

Rivista N°: 4/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 1/11/2016

AUTORE: Ilenia Massa Pinto *

UNIONE OMOSESSUALE E ADOZIONE: CHI DECIDE?

Sommario: 1. Il tormento dell'eteronomia e la necessità di lasciarsi comandare da un potere anonimo e non da un uomo in carne e ossa che è simile a noi. 2. La motivazione della sentenza della Corte di Cassazione. 3. Storie di adulti e storie di minori. 4. Unioni civili e adozione: chi decide?

1. Il tormento dell'eteronomia e la necessità di lasciarsi comandare da un potere anonimo e non da un uomo in carne e ossa che è simile a noi

«Nell'idea di democrazia (...) reclamano soddisfazione due istinti primordiali dell'essere sociale. In primo luogo la reazione contro la costrizione risultante dallo stato di società, la protesta contro la volontà esterna davanti alla quale ci si deve inchinare, la protesta contro il tormento dell'eteronomia. È la natura stessa che, nell'esigenza di libertà, si ribella alla società. Il peso della volontà esterna, imposto dalla vita in società, sembra tanto più opprimente quanto più direttamente, nell'uomo, si esprime il sentimento primitivo che egli ha del proprio valore, quanto più elementare, di fronte al capo, a chi comanda, è la vicenda di chi è costretto all'ubbidienza: "È un uomo come me, siamo uguali, che diritto ha dunque di comandarmi?". Così, l'idea assolutamente negativa e a profonde radici antieristiche di uguaglianza si mette al servizio di un'altrettanto negativa esigenza di libertà. Dall'idea che noi siamo, idealmente, uguali, si può dedurre che nessuno deve comandare a un altro. Ma la esperienza insegna che, se nella realtà vogliamo essere tutti uguali, dobbiamo lasciarci comandare. Perciò l'ideologia politica non rinuncia ad unire la libertà con l'uguaglianza. La sintesi di questi due principii è appunto la caratteristica della democrazia (...). Se l'idea di libertà può diventare un principio di questa organizzazione sociale – di cui essa era prima la negazione – e perfino un principio di organizzazione statale, ciò è solo possibile attraverso un cambiamento di significato (...). Se ci deve essere società e, più ancora, Stato, ci deve esse-

* Associata di Diritto costituzionale nell'Università di Torino.

re un regolamento obbligatorio delle relazioni degli uomini fra di loro, ci deve essere un potere. Ma se noi dobbiamo essere comandati, lo vogliamo essere da noi stessi. La libertà naturale si trasforma in libertà sociale o politica. È politicamente libero chi è sottomesso, sì, ma alla volontà propria, non alla volontà esterna. Con ciò si pone l'antitesi di principio delle forme politiche e sociali (...). La discordanza fra la volontà dell'individuo, punto di partenza dell'esigenza di libertà, e l'ordine statale, che si presenta all'individuo come una volontà estranea, è inevitabile. E in uno Stato democratico, dove questa discordanza è ridotta ad un minimo approssimativo, si verifica una nuova trasformazione nell'idea di libertà politica. La libertà dell'individuo la quale, in ultima analisi, si rivela come irrealizzabile, finisce per restare in secondo piano, mentre la libertà della collettività le succede in primo. La protesta contro il dominio esercitato da uno che è simile a noi porta, nella coscienza politica, ad uno spostamento del soggetto del dominio, dominio che è inevitabile anche in regime democratico, vale a dire alla formazione della persona anonima dello Stato. L'*imperium* parte da questa persona anonima, non dall'individuo come tale. La volontà delle singole personalità liberano una misteriosa volontà collettiva ed una persona collettiva addirittura mistica. Questo isolamento fittizio si effettua non tanto contro la volontà dei sudditi quanto contro la volontà di quegli individui che esercitano il potere e che appaiono come semplici organi di un soggetto ipostizzato di tale potere. In regime autocratico, un uomo in carne ed ossa – anche se divinizzato – è considerato come un capo. In regime democratico è lo Stato stesso che appare come soggetto del potere. Qua il velo della personificazione dello Stato copre il fatto, insopportabile ad una sensibilità democratica, di un dominio dell'uomo sull'uomo. La personificazione dello Stato diventa la base della teoria del diritto pubblico contemporaneo, ha le sue radici in questa ideologia della democrazia (...). Questa è l'ultima tappa del processo di trasformazione dell'idea di libertà. Chi non vuole o non può seguire l'evoluzione che questo concetto compie in virtù di una logica immanente, può criticare la contraddizione esistente fra il suo significato iniziale e il suo significato finale e rinunciare a capire le deduzioni di chi, meglio di ogni altro, seppe analizzare la democrazia, di chi non retrocesse nemmeno di fronte all'asserzione che il cittadino è libero soltanto attraverso la volontà generale e che in conseguenza, obbligandolo ad obbedirvi, lo si costringe ad esser libero. È più di un paradosso, è un simbolo della democrazia, che, nella Repubblica di Genova, sulle porte delle prigioni e sulle catene a cui, nelle galere, erano legati gli schiavi, si leggesse la parola "Libertas"»¹.

