa falsariga si pone la sent. 12 luglio 2011, *Sneerson e Kampanella c. Italia*, ricorso n. 14737/09.

⁸ Particolarmente accurata ed attuale è l'analisi teorico-pratica sviluppata in C. COTTATELLUCCI (a cura di), *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, Giappichelli 2016.

⁹ Per un interessante approfondimento in chiave sovranazionale, v. *Family Ties that Bind: Same-Sex, Same Best Interests - An Analysis of the European Court of Human Rights' Approach to the Best Interests of the Child in Gay Parenting Cases* di G. DE FARIA, Università di Utrecht, 2013.

Delicato e complesso, dunque, è il quadro normativo nel quale la nostra analisi si muove, sicché le precisazioni preliminari e sintetiche sulle tipologie di adozione fanno da sfondo alla presente digressione.

L'impianto della l. 184/1983 ("Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori")¹⁰ prevede due primarie ipotesi: adozione di maggiorenni e adozione di minorenni in caso di abbandono (definita "adozione legittimante", che concerne minori in stato di abbandono e privi di assistenza morale e materiale), alle quali si aggiunge la cd. "adozione in casi particolari", specificata nelle ipotesi previste all'art. 44 della stessa legge.

La nostra attenzione si concentra proprio su questo terzo filone perché è all'interno di esso che si staglia una ricca ed interessante casistica che inerisce alle prerogative del minore nel contesto delle famiglie non tradizionali alla luce della disciplina vigente.

Nello specifico, l'art. 44 delinea tutta una serie di "lettere", le quali configurano casi ulteriori in cui il meccanismo adottivo possa azionarsi: lettera a) da persone legate da vincolo di parentela entro il sesto grado o da preesistente stabile rapporto, se orfano di padre e di madre; lettera b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio dell'altro coniuge, anche adottivo; lettera c) quando il minore sia portatore di handicap ai sensi della l. 104/1992, se orfano di padre e di madre; lettera d) quando vi sia la constatata impossibilità di un affidamento preadottivo.

Per ogni ipotesi di adozione differente dalle prime due citate, ossia adozione di maggiorenne ed adozione di minore in stato di abbandono, il Tribunale minorile è tenuto a verificare sia la presenza delle circostanze ex art. 44 sia l'effettiva realizzazione del preminente interesse del minore

¹⁰ Legge successivamente emendata dalla l. 476/1998 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale conclusa a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla l. 184/1983 in tema di adozione di minori stranieri) e dalla l. 149/2001 (Modifiche alla l. 184/1983: Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Modifiche al titolo VIII del libro primo del cod. civ.).

(non si dimentichi che, ai fini di una verifica così delicata, al di là delle indagini esperite rileva l'audizione del soggetto, intesa come concretizzazione di un vero e proprio diritto all'ascolto)¹¹.

3. Il supremo interesse come fondamento applicativo dell'art. 8 CEDU: al di là del dato biologico, al di là dell'adultocentrismo.

Tali premesse pretendono, ora, un efficace coordinamento: le norme e le pronunce interne vivono in un rapporto osmotico con le norme e le pronunce di livello sovranazionale. Ebbene, neanche l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹², inerente al rispetto della vita privata e familiare e la cui interpretazione apre un generoso varco di casi che attengono il minore e la sua protezione, cita e definisce il *best interest* del minore¹³.

¹¹ L'audizione del minore realizza la sua stessa tutela in ambito giurisdizionale. Si rimanda all'art. 24 della Convenzione sui diritti fondamentali dell'Unione Europea, che riguarda in modo più ampio i diritti del minore: «1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. 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. 3. Il minore ha diritto ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse». Per una panoramica sulle norme di riferimento, v. <http://legale.savethechildren.it/Operatori/Article/Details/048f916a61944876ab4b89714cef0999?container=operatori-schede-tematiche>. Si suggerisce anche A.M. DELL'ANTONIO, *Ascoltare il minore*, Giuffrè, 2001. Naturalmente, resta imprescindibile la valutazione della fattispecie concreta, cui il Tribunale dei Minorenni è tenuto *ex art.* 57 della già citata l. 184/83.

