

219 – 2 GC**I**

CORTE DI CASSAZIONE; sezione prima civile; ordinanza 10 luglio 2018, n. 18149; Pres. GENOVESE; Est. NAZZICONE; **P.M. NON INDICATO** G.D. (AVV. FIGONE, MIRTO) c. P.G. (AVV. D'AMICO) *Conferma App. Palermo 11 aprile 2017*

Responsabilità genitoriale e diritti e doveri del figlio – Provvedimenti limitativi – Ricorribilità in cassazione – Fattispecie (Cost. art. 111; Cod. civ., art. 330, 333; Cod. proc. civ., art. 739, 742).

Non sono ricorribili per cassazione, neppure ai sensi dell'art. 111, 7° comma Cost., i provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria nell'interesse de minore, al fine di superare la condotta pregiudizievole del genitore, ai sensi dell'art. 333 c.c., in quanto revocabili e reclamabili, ma privi di carattere definitivo (nella specie la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso il decreto della corte di appello che aveva riconosciuto un ristretto diritto di visita alla madre "sociale", ex partner di quella biologica, con riferimento a una coppia di gemelli nati da p.m.a. eterologa, tanto ai sensi dell'art. 333 c.c., secondo quanto indicato, con riferimento alla stessa vicenda, da Corte Cost. 225\2016) (1)

II

CORTE DI CASSAZIONE; sezioni unite civili; sentenza 27 giugno 2018, n. 16959; Pres. RORDORF; Est. PETITTI; P.M. MATERA (concl. conf.). S.N.I., C.M. e altri (AVV. TORCHIA, MASINI) c. Ministero dell'interno (AVV. GEN. DELLO STATO TORTORA) *Cassa Cons. Stato 26 ottobre 2015, n. 4899*

Stato civile- Matrimonio – Coppia dello stesso sesso - Celebrazione all'estero - Trascrizione – Annullamento prefettizio – Status – Accertamento incidentale- Esclusione- Giurisdizione ordinaria- Fattispecie (Cod. civ., art. 453; Cod. proc. civ., art. 362 ; Cod. proc. amm., art. 8).

La controversia avente ad oggetto la validità, e quindi il riconoscimento del matrimonio contratto all'estero da persone dello stesso sesso, in quanto attiene allo stato delle persone, spetta alla giurisdizione ordinaria e non a quella amministrativa, anche se la relativa trascrizione nei registri di stato civile sia stata annullata con provvedimento del prefetto (in forza della c.d. circolare Alfano), in quanto il giudice ordinario civile ben potrebbe, in via incidentale, disapplicare quell'atto, mentre il giudice amministrativo non può, ai sensi dell'art. 8 cpv Cod. proc. amm., accertare in via incidentale la validità di quel matrimonio (nella specie la S.C., a SSUU, ha cassato la sentenza del Consiglio di stato che aveva confermato la legittimità sia della circolare Alfano che del provvedimento prefettizio che, in attuazione della prima, ha annullato la trascrizione di siffatti matrimoni, sul presupposto della sussistenza di un potere gerarchico al riguardo del prefetto, ma anche della invalidità, e anzi della inesistenza, di quei matrimoni, fermo però che il giudice amministrativo si è limitato ad interpretare le norme scrutinate, senza incorrere nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale, invadendo le attribuzioni del legislatore) (2)

II

CORTE DI CASSAZIONE; sezione prima civile; ordinanza 31 maggio 2018, n. 14007; Pres. CAMPANILE; Est. IOFRIDA; P.M. DE AUGUSTINIS (concl. diff.). Sindaco del Comune di Santo Stefano del Sole e Sindaco del Comune di Serino, entrambi in qualità di ufficiale di Governo (AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO) c. L.D.G., H.R.L.A.R., anche quali rappresentanti dei figli minori (AVV. DI MEO). *Conferma App. Napoli 30 marzo 2016.*