Si ripropongono qui le notissime pagine di Kelsen sull'essenza della democrazia, poiché il tormento dell'eteronomia appare davvero insopportabile quando si tratta di questioni che toccano i principî identitari più profondi, più proiettati nel lungo periodo, e che coinvolgono visioni del mondo e dottrine comprensive in conflitto. L'occasione è offerta, infatti, da un breve commento alla sentenza con la quale la Corte di Cassazione si è pronunciata con una discutibile – sotto il profilo della motivazione – decisione in materia di adozione del figlio del partner in una coppia del medesimo sesso². La Corte di Cassazione ha sostenuto che è

¹ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), trad. it., *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 45-55.

² Si tratta della sentenza della Corte di Cassazione, prima sezione civile, n. 12962 del 26 maggio 2016.

possibile ricorrere all'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184 del 1983, al fine di riconoscere giuridicamente la genitorialità sociale del partner *same-sex* del genitore biologico.

Come noto, la pronuncia interviene e s'inserisce nel mezzo di un accesissimo dibattito, in materia di richieste di riconoscimento giuridico da parte delle coppie omosessuali, diffuso da tempo nel nostro Paese e culminato, ma forse non ancora concluso, con l'approvazione della legge n. 76 del 20 maggio 2016 (pubblicata appena sei giorni prima rispetto alla decisione della Corte di Cassazione).

Alla luce delle parole di Kelsen, la discutibile motivazione della sentenza in commento suscita una sconcertante riflessione a proposito del disincanto della «teoria del diritto pubblico contemporaneo [quale] ultima tappa del processo di trasformazione dell'idea di libertà»: la grande sfida della modernità consistente nella ricerca di una legittimazione, accettabile a una sensibilità democratica, al fatto del dominio dell'uomo sull'uomo sembra ormai fallita, perché sembra ormai fallita la «pretesa di configurare la decisione giudiziaria sempre e solo come applicazione di una volontà altrui (della volontà del rappresentante), e non come manifestazione della volontà del "piccolo uomo", che fisicamente la pronuncia»³. Qui sta il nodo: questa sentenza della Corte di Cassazione è l'ennesimo sintomo del fallimento della pretesa di de-soggettivizzare l'applicazione del diritto.

La pronuncia s'inserisce infatti a pieno titolo nel clima culturale neocostituzionalistico dei nostri tempi, in cui si privilegiano l'autorevolezza e la forza persuasiva dei ragionamenti giudiziari rispetto alla *voluntas* autoritativa proveniente da una legittimazione politica: ma, è lecito domandarsi, «che ne è, in questa prospettiva, della figura classica (e anche tragica) del giudice che si trova di fronte alla *dura lex sed lex*, che interiormente non condivide la scelta legislativa, e che tuttavia è tenuto ad applicarla, perché quello è il suo dovere, come anche la Costituzione italiana afferma («soggetto solo alla legge»)? Che ne è delle tradizionali raffigurazioni che registrano una certa tragica nobiltà della sua funzione, posta di fronte al travagliato dissidio tra adesione ai dettami della coscienza e fedeltà funzionale, pubblica ed esteriore alla legge, dissidio necessariamente risolto a favore della seconda? Si osservi bene: nella prospettiva ... [del] neocostituzionalismo questa figura scolora e sembra scomparire dalla scena. Se il primato, negli esiti delle attività interpretative, spetta all'adesione interiore al principio inteso come valore, e questa adesione si manifesta anche all'esterno, nella decisione pubblica, tutto diventa per il giudice più libero, decisamente meno lacerante, in qualche misura più comodo, perché il dissidio non esiste in radice»⁴.