¹² In abbreviato: CEDU. Per esteso: Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848.

¹³ L'art. 8 CEDU, rubricato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare", recita: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio

La trama del citato articolo appare di definizione tutt'altro che agevole, ma non può non notarsi la necessità di interpretarlo assurgendo l'interesse del minore a parametro imprescindibile in ossequio agli strumenti internazionali che lo hanno in origine introdotto¹⁴. Sicché, le difficoltà si

domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Da un punto di vista definitorio e per evitare ogni possibile confusione, si ricordi che nel concetto di "vita privata" si ricomprendono, ad esempio, diritto al nome, all'immagine, alla protezione dei dati personali, alla integrità psico-fisica, alla conoscenza delle proprie origini familiari, al rispetto dell'identità sessuale, allo sviluppo della personalità del minore; al concetto di "vita familiare", invece, si riconducono il diritto all'educazione dei figli, i diritti del figlio naturale, il diritto alla protezione dei legami familiari in caso di affidamento del minore, il diritto di visita dei genitori, il diritto al ricongiungimento familiare.

Per un commento critico delle norme CEDU e della giurisprudenza della Corte, S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla CEDU*, Padova, 2001.

¹⁴ Il riferimento va, ancora una volta, alla Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo del 1959, alla Convenzione de L'Aja del 1980, alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (il cui preambolo sul rilievo della famiglia e del minore è emblematico: «Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community; Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding; Considering that the child should be fully prepared to live an individual life in society, and brought up in the spirit of the ideals proclaimed in the Charter of the United Nations, and in particular in the spirit of peace, dignity, tolerance, freedom, equality and solidarity; Bearing in mind that the need to extend particular care to the child has been stated in the Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924 and in the Declaration of the Rights of the Child adopted by the General Assembly on 20 November 1959 and recognized in the Universal Declaration of Human Rights, in the International Covenant on Civil and

fanno più corpose alla luce del superamento del modello familiare tradizionale concepito come esclusivo, considerando l'impegno del giudicante a dirimere controversie che involgono, da un lato, specifici diritti ed interessi individuali in una società fortemente evoluta e, dall'altro, competenze statali in ordine all'ampiezza ed alla discrezionalità del proprio potere di legiferare.

L'imponente richiamo all'art. 8 della Convenzione, resosi via via necessario alla luce di una casistica ampia ed interessante (talvolta con richiamo agli artt. 12 e 14, rispettivamente diritto al matrimonio e divieto di discriminazione) specie sotto il profilo delle loro possibili violazioni, consente di porre al centro del concetto di "vita familiare" non il legame biologico esistente bensì la sostanza del rapporto creato, a prescindere dal vincolo giuridico che le parti instaurano e formalizzano, sostanza che a sua volta rimanda all'impegno per l'altro, per i minori, per la coppia in sé considerata¹⁵. A nulla rileverebbe in tal senso, la convivenza, la quale è

Political Rights (in particular in articles 23 and 24), in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (in particular in article 10) and in the statutes and relevant instruments of specialized agencies and international organizations concerned with the welfare of children; Bearing in mind that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child, "the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth"; Recalling the provisions of the Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally; (...) Taking due account of the importance of the traditions and cultural values of each people for the protection and harmonious development of the child, Recognizing the importance of international co-operation for improving the living conditions of children in every country, in particular in the developing countries».