Delibazione delle sentenze straniere ed esecuzione di atti di autorità straniere – Sentenze straniere di adozione piena- Coniuge omosessuale della madre biologica- Ordine pubblico- Contrarietà – Esclusione – Efficacia in Italia – Procedimento (l. 31 maggio 1995, n. 218, riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, art. 41, 64, 65, 66)

Posto che il principio del superiore interesse del minore, in materia di adozione, inteso come diritto del minore a vivere stabilmente in un ambiente domestico armonioso e ad essere educato e assistito nella crescita con equilibrio e rispetto dei suoi diritti fondamentali, limita ed integra la stessa clausola dell'ordine pubblico, il giudice di merito (nella specie, la Corte d'appello) può dichiarate efficaci, disponendone la trascrizione nei registri di stato civile, le sentenze straniere (nella specie, francesi) di adozione piena di due minori, ciascuno da parte della partner della rispettiva madre biologica, in quanto: a) non contrarie all'ordine pubblico, atteso anche che, nella specie, le due donne- entrambe cittadine francesi ma una delle due pure

con cittadinanza italiana- risultano coniugate anche per il nostro ordinamento, in quanto il relativo atto di matrimonio era stato in precedenza trascritto in Italia, in forza di provvedimento definitivo b) il relativo procedimento, non trattandosi di adozione internazionale, ai sensi della l. 184\1983, si è correttamente svolto ai sensi della l. 218\1995, art. 41 e 64 ss, in contraddittorio con i sindaci che, come ufficiali di governo, hanno rifiutato la trascrizione, a loro volta legittimati, in quanto titolari di un interesse al riguardo, a ricorrere in cassazione (3)

OMISSIS § 6, p. 19

Provvedimenti richiamati da Cass. 18149\2018

p. 5

Cass. 22 settembre 2016, n. 18562, Foro it., Rep. 2016, voce Responsabilità genitoriale, n. 38

31 luglio 2015, n. 16227, id., Rep. 2015, voce cit., n. 24

17 giugno 2009, n. 14091, id., Rep. 2009, voce Camera di consiglio, n. 2

Provvedimenti richiamati da Cass. 16959\2018

p. 4

Cons. Stato 26 ottobre 2015, n. 4899, Foro it., 2016, III, 6.

p. 10

Cass. 20 ottobre 2016, n. 21260, Foro it., 2017, I, 966

19 gennaio 2017, n. 1309, id., 2017, I, 1277

p. 11

23 dicembre 2014, n. 27341, id., Rep. 2014, voce Giustizia amministrativa, n. 901

10 settembre 2013, n. 20698, id., Rep. 2013, voce Giurisdizione civile, n. 130

21 novembre 2011, n. 24411 NM

28 gennaio 2011, n. 2068, id., Rep. 2011, voce Giustizia amministrativa, n. 1660

p.12

27341\2014 cit.

20698\2013 cit.

11 luglio 2011, n. 15144, id., 2011, I, 2254

p.14

17 luglio 2017, n. 17620, id., Rep. 2017, voce Locazione, n. 31 **Non pertinente**

P 9

8 gennaio 2013, n. 220, id. Rep. 2013, voce Delibazione, n. 9

22 febbraio 2018, n. 4382, id., 2018, I, 782

p. 10

18 febbraio 2000, n. 1854, id., Rep. 2000, voce Cassazione civile, n. 261

13 luglio 2001, n. 9538, id., Rep. 2001, voce cit., n. 49

15 luglio 2005, n. 15021, id., Rep. 2005, voce cit., n. 42

14 luglio 2006, n. 16100, id., Rep. 2006, voce Impugnazioni civili, n. 18

29 luglio 2014, n. 17234, id., Rep. 2014, voce cit., n. 15

p. 11

5 febbraio 2008, n. 2756, id., Rep. 2008, voce Minore, infanzia e maternità, n. 54

5 marzo 2008, n. 5953, ibid., voce Potestà dei genitori, n. 12

23 gennaio 2007, n. 1480, id., Rep. 2007, voce cit., n. 10

Cons. Stato 1 dicembre 2016, n. 5047, id., 2017, III, 11

1 dicembre 2016, n. 5048, id., Rep. 2017, voce Stato civile, n. 25.

p. 17

Cass. 13 aprile 2016, n. 7292, id., Rep. 2017, voce Giustizia amministrativa, n. 404

p. 18

Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 304, id., 2012, I, 23.