³ M. DOGLIANI, *Interpretazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Milano, 2006, vol. IV, p. 3187.

⁴ Così N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, p. 922. La letteratura sul punto è sterminata e inesauribile. Cfr. almeno l'analisi di M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivistaaic.it*, 2012 e ID., *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, tomo I, pp. 873 ss. Il tema è al centro del dibattito anche fuori dal nostro Paese: cfr. almeno R. H. BORK, *Coercing virtue: the worldwide rules of judges* (2003), trad. it., *Il giudice sovrano*, Macerata, Liberilibri, 2004; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2004.

2. La motivazione della sentenza della Corte di Cassazione

Il caso deciso con la sentenza in commento riguarda il ricorso, proposto da parte del Pubblico Ministero, contro la sentenza d'appello con cui una donna, legata da una relazione sentimentale e di convivenza con altra donna, aveva chiesto e ottenuto l'accoglimento della sua domanda di adozione della figlia di quest'ultima, nata a seguito del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita effettuate all'estero. La questione giuridica di fondo riguarda la possibilità di ricorrere, nel caso di specie, all'istituto dell'adozione in casi particolari, disciplinato negli artt. 44 e seguenti della legge n. 184 del 1983, al fine di riconoscere giuridicamente la genitorialità sociale del partner *same-sex* del genitore biologico.

La sentenza in commento s'inserisce in un quadro giurisprudenziale in cui i giudici di merito avevano già variamente interpretato la disposizione di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, in forza della quale «I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1° dell'art. 7: [...]; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo». In particolare, secondo alcuni, la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» si riferirebbe a una impossibilità “di fatto”, «constatata», appunto, a seguito di accertamento giudiziale finalizzato all'individuazione di una famiglia adatta a un minore nei cui confronti è stata pronunciata la dichiarazione di adottabilità; secondo altri, invece, la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» si riferirebbe a una impossibilità “di diritto”, che consentirebbe al giudice di procedere con l'adozione in casi particolari quando non è giuridicamente possibile la dichiarazione di adottabilità poiché difetta il requisito dello stato di abbandono⁵. La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, ha accolto questa seconda interpretazione e ha così confermato la pronuncia d'appello.

Che si tratti di una sentenza in cui gli argomenti che riguardano gli adulti e quelli che riguardano i minori s'intersecano inesorabilmente non v'è dubbio. E ciò si rileva anzitutto nel rigetto del primo motivo di ricorso riguardante la mancata nomina del curatore speciale della minore ai sensi dell'art. 78 c.p.c.: come sottolineato dal Pubblico Ministero ricorrente, la situazione di conflitto d'interessi tra la madre, legale rappresentante della minore, e la minore stessa si manifesta sin dal momento in cui si esplicita che la nascita della bimba è stata il frutto di un progetto portato avanti dalla coppia costituita dalla madre biologica e dalla ricorrente («dal che è agevole ravvisare l'aspirazione di entrambe, e quindi anche della madre

⁵ Escludono l'inserimento della “impossibilità giuridica” nella nozione di «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983 il Tribunale per i minorenni di Torino, 11 settembre 2015, n. 258 e n. 259; il Tribunale per i Minorenni di Potenza, 15 maggio 1984; il Tribunale di Roma, 22 dicembre 1992; la Corte d'Appello di Torino, 9 giugno 1993; il Tribunale per i Minorenni di Ancona, 15 gennaio 1998; la Corte di Cassazione, 2 febbraio 2015, n. 1792. In senso contrario si esprimono il Tribunale per i Minorenni di Roma, 30 luglio 2014, n. 299 (confermata dalla Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015, n. 7127), da cui ha avuto origine il caso definitivamente deciso dalla sentenza della Corte di Cassazione in commento; il Tribunale per i Minorenni di Roma, 22 settembre 2015, n. 291; la Corte d'Appello di Torino, 19 aprile 2016; la Corte d'Appello di Firenze, 4 ottobre 2012, n. 1274, e il Tribunale per i Minorenni di Milano, 28 marzo 2007, n. 626 (ma, in questi due ultimi casi, con riferimento all'ipotesi di convivenza eterosessuale *more uxorio*). Su questa giurisprudenza cfr. in particolare J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp. 117 ss.

della minore, a vivere la bigenitorialità nell'ambito del rapporto di coppia come consolidamento dello stesso»). Secondo il Pubblico Ministero, dunque, il conflitto è «potenziale», dal momento che la madre agisce nel proprio interesse (è «portatrice di un interesse morale all'adozione») e ritiene che tale interesse coincida con quello della minore. C'è un interesse della madre a ottenere il riconoscimento giuridico dell'unione con la propria partner, e quello, autonomo, della minore adottanda. C'è una storia di adulti e c'è la storia di una minore.