¹⁵ Nella sent. del 28 aprile 2010, 9-11, caso Moretti e Benedetti c. Italia, la Corte europea ricorda che «la nozione di "famiglia" prevista dall'art. 8 non si limita alle sole relazioni fondate sul matrimonio, ma può comprendere altri legami "familiari" *de facto*, quando le parti convivono al di fuori di qualsiasi legame coniugale (v., tra le altre, Johnston e altri c. Irlanda, sent. del 18 dicembre 1986; Keegan c. Irlanda, sent. del 26 maggio 1994; Kroon e altri c. Paesi Bassi, sent. del 27 ottobre 1994; X, Y e Z c. Regno Unito, sent. del 22

concepita più come elemento espressivo e confermativo dell'unione che come suo presupposto imprescindibile¹⁶. Il dato assume ancor più rilievo laddove la vita familiare s'innesci alla luce di un rapporto *de facto* che si sviluppa al di fuori del coniugio ed in assenza di legame biologico tra un soggetto adulto ed un minore che da quello viene cresciuto¹⁷, ma con una precisazione decisiva: per quanto la nozione di vita familiare goda oggi di un contenuto ampio e dinamico, *non esiste un diritto ad adottare realmente formalizzato*¹⁸ ma, all'inverso, in ogni percorso decisionale riguardante il minore, il suo supremo interesse costituisce criterio guida *sovraordinato ai desideri degli adottanti*¹⁹.

aprile 1997)» e che «nelle relazioni *de facto*, la determinazione del carattere familiare delle relazioni deve tenere conto di un certo numero di elementi, come il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni nonché il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino». Infine, la Corte precisa che «le disposizioni dell'art. 8 non garantiscono né il diritto di formare una famiglia né il diritto di adottare (E.B. c. Francia [GC], ricorso n. 43546/02). Il diritto al rispetto di una "vita familiare" non tutela il semplice desiderio di formare una famiglia; esso presuppone l'esistenza di una famiglia (Marckx c. Belgio, sent. del 13 giugno 1979, ricorso n. 6833/74), o quanto meno di una potenziale relazione che avrebbe potuto svilupparsi, ad esempio, tra un padre naturale e un figlio nato fuori dal matrimonio (Nylund c. Finlandia, sent. del 29 giugno 1999), di una relazione nata da un matrimonio non fittizio, anche se una vita familiare non era stata ancora pienamente stabilita (Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito, sent. del 28 maggio 1985), o ancora di una relazione nata da un'adozione legale e non fittizia (Pini e altri c. Romania, nn. 78028/01 e 78030/01)». Per ulteriori analisi, v. http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/sentenza/sintesi_sentenzas/000/000/352/Causa_Moretti_e_Benedetti_c.pdf

¹⁶ Keegan c. Irlanda, sent. del 19 aprile 1994, ricorso n. 16969/90; Kroon e altri c. Paesi Bassi, sent. del 27 ottobre 1994, ricorso n. 18535/91.

¹⁷ Schalk and Kopf v. Austria, sent. del 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04.

¹⁸ Nel caso "X c. Belgio e Paesi Bassi" (ricorso n. 6482/74) si evidenzia come la CEDU non tuteli effettivamente un "diritto all'adozione", ma che piuttosto il rapporto che si instaura tra genitore e figlio adottivo sia tutelato dall'art. 8, che garantisce il rispetto della vita familiare.

¹⁹ Sul punto, v. Cassazione civile, Sez. I, n. 13332/2010.

Ecco perché una nozione ammodernata ed incisiva di famiglia esiste «*non tanto sul piano dei partners ma con riferimento alla posizione, allo status e alla tutela del figlio*»²⁰. Ne deriva un ulteriore assunto: nella valutazione del preminente interesse del minore non devono confondersi tra loro il piano del legame tra i genitori e quello tra genitori e figli. Rileva, piuttosto, il diritto all'identità del minore, a cui va riconosciuta una relazione parentale al fine di riconoscere una persona esercente la responsabilità genitoriale. In conclusione, il bambino ha diritto al riconoscimento di due figure genitoriali, benché dello stesso sesso, affinché tutelino il minore ed esercitino nei confronti di questo tutti i diritti e i doveri genitoriali²¹.