Provvedimenti richiamati da Cass. 14007\18

p. 7

Cass. 31 gennaio 2017, n. 2487, Foro It., Rep. 2017, voce Cassazione civile, n. 105

p. 8

17 gennaio 2013, n. 9578, id., Rep. 2013, voce Tributi in genere, n. 1650 **Non pertinente**

19 ottobre 1998, n. 10351, id., Rep. 1998, voce Matrimonio, n. 114

16 ottobre 2008 n. 25246, id., Rep. 2008, voce Appello civile, n. 24

2 dicembre 2013, n. 26940 NM

12 maggio 2017, n. 11799, id., Rep. 2017, voce cit., n. 30

p. 13

Corte Cost. 7 aprile 2016, n. 76, id., 2016, I, 1910

p. 16

Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, id., 2016, I, 3329

p. 18

18 marzo 2006, n. 6078, id., 2006, I, 1726

14 febbraio 2011, n. 3572, id., 2011, I, 728

11 gennaio 2013, n. 601, id., 2013, I, 1193

15 marzo 2012, n. 4184, id., 2012, I, 2727

I (1-3). I provvedimenti in rassegna della cassazione concernono, sotto vari profili, la tutela delle coppie omosessuali, anche con riferimento all'omogenitorialità.

L'introduzione, in forza della l. 76\16, delle unioni civili tra persone dello stesso sesso non ha infatti soddisfatto, non pienamente, le esigenze di tutela che, ormai da tempo, erano emerse nel nostro Paese; ciò sia perché, comunque, non poche coppie omosessuali esigono ormai di accedere al matrimonio "egualitario", previsto ormai da non pochi Paesi anche europei, e a noi vicini (geograficamente e culturalmente), sia perché la nuova disciplina nulla prevede, o sembra prevedere, in ordine ai figli che però, di fatto, sono inseriti nell'ambito di famiglie omogenitoriali.

Da qui una sorta di perdurante sovraesposizione della giurisprudenza, di merito ma anche di legittimità (e non sono mancati, né mancheranno, interventi della Consulta e delle Corti sovranazionali), cui è chiesto, con impellenza, di assicurare quelle forme di tutela su cui la legge continua a tacere, o si mostra inadeguata.

II Viene in rilievo, in primo luogo, e non solo per il ruolo apicale dell'organo giudicante, le SSUU della Suprema Corte, Cass. 27 giugno 2018, n. 16959.

Tale pronuncia (e così le "gemelle" n. 16957 e 16958, pronunciate in pari data, dallo stesso Collegio, e con motivazione del tutto sovrapponibile) sana- il verbo è davvero adeguato- un grave vulnus inflitto all'ordinamento giuridico (ma viene da dire allo stato di diritto) da Cons. Stato 26 ottobre 2015, n. 4899, *Foro it.*, 2016, III, 6, con ampia nota di richiami (nonché dalle contestuali e "gemelle" Cons. Stato 26 ottobre 2015, n. 4897, *id.*, Rep. 2015, voce *Matrimonio*, n. 156, e 26 ottobre 2015, n. 4898, *id.*, Rep. 2016, voce *Stato civile*, n. 62, a loro volta cassate rispettivamente da Cass. 16957\18 e 16958\18 cit.).

Il massimo organo di giustizia amministrativa aveva, in estrema sintesi, rigettato (così riformando la diversa decisione di primo grado dei Tar aditi) il ricorso di coppie omosessuali (composte da italiani ovvero da un italiano e uno straniero), coniugate all'estero, in Paesi dove è consentito, avverso il decreto prefettizio di annullamento della trascrizione di quel matrimonio, disposta dai Sindaci, quali ufficiali di governo, dei Comuni di riferimento (nella specie, Roma).