Ma ancor di più le storie s'intersecano con riferimento al rigetto del secondo motivo di ricorso riguardante l'interpretazione della disposizione citata di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184 del 1983: secondo il ricorrente, la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» presuppone pur sempre la preesistenza di una situazione di abbandono, «trattandosi di un istituto giuridico unitario dai caratteri individuabili in negativo che mira a offrire tutela a situazioni di adozione difficili od impossibili di fatto, come è comprovato dalla stessa scelta del participio passato "constatata", che rimanda ad un'attività materiale – la ricerca di una coppia idonea all'affidamento preadottivo – al cui esito infruttuoso soltanto si apre la possibilità dell'adozione speciale».

È intorno all'interpretazione di questa disposizione che ruota ovviamente l'intera questione: l'apparente linearità della motivazione fornita dalla Corte di Cassazione, con il suo (non sufficientemente problematizzato) riferimento a una soluzione che si ricaverebbe *de plano* «dal mero esame testuale delle norme», non può persuadere a fronte dell'acceso dibattito sul tema diffuso nell'opinione pubblica, a fronte di una variegata giurisprudenza sul punto e a fronte, soprattutto, di una assai discussa disciplina legislativa appena entrata in vigore.

Ma la Corte non ha dubbi: «l'art. 44, al primo comma, stabilisce che l'accertamento di una situazione di abbandono (art. 8, comma 1) non costituisce, differentemente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari, e che tale prescrizione di carattere generale si applica a tutte le ipotesi previste dalle lettere a), b), c) e d) dello stesso art. 44. Infatti, tale norma dispone che "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7" e il richiamato art. 7, al comma 1, stabilisce come condizione necessaria per l'adozione legittimante la dichiarazione di adottabilità, la quale presuppone a sua volta l'accertamento della situazione di abbandono così come prescritto nel successivo art. 8, comma 1. Risulta pertanto, anche dal mero esame testuale delle norme sopraindicate, che l'adozione in casi particolari può essere dichiarata a prescindere dalla sussistenza di una situazione di abbandono del minore adottando».

A ben riflettere, però, questa logica deduzione lascia alquanto perplessi, sotto il profilo dell'interpretazione letterale e sistematica della legge.

Il vero dato testuale che la Corte non prende in considerazione è infatti proprio quello della disposizione di cui alla stessa lett. d), che il legislatore ha (incautamente) inserita in una lettera specifica del comma 1 dell'art. 44, ma che invece non può che essere intesa come clausola generale e residuale in cui far rientrare tutte le ipotesi nelle quali, a seguito di dichiarazione di adottabilità, e dunque a seguito di una situazione di abbandono giudizialmente accertata, non è possibile *di fatto* procedere con l'affidamento preadottivo, per le ragioni più diverse. Infatti, quando la lett. d) dispone che si può procedere ad adozione in casi particolari

«quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo», non può voler dire altro che si è (già) nella fase in cui, a seguito di dichiarazione di adottabilità, si sta cercando (invano) una famiglia adottante ex art. 7 (c.d. adozione legittimante o piena) : la disposizione non dice, infatti, che l'adozione in casi particolari può avvenire quando vi sia la constatata impossibilità di dichiarare lo stato di adottabilità (perché manca il requisito dello stato di abbandono). Ne consegue che ha ragione la Corte quando afferma che l'adozione in casi particolari può essere dichiarata a prescindere dalla sussistenza di una situazione di abbandono del minore adottando: ma ciò è possibile in tutti gli altri casi previsti dall'art. 44, comma 1, altrimenti deriverebbe l'assurda conseguenza che la situazione del minore con dichiarazione di adottabilità, ma con impossibilità di fatto di accedere ad affidamento preadottivo, non dovrebbe rientrare nell'ipotesi dell'art. 44, comma 1, che esclude la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 7. È evidente che non ha alcun senso considerare l'ipotesi *sub* lett. d) come ipotesi (residuale) dentro il presupposto del primo comma dell'art. 44. Non si può dire, infatti, che l'adozione in casi particolari si può realizzare quando manca la dichiarazione di adottabilità e, allo stesso tempo, che l'adozione in casi particolari si può realizzare quando l'affidamento preadottivo non è possibile: se c'è tentativo di affidamento preadottivo è perché c'è stata dichiarazione di adottabilità!