Allora può dirsi che la scelta del legislatore di valorizzare i rapporti di fatto, di riconoscere (mediante le soluzioni normative che ritiene più opportune) le unioni per persone dello stesso sesso, nonché il diritto dei transessuali alla vita familiare implica *sempre ed in modo imprescindibile* la valutazione dell'incisione di tale apertura sulle prerogative del minore. E, ancorché la nozione di vita familiare possa sussistere anche in situazioni di fatto poste al di fuori del vincolo matrimoniale, ciò non autorizza ad attuare una equiparazione automatica tra coppie di fatto e coppie coniugate²² e non consente di dedurre aprioristicamente che il minore

²⁰ Corte App. Torino, sentenza del 29 ottobre 2014.

²¹ Nella testé citata sentenza, la Corte App. Torino si esprime interpretando la normativa vigente nazionale e sovranazionale (REGCE 2201/2003, art. 23; LS n. 176/1991, art. 3L; TI New York del 20 novembre 1989).

²² Nel caso *Karner c. Austria* (n. 40016/98, CEDH 2003 – IX :116), la Corte ha affermato che il rifiuto opposto al partner same-sex rispetto al diritto di successione nel contratto di locazione dell'immobile in cui la coppia abita configura violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, ove questo diritto sia previsto a favore del partner eterosessuale. Sebbene il caso si incentri sul godimento del domicilio, la sua portata è più ampia perché coinvolge una valutazione del nucleo familiare interessato: è legittimo che la famiglia tradizionale venga "protetta", ma una differenza di trattamento basata sull'orientamento sessuale restringerebbe il margine di discrezionalità di cui gli Stati contraenti godono per perseguire tale protezione.

inserito in famiglie non tradizionali goda della più completa ed opportuna protezione.

Quel che è certo, oggi, è che tanto i giudici interni quanto la Corte europea, nel suo interpretare, analizzare e valorizzare la crescente dimensione internazionale dei legami familiari, devono concepire il supremo interesse del minore innanzitutto non come forza di protezione platealmente contrapposta alle pretese genitoriali degli adulti, ma come impulso al rafforzamento dei diritti fondamentali degli stessi minori²³.

4. Tra il principio generale dal contenuto variabile ed i più stringenti criteri ex lege. Il ritorno al “modello giuridico di riferimento”.

Ebbene, il precipitato logico di quanto sinora detto non può che consistere in un meccanismo di rivalorizzazione dei criteri fissati dalle disposizioni normative vigenti, le quali, rispetto alle prerogative del minore, *hanno una funzione di garanzia e non di compressione*.

Mentre la normativa comunitaria ha per sua natura un respiro più ampio, integrato dalla sua corposa giurisprudenza, per l'ordinamento italiano il peso dei criteri stabiliti dalla l. 184/1983 in tema di adozioni non può subordinarsi ad una interpretazione creativa delle norme, tale da

²³ Nel caso *Gorgulu c. Germania*, ricorso n. 74969/01, conclusosi in data 26 maggio 20014, la Corte europea cita l'interesse superiore del minore come il criterio per comprendere se eventuali misure di allontanamento o di limitazione del diritto di visita di un minore siano da considerarsi adeguate ai sensi dell'art. 8 co. 2 CEDU. Più in particolare, in materia di affidamento, la Corte sottolinea il margine ampio di discrezionalità che fa capo ai giudici interni, che resta soggetta tuttavia al giudizio della Corte la quale valuta le restrizioni previste al diritto di visita dei genitori in relazione al concreto rispetto della vita familiare da parte sia dei genitori sia dei figli. Rendendosi necessario un bilanciamento fra l'interesse del minore e quelli dei genitori, prevale il primo: ciò si nota anche allorché si dispongono provvedimenti restrittivi volti alla salvaguardia della salute psicofisica del minore e del suo sviluppo. Per approfondimenti, oltre alla sentenza citata, v. *Moldovan e altri c. Romania*, ricorso n. 41138/98, sent. del 12 luglio 2005.

scardinare il modello legislativo vigente. Difatti, s'era di recente manifestata una tendenza ad aprire le maglie del nostro ordinamento per legittimare a tutti i costi modelli familiari nuovi bypassando la fermezza dei criteri contenuti innanzitutto nella l. 184/1983 e concentrando l'iter procedimentale solo sull'interesse del minore, da "sfruttare", però, per aggirare proprio quei criteri²⁴.