L'annullamento era stato disposto in forza del c.d. decreto Alfano (che, vietando la trascrizione degli atti di matrimonio contratti all'estero da persone dello stesso sesso, attribuiva al prefetto la competenza a procedere all'annullamento delle trascrizioni comunque effettuate dal sindaco, quale ufficiale di stato civile, cfr la nota alla sentenza ora cassata).

Il Consiglio di Stato, alla stregua di una motivazione che ha suscitato critiche durissime della dottrina prevalente, aveva riconosciuto, al prefetto (e ovviamente al ministero dell'interno), quale superiore gerarchico del Sindaco ufficiale di stato civile, il potere di rimozione di siffatte trascrizioni; ciò sul presupposto dell'invalidità, anzi della giuridica inesistenza, di quel matrimonio, e quindi della illegittimità della conseguente trascrizione.

Va detto che, successivamente (la sentenza in rassegna ne da atto), tale recessivo orientamento è stato del tutto abbandonato.

Cons. Stato 1 dicembre 2016, n. 5047, *id.*, 2017, III, 11, con ampie osservazioni (nonché 1 dicembre 2016, n. 5048, *id.*, Rep. 2017, voce cit., n. 25) ha dichiarato l'illegittimità sia della circolare Alfano, sia del decreto prefettizio che, in ottemperanza a tale circolare, dispone l'annullamento della trascrizione del matrimonio omosessuale; ciò in quanto: a) nessuna disposizione di legge attribuisce siffatto potere al prefetto; b) non vi è un rapporto di gerarchia tra il prefetto ed il sindaco quale ufficiale di stato civile; c) al riguardo può solo configurarsi la generale competenza del consiglio dei ministri di annullamento degli atti amministrativi illegittimi a tutela dell'unità dell'ordinamento.

III Restavano però le gravi affermazioni contenute nelle pronunce del 2015 e, più in generale, la questione della giurisdizione amministrativa in materia, come si è detto non del tutto negata neppure dalle statuizioni in ultimo richiamate.

Le coppie coniugate all'estero e che avevano subito l'annullamento prefettizio della trascrizione dei loro matrimoni, hanno pertanto impugnato siffatte pronunce, ormai neglette (ma pienamente operative nei loro riguardi) innanzi alla Cassazione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c.

La sentenza in rassegna (e le altre due richiamate), pur nei limiti della cognizione della (sola) giurisdizione, ha soddisfatto le pretese dei ricorrenti, cassando le pronunce impugate; non sfugge che le SSUU hanno inteso fortemente pervenire ad una decisione sulla giurisdizione, superando- con qualche forzatura- alcuni insidiosi ostacoli processuali; in effetti erano stati proprio i ricorrenti ad adire, in primo grado, il giudice amministrativo.

Da qui - sul punto vi era specifica eccezione - l'applicabilità del principio espresso, di recente, da Cass. 20 ottobre 2016, n. 21260, *id.*, 2017, I, 966, secondo cui l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi a un giudice e sia rimasto soccombente nel merito "non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per

denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto” (tale insegnamento, si noti, era stato richiamato anche da Cons. Stato 5047 e 5048 del 2018 cit.).

Cass. 16959/18, non senza una certa sbrigatività, si limita ad osservare che, nella specie, le parti ricorrenti non avevano escluso la giurisdizione amministrativa, ma solo le modalità del suo esercizio in concreto

La Cassazione ha poi avuto facile gioco a rigettare il motivo attinente all'eccesso di potere giurisdizionale, per “invasione di campo” nella sfera riservata al legislatore.

E' anzi affermato che, in punto di sindacato delle SSUU sulle decisioni del giudice amministrativo, un tale vizio costituisce figura di rilievo teorico, pressoché inconfigurabile; nella specie il Consiglio di Stato si è limitato – condivisibilmente o meno – ad una (doverosa) attività di interpretazione delle norme di riferimento (a parimenti ha proceduto il medesimo Consiglio di Stato, allorché, successivamente, è giunto a conclusioni opposte sulla medesima questione).