A ragionare diversamente, e cioè a ragionare come fa la Corte – secondo cui «deve (...) essere pienamente valorizzata ai fini ermeneutici la portata generale della prescrizione contenuta nel primo comma dell'art. 44, secondo la quale (...) la preesistenza dello stato di abbandono non costituisce limite normativo all'applicazione della norma nella sua interezza e conseguentemente, per quanto rileva in questa sede, anche all'ipotesi descritta nella lettera d)» – si giungerebbe inoltre alla altrettanto assurda conclusione che la prescrizione di cui alla lett. d) sarebbe una (tautologica) ripetizione prescrittiva rispetto alla (ritenuta generale) disposizione di cui all'art. 44, comma 1: che cosa vorrebbe *aggiungere*, infatti, la norma ex lett. d) prevedendo l'ipotesi particolare secondo cui si dovrebbe procedere ad adozione speciale quando non si può procedere a dichiarazione di adottabilità perché manca lo stato di abbandono rispetto a quella ex art. 44, comma 1, per cui si dovrebbe procedere ad adozione speciale «quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7»? Assolutamente nulla.

Non solo. Che quella della Corte di Cassazione non sia una interpretazione che si ricava *de plano* dal mero dato testuale della legge, è confermato dall'esistenza di una cospicua giurisprudenza di merito di segno opposto, che ancora di recente ha addirittura definito «eversiva» quella medesima interpretazione: secondo questa giurisprudenza, «ritenere compresa la "impossibilità giuridica" nella nozione di impossibilità di affidamento preadottivo conduce ad una lettura eversiva della norma, che diviene così, inammissibilmente, un grimaldello per forzare la struttura stessa della tutela offerta al minore. Se un affidamento preadottivo è "giuridicamente impossibile" significa che non può essere disposto ai sensi di legge; che, dunque, non vi è giuridico spazio per una vicenda adottiva nei canoni della normazione positiva. Se un minore non è in stato di abbandono, in altri termini, posto che è "giuridicamente impossibile" sia collocato in affidamento preadottivo, tanto significa che non è consentito dall'ordinamento che possa conoscere l'adozione di cui alla lettera d) dell'art. 44, l.

184/83. La contraria opinione conduce tra l'altro, proprio perché eversiva del dato normativo, a ritenere adottabile nella forma della lett. d) ogni e qualunque minore non in stato di abbandono (perché normo-accudito da madre e padre), ove tanto realizzi il suo preminente interesse. Tale conclusione è palesemente inaccettabile alla luce del dato positivo, poiché condurrebbe all'accoglimento della domanda di adozione proveniente da ogni soggetto (desideroso – e titolato, in forza di un ottimo rapporto, educativo o accuditivo con il minore – di diventare il padre 2, o madre 2; o 3, o 4, ecc.) che intenda adottare il minore – come detto, definitivamente non in stato di abbandono – nella forma della lett. d), al fine di “ampliarne” l'accudimento o le risorse economiche, in prospettiva anche successiva (e così, sotto vari aspetti, senz'altro realizzando il suo interesse meglio e più ampiamente rispetto alle possibilità complessive dei genitori biologici): il che appare francamente inconcepibile e contrario alla nozione medesima di adozione, fatta propria dal legislatore italiano»⁶.

Interpretazione *letterale* o interpretazione *eversiva*, dunque? È davvero difficile qui non pensare al “piccolo uomo” che fisicamente sostiene l'una o l'altra...

La motivazione del Tribunale di Torino appare peraltro condivisibile quando sostiene che la diversa interpretazione della disposizione di cui alla lett. d) condurrebbe a “sanare” ogni situazione di fatto, posta in essere anche in violazione della legge, in nome di un interesse superiore, quello del minore⁷. Così, per le coppie omosessuali, la legge n. 40 del 2004 continua a vietare il ricorso alla fecondazione medicalmente assistita nel nostro Paese: la dichiarazione d'incostituzionalità della disposizione che prevedeva il divieto del ricorso alla fecondazione eterologa, infatti, non ha modificato la sfera dei soggetti che ora possono ricorrervi, e cioè, ex art. 5 della legge medesima, anche nell'interpretazione data dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014, «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5), e comunque nei cui confronti «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili» (sentenza n. 162).