Al di là dell'impegno da definirsi lodevole laddove miri ad inserire il minore in un contesto familiare pienamente legittimato, il più recente orientamento dei giudici italiani sconfessa tale impostazione, facendo intendere, invece, che la mancata riconducibilità del caso concreto ad uno dei criteri e dei casi previsti dalla legge sulle adozioni debba condurre non all'aggiramento di quei criteri bensì ad una rivalutazione del modello giuridico che l'ordinamento disegna, rispetto al quale si è trascesi in una azzardata interpretazione talvolta analogica talaltra creativa per riuscire ad estendere norme di stretta interpretazione a casi che da esse esulavano.

E' vero che la pretesa del vincolo coniugale non significa automaticamente solidità del vincolo affettivo, ma è anche vero che una cornice giuridica nella coppia, implicante certezza del regime patrimoniale, assetto reciproco e corrispettivo di diritti e doveri, controllo giurisdizionale in ipotesi di scioglimento del vincolo, ecc., «ricade come sicurezza anche sul minore»²⁵.

²⁴ Una prima pronuncia, che ha fatto da apripista ad altre pronunce di medesima impostazione, è Trib. Minori di Roma, 30 luglio 2014, Relatrice Dott.ssa Cavallo; da approfondire il contributo di M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in Fam. Dir. 2015. In più, v. sent. Trib. Minori di Roma, 30 dicembre 2015.

²⁵ Sent. 261/2016 Tribunale minorenni Milano, dep. 17 ottobre 2016, Giudice est. A. Brambilla, Pres. M. Zevola. Si rende opportuno integrare lo studio della citata pronuncia con la sent. 268/2016, emessa dallo stesso giudicante, poiché, pur trattandosi di caso differente dal primo, giunge comunque ad uguale conclusione. Difatti, lo stesso Tribunale ha negato l'adozione del figlio del compagno all'interno di due coppie di fatto, nel primo caso omosessuale e nel secondo caso eterosessuale.

Più nello specifico, nel caso che ha condotto poi alla sent. 261/2016, due donne domandavano l'adozione "incrociata" delle figlie avute tramite fecondazione assistita. Per

Non è neanche un caso, invero, che la Corte di Strasburgo, nel negare l'esistenza di un vero "diritto di adottare"²⁶, abbia a più riprese sottolineato la competenza dello Stato nel regolare l'istituto adottivo. Così statuendo, si abbraccia proprio il *dictum* della recentissima giurisprudenza interna, che richiama i criteri *ex lege* per arrestare la tendenza (in espansione) ad applicare estensivamente norme che necessitano invece di un approccio più rigoroso e stringente.

Preme poi domandarsi se la cornice legislativa approntata dalla recentissima legge n. 76/2016 (regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) possa in qualche modo rappresentare una "conferma fatta norma" della (qui criticata) tendenza giurisprudenziale a scardinare i criteri legislativi previsti dalla l. 184/1983.

La risposta è indubbiamente negativa, laddove il co. 20 dell'art. 1 della l. 76/2016 dapprima pone una clausola generale di estensione («al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti ed il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso») e poi, nel secondo

il Tribunale, le minori non si trovano in stato di abbandono come invece insinuato poiché «godono, per quanto concerne il loro accudimento, educazione ed affetto sia delle madri biologiche che delle rispettive compagne», quindi la richiesta di adozione andava respinta, come difatti è accaduto. Né poteva applicarsi l'art. 44, comma 1, lettera b), che prevede l'adozione del figlio del coniuge, trattandosi di una coppia di conviventi omosessuali. La legge usa il termine "coniuge" non per mero caso, ma perché, come già detto, per i giudici solamente il matrimonio presenta un vincolo che comporta «l'instaurarsi di una cornice giuridica nella coppia che ricade come sicurezza anche sul minore».