Cfr Cass. 23 dicembre 2014, n. 27341, *id.*, Rep. 2014, voce *Giustizia amministrativa*, n. 901, espressamente richiamata, nonché 5 settembre 2013, n. 20360, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 1421; cfr anche, in diversa prospettiva, Corte Cost. 8 ottobre 2008, n. 334, *id.*, 2009, I, 35.

Cfr anche Cass. 22 febbraio 2018, n. 4382, *id.*, 2018, I, 782 che ha rimesso alle SSUU, tra le altre, anche la questione dell'eccesso di potere giurisdizionale (ma in termini che proprio la sentenza in rassegna sembra ritenere non corretti) rispetto alle attribuzioni del legislatore in un ambito attinente l'omogenitorialità, cfr *infra*.

IV Le SSUU - e qui sta il cuore della motivazione – hanno però accolto il motivo di ricorso, con il quale si contestava che il giudice amministrativo aveva conosciuto in via incidentale della validità stessa dei matrimoni omosessuali poi trascritti, accertamento costituente l'antecedente logico e giuridico necessario della statuizione attinente al riconoscimento del potere prefettizio di annullamento di quella trascrizione.

Tale accertamento incidentale, ai sensi dell'art. 8, 2° comma Cod. proc. amm., è precluso al giudice amministrativo, in quanto riservato al giudice ordinario, anzi- va aggiunto – a quello civile.

Si tratta di profilo dirimente, che – da solo – è idoneo a sorreggere l'accoglimento del ricorso.

Si noti che Cons. Stato 5047 e 5048 cit., pur non negando – in linea teorica – un residuo potere di annullamento in capo all'autorità amministrativa (nel suo vertice: il Consiglio dei ministri) si erano ben guardate, certo per ragioni di ordine processuale, dall'esprimere valutazioni sulla validità o meno del matrimonio omosessuale.

La sentenza in rassegna (non senza, nella specie, profili di obiter) non esita però – all'esordio anzi della parte motiva (§ 3) ad affermare che, in realtà, in materia, sussiste *tout court* la giurisdizione ordinaria, non rilevando l'intervento di un provvedimento prefettizio che il giudice (civile) ben può, se ritenga fondata la domanda attinente la trascrizione di quel matrimonio, disapplicare.

Si tratta di affermazione di grandissimo rilievo in quanto deve ritenersi che, per l'avvenire, non vi sia spazio per “intromissioni” del giudice amministrativo, in un ambito – quello della validità ed efficacia del matrimonio-attinente a diritti personalissimi e fondamentali, che non può essere sottratto, senza vulnus per l'ordinamento nel suo complesso, al suo giudice naturale, appunto quello ordinario (la Cassazione, atteso i limiti della sua cognizione, non richiama le ulteriori disposizioni che pure fondano siffatta giurisdizione, e del tutto svalutate dalla sentenza cassata: l'art. 453 c.c. e l'art. 95 d.p.r. 396/2000), cfr la massima 2.

Sull'art. 8 Cod. proc. amm. cfr, in termini generali, Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 304, *id.*, 2012, I, 23 richiamata (ma per escluderne la rilevanza) dalla sentenza in rassegna.

Si ricordi, infine, che la giurisprudenza afferma, graniticamente, che l'accertamento incidentale relativo ad una questione di stato delle persone non è consentita, dal nostro ordinamento giuridico, non solo al giudice amministrativo, ma anche a quello penale (art. 3 c.p.p.) nonché a quello civile (pur se, per quest'ultimo, non vi sia una specifica norma di riferimento), attesa la rilevanza anche costituzionale dei diritti sottesi, cfr *ex plurimis* Cass. 12 marzo 2012, n. 3934, *id.*, Rep. 2012, voce *Filiazione* n. 53.

Infine, per profili di diritto europeo sulla nozione di coniuge (anche omosessuale) cfr Corte giust. 5 giugno 2018, *id.*, 2018, IV, ?