Se è vero che, nel caso di cui si tratta, non vi è stata “surrogazione di maternità” – come afferma la stessa Corte di Cassazione quando sostiene che, nella specie, «il rapporto di filiazione esistente tra la minore e la madre biologica e legale, al pari del rapporto che lega la minore alla richiedente l'adozione ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d) della legge n. 184 del 1983, non è riconducibile ad alcuna delle forme di cosiddetta “surrogazione di maternità” realizzate mediante l'affidamento della gestione a terzi: la minore, infatti, è stata riconosciuta dalla donna che l'ha partorita, in applicazione dell'art. 269, terzo comma, cod. civ.» – resta il fatto che l'interpretazione della Cassazione qui contestata dovrebbe riferirsi a qualunque tecnica di procreazione impiegata all'estero di cui non si può avere il controllo, ivi

⁶ Così il Tribunale per i minorenni di Torino, 11 settembre 2015, n. 258.

⁷ Sulla necessità che il giudice esamini attentamente le richieste di adozione ex lett. d), allo scopo di valutarne la reale rispondenza all'interesse del minore, e non invece la loro finalizzazione ad altri scopi, quale, ad esempio, quello di legittimare situazioni illecitamente precostituite cfr. Corte d'Appello di Torino, sez. min., decr. 21 aprile 1989, sul noto caso di Serena Cruz; Corte di Cassazione, 11 novembre 2014, n. 24001, sulla vicenda del bambino nato in Ucraina da madre surrogata fecondata con seme di donatore anonimo e poi oggetto di tentativo di iscrizione come figlio proprio nei registri dello stato civile italiano dalla coppia italiana committente.

compresa la “maternità surrogata” quando a ricorrervi sia una coppia *same sex* di sesso maschile: perché infatti due donne possono tornare in Italia e ottenere l’adozione del figlio della partner avuto a seguito di fecondazione eterologa e questa possibilità dovrebbe essere preclusa per due uomini che all’estero ricorrono alla maternità surrogata? Resta il fatto che non si può non osservare che la surrogazione di maternità è vietata nel nostro ordinamento anche per le coppie eterosessuali: è dunque una tecnica considerata nel nostro ordinamento con disvalore. Perché poi due uomini che vi ricorrono all’estero dovrebbero accedere all’adozione in Italia, in nome del superiore interesse del minore?⁸

3. Storie di adulti e storie di minori

Si è detto che l’interesse del minore s’intreccia inesorabilmente con quello degli adulti al riconoscimento di forme di convivenza diverse da quelle sinora disciplinate dall’ordinamento. E infatti, esclusa l’applicazione della norma *ex lett. d)*, è con riferimento all’ipotesi di cui alla *lett. b)* dell’art. 44, comma 1, che il giudice avrebbe dovuto cimentarsi rispetto al caso *de quo*, ossia con riferimento all’ipotesi dell’adozione in casi particolari da parte del «coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell’altro coniuge». So bene che qui si sarebbe aperta la questione della equiparazione tra coppie coniugate e coppie di fatto, anche del medesimo sesso: ma è evidente che è proprio qui che sta il punto e che vede di nuovo intrecciarsi una storia di pretese di riconoscimento da parte di adulti e la storia di una bimba.

La fattispecie astratta rilevante per il caso concreto era dunque in tutto e per tutto quella di cui alla *lett. b)*: la Corte di Cassazione avrebbe così potuto sollevare la questione d’illegittimità costituzionale della relativa norma nella parte in cui non equipara il «coniuge» al convivente di fatto, a prescindere dalle sue inclinazioni sessuali. La stessa Corte costituzionale, del resto, nella sentenza n. 138 del 2010, pur avendo affermato la non omogeneità del-