²⁶ *Ibidem*, par. 3.

periodo, ci offre una chiara risposta: «la disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla l. 4 maggio 1983 n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». E come può ben capirsi, tale esclusione vale altresì per le coppie di fatto. Dunque, il fatto che restino ferme le previsioni vigenti in tema di adozione non può che indurre ad affermare la volontà del legislatore di non usare la nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze di fatto per intaccare il paradigma della legge del 1983.

Il dato è chiaro e si pone in contrapposizione a quelle interessanti e, può dirsi, storiche pronunce interne²⁷ con un obiettivo altrettanto chiaro: sconfessare l'interesse adultocentrico e riportare l'analisi sui più corretti e rigorosi binari della tutela del soggetto vulnerabile²⁸.

Un assunto di questo tipo non può che rafforzare quanto già fece intendere di recente la Corte di Cassazione²⁹, decisa nel concepire come “tassative” e non meramente indicative le ipotesi esplicate all'art. 44, il che non ne consente una interpretazione né analogica né estensiva³⁰.

²⁷ *Ibidem*, nota 24. Tra l'altro, G. SAVI in *Unioni civili e convivenze – guida commentata alla l. 76/2016*, Maggioli 2016, 99, parla di giurisprudenza emersa «a macchia di leopardo».

²⁸ Ancora, G. SAVI, nel lavoro già op. cit. in nota superiore, ritiene che, pur essendo vero che l'amore non giustifichi tutto e cioè non possa condurre ad allargare le maglie del nostro ordinamento sempre e comunque pur di acconsentire alle pretese degli adulti di unirsi e di adottare, il legislatore persegua in qualche modo il fine di interpretare il prevalente sentire sociale, cedendovi.

²⁹ Cass. civile, Sezione I, sent. 27 settembre 2013 n. 22292.

³⁰ «Per un verso deve condividersi l'opinione secondo cui la norma contenuta nell'art. 44 individua ipotesi tassative e di stretta interpretazione e quindi 'pare contrario alla *ratio legis*' dilatare la nozione di impossibilità di affidamento preadottivo ricomprendendovi non solo l'ipotesi del mancato reperimento o del rifiuto di aspiranti all'adozione legittimante ma anche ipotesi in contrasto con l'interesse del minore in quanto (quest'ultimo) criterio guida di tutta la normativa sull'adozione».

5. Conclusioni: il rispetto dei criteri di legge come favor e non come limite.

Attraverso le argomentazioni proposte, sin dai primi passi definitivi, cui è seguita pur brevemente l'introduzione del contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento, può scorgersi per i criteri normativi vigenti una *rinnovata rilevanza*, attraverso la quale l'inserimento del minore in contesti familiari definiti comunemente non tradizionali può e deve resistere alla pretesa adottiva adultocentrica, checché ne abbiano pronunciato giudici italiani intenti a fare giurisprudenza creativa³¹.

Nell'avvalorare la tesi di un ritorno al rispetto più rigoroso dei criteri di legge, contenuti nella l. 184/1983 s.m. ed in particolare, per quel che qui interessa, nel suo art. 44, le recentissime sentenze n. 261 e 268 del 2016 del Tribunale di Milano consentono dunque di ritornare al modello giuridico interno di riferimento, che da un lato impedisce di forzare le maglie ordinamentali e dall'altro porta ad una maggior garanzia per il minore, il quale è così inserito in una "cornice giuridica di coppia" che lo renda più sicuro. Ne consegue che la valutazione dell'interesse del minore è pienamente compatibile con una interpretazione che sia coerente alla volontà del legislatore, il quale detta criteri precisi per il procedimento adottivo.

³¹ Per stigmatizzare la portata di queste pronunce evidenziandone gli influssi negativi, si è parlato ad esempio di "legge riscritta dai magistrati". V. anche R. CARRANO e M. PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omosessuali*, in *Dir. Fam. pers.* 2014.