V Cass. 14007/2018 in rassegna conferma – sostanzialmente anche nell'iter motivazionale – App. Napoli 5 aprile 2016, *id.*, 2016, I, 1910, che ha dichiarato l'efficacia e ha disposto quindi la trascrizione nei registri di stato civile, delle sentenze straniere (nella specie, francesi) di adozione piena di due minori, ciascuno da parte della partner della rispettiva madre biologica, in quanto non contrarie all'ordine pubblico.

Si noti che le due donne, coniugate in Francia, lo sono anche in Italia, in quanto il relativo atto è stato trascritto nei registri di Stato civile, in forza di App. Napoli 8 luglio 2015, *id.*, 2016, I, 297, divenuto definitivo, in quanto Cass. 31 gennaio 2017, n. 2487, *id.*, Rep. 2017, voce *Cassazione civile*, n. 105 ha dichiarato improcedibile il ricorso dell'Avvocatura dello Stato.

La sentenza in rassegna presenta plurimi punti di interesse, anche in rito, in quanto- in primo luogo- conferma la legittimazione a ricorrere dei Sindaci dei comuni interessati (del resto parti dei giudizi di merito).

Inoltre, invero in termini piuttosto ferruginosi quando non opachi, prende in esame il procedimento di riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione, muovendo dall'art. 41 l. 219\1995, che distingue (1° comma) tra riconoscimento automatico, ai sensi degli artt. 64 ss della medesima legge, e (2° comma) il procedimento di adozione internazionale disciplinato dagli artt. 29 ss l. 184\1983, in estrema sintesi quella di minori stranieri, residenti all'estero, in stato di abbandono; nel caso di specie – reputa la Cassazione – non si verte in tema di adozione internazionale, sicchè trova applicazione – come ritenuto dal giudice di merito – il procedimento delineato dall'art. 41, 1° comma, l. cit.

VI Il profilo di maggior interesse della ordinanza in rassegna concerne però, evidentemente, la conferma del riconoscimento dell'efficacia delle sentenze francesi di adozione piena, di minori nati da madri diverse, ma nell'ambito di un comune progetto di genitorialità condivisa (si è detto che le due donne, ciascuna delle quali ha adottato il figlio dell'altra, sono coniugate anche per l'ordinamento italiano), cfr la massima 3.

La Corte, come il giudice di merito, ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico di tali provvedimenti, ai sensi dell'art. 64, 1° comma, g) l. 219\1995 cit.

Tanto alla stregua di una nozione circoscritta di ordine pubblico, quella espressa (in relazione ad una fattispecie ancora più radicale (la trascrizione dell'atto di nascita straniero nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne, una che l'ha partorito, l'altra che ha donato l'ovulo, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia), da Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *id.*, 2016, I, 3329, espressamente richiamata.

Cass. 14007\18 in rassegna va anche oltre, in quanto – richiamando l'art. 24 della Convenzione de l'Aya del 1993 (invero non operante nella specie)- afferma che, in materia di minori, in particolare di adozione, il contrasto con l'ordine pubblico rileva solo se manifesto, atteso comunque che l'interesse del minore conforma e limita la nozione stessa di ordine pubblico.

Peraltro i principi espressi da Cass. 19599\2016 cit. – in particolare la nozione estremamente circoscritta di ordine pubblico – sono messi in discussione da Cass. 4382\2018 cit. che, come detto, ha rimesso anche tale cruciale (nonché quella della legittimazione del Sindaco) questione alle SSUU.

L'ordinanza in rassegna, che pure richiama, ma per un aspetto marginale, la pronuncia in ultimo richiamata, ne prescinde del tutto (forse poco prudentemente), tenendo appunto ferma la nozione di ordine pubblico surrichiamata.

Cfr, per (velati) profili critici al ragionamento sotteso a Cass. 4382\2018, LAMORGESE (estensore di Cass. 19599\2016), *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi*, *Riv. dir. civ.*, 2018, 317.

Infine, per ulteriori profili inerenti il matrimonio omosessuale contratto all'estero (in particolare la conversione in unione civile) cfr