⁸ Il superiore interesse del minore ha finito per “sanare” anche la situazione di due “mamme” che, dopo aver contratto matrimonio in Spagna, hanno fatto ivi ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, l’una offrendo l’utero per portare avanti la gravidanza e partorire, e l’altra donando gli ovuli. La Corte di Cassazione, prima sezione civile, n. 19599 del 21 giugno 2016, depositata il 30 settembre 2016, ha rigettato il ricorso contro la Corte d’Appello di Torino che aveva ordinato all’ufficiale dello stato civile di trascrivere l’atto di nascita in Italia, in nome del preminente interesse del minore, al fine di garantire «la copertura giuridica ad una situazione in essere da anni, nell’esclusivo interesse del bambino, cresciuto da due donne che la legge spagnola riconosce entrambe come madri». Ne discende dunque per il nostro ordinamento un obbligo di trascrivere un atto di nascita attestante una doppia maternità, poiché «le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 – imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia – non possono ricadere su chi è nato, il quale ha un diritto fondamentale, che dev’essere tutelato, alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all’estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi». Del resto, sostiene la Corte con un’argomentazione assai discutibile, «l’atto di nascita straniero (valido, nella specie, sulla base di una legge in vigore in un altro paese della UE) da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (per avere l’una donato l’ovulo e l’altra partorito), non contrasta, di per sé, con l’ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell’ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate». Si tratta certo (solo) di una delle possibili scelte, ma pur sempre di una scelta.

le coppie coniugate alle unioni omosessuali, aveva stabilito che «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (...). Può accadere, infatti, che, in relazione a ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza». Certo, anche questo controllo avrebbe comportato un difficile scrutinio sulla possibilità di equiparare le coppie coniugate a quelle non coniugate: anche qui, però, il ricorso a consolidati canoni interpretativi, e a quello dei propri precedenti in particolare, avrebbe forse potuto guidare la decisione della Corte costituzionale al fine di adottare una pronuncia *erga omnes* accettabile, nel senso di fondata su un'interpretazione comunque tollerata dal dato testuale delle disposizioni costituzionali. Ma soprattutto, la pubblicazione, appena sei giorni prima della pronuncia della Corte di Cassazione, della legge sulle unioni civili, che pur si occupa espressamente della materia di cui si tratta, come tra breve si dirà, non avrebbe dovuto essere del tutto ignorata, come invece è stato fatto.

Lo stesso ricorrente aveva suggerito alla Corte queste conclusioni: esclusa la possibilità dell'applicazione della lett. d), ritiene il pubblico ministero, il giudice avrebbe dovuto tentare «un'interpretazione costituzionalmente orientata della lettera b) dell'art. 44, volta ad estenderne l'applicazione anche alle coppie di fatto», o «sollevare eccezione d'illegittimità costituzionale della norma per disparità di trattamento tra le unioni matrimoniali e le altre forme di relazione stabile oppure per discriminazione dovuta ad orientamento sessuale». Del resto, conclude il pubblico ministero ricorrente, «a fronte di un'ampia varietà di situazioni familiari stabili meritevoli di tutela, deve ritenersi rimessa al legislatore la scelta in ordine ai valori ed ai diritti da tutelare»⁹.

Dopo il riferimento alla ritenuta interpretazione testuale, la Corte di Cassazione si dilunga nel riportare il quadro giurisprudenziale sovranazionale. Tale quadro, tuttavia, è rivelatore, ancora una volta, dell'intreccio delle storie cui si è fatto cenno: storie di adulti e storie di minori. La giurisprudenza sovranazionale citata vorrebbe essere, infatti, nell'intenzione della Corte, sintomo dell'atteggiamento diffuso di favore nei confronti delle coppie del medesimo sesso: non è dunque l'interesse del minore, ma l'interesse degli adulti, al centro della motivazione, e anche la giurisprudenza sovranazionale citata sta a dimostrarlo.

⁹ In argomento cfr. altresì la decisione del Tribunale per i Minorenni di Torino dell'11 settembre 2015, n. 259: rispetto al ricorso *ex lett. b)* «...occorre chiedersi se l'adozione, da parte di un componente della unione di fatto, del figlio dell'altro componente sia un diritto fondamentale scaturente dalla unione di fatto. La risposta non può che essere negativa. La adozione, anche nella accezione dei "casi particolari" di cui all'art. 44 l. 184/83 nel sistema italiano, e dal lato dell'adottante, non appartiene al novero di diritti, tanto meno a quello dei diritti fondamentali. Non è, in altri termini, ricostruibile un diritto ad adottare il figlio di un compagno o compagna nei termini propri di un diritto fondamentale, cioè connaturato ("scaturente", parafrasando la Suprema Corte) con la unione in oggetto».

4. Unioni civili e adozione: *chi decide?*

Infine, dopo aver dedicato ampio spazio alla giurisprudenza sovranazionale, la Corte, in pochissime righe conclusive, prende atto della pubblicazione della legge 20 maggio 2016, n. 76 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze»), ma si limita ad affermare che essa «non si applica, *ratione temporis* ed in mancanza di disciplina transitoria, alla fattispecie dedotta in giudizio».

A tal fine, e rispetto a quanto sopra sostenuto a proposito della riferibilità della fattispecie *de qua* alla disposizione di cui alla lett. b) dell'art. 44, comma 1, e non alla lett. d), si deve sottolineare come la recente normativa intervenuta nel nostro ordinamento per disciplinare le unioni civili tra persone del medesimo sesso disponga espressamente, in materia di adozioni, la non estensibilità della disciplina di cui alla legge n. 184 del 1983 ai componenti delle unioni civili omosessuali. Infatti l'art. 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016 dispone che «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e 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. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

È evidente che l'affermazione della Corte di Cassazione in ordine alla non applicabilità *ratione temporis* di questa disposizione al caso di specie ha consentito alla Corte stessa di non mettersi sulla strada accidentata della sua interpretazione, anche, eventualmente, al fine di sollevare la questione d'illegittimità costituzionale, come sopra prospettato.

Resta però il dato più importante: se è vero che in sede di approvazione della legge sulle unioni civili si è deciso – al fine di addivenire a un compromesso politico – di eliminare le disposizioni che consentivano l'adozione del figlio naturale del partner, il testo definitivo approvato prevede una clausola – «Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» – che lascerebbe intendere la possibilità per i giudici di passare attraverso altre vie, proprio come ha fatto la Cassazione *ex lett. d)*, al fine di consentire ciò che, in via generale, il legislatore stesso aveva invece deciso di escludere. Tale clausola si risolve infatti in una sorta di delega ai giudici di decidere, caso per caso, in merito all'adozione del figlio del partner: con questa clausola finale è la politica stessa che abdica al suo ruolo *rappresentativo* e demanda ai giudici la decisione caso per caso. A pochi giorni di distanza l'una dall'altra la Corte di Cassazione e la politica sembrano condividere la conclusione che il Parlamento ha ormai abdicato al suo ruolo di *rappresentante* di un'idea di famiglia a fronte delle tante idee che (legittimamente) circolano nel dibattito pubblico: l'unico orizzonte oggi immaginabile è quello della giurisdizione che, a richiesta, risponde dando soddisfazione all'interessato di turno.

È evidente che dietro questa pronuncia sta la questione centrale del diritto costituzionale: il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti, dietro il quale sta ovviamente il

classico dibattito tra giuspositivisti e giusnaturalisti. Le conclusioni qui prospettate non vogliono certo auspicare un ritorno a teorizzare che «il diritto positivo è anche giusto. Si deve solo prendere atto del fatto che, se si vuole evitare che la giurisdizione venga percepita come arbitrio, è necessario che tra i giudici – soprattutto tra quelli cui è attribuita la funzione di controllo – rimanga fermo il principio per cui la sola interpretazione “dicibile” è quella di cui si ha la certezza morale che sia insuperabile. Solo questa lotta con l’angelo garantisce la terzietà oggettiva della legge. Ma solo una legge nobile garantisce che questa lotta valga la pena di essere intrapresa»¹⁰.

¹⁰ M. DOGLIANI, *Interpretazione*, cit., pp. 3188-3189. La letteratura sul punto è sterminata. Solo di recente cfr. A. CARDONE – F. DONATI – M. C. GRISOLIA – G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. Lectio magistralis di Paolo Caretti, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, dove, oltre alla *Lectio magistralis*, si trovano gli interventi di G. SILVESTRI, *Magistratura e politica: quale equilibrio?*, di E. CHELI, *Legislatori e giudici nella difesa dei diritti*, di R. ROMBOLI, *In margine alla lectio magistralis di Paolo Caretti «Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio»*; M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione. Il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2014, pp. 1077 ss.; Id., *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2014, pp. 295 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014; M. LUCIANI, *Legislatore e giudici nella protezione dei diritti fondamentali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2013, n. 1; P. CHIASSONI, *Positivism giuridico. Una investigazione analitica*, Mucchi, Modena, 2013; S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell’interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Giappichelli, Torino, 2013; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012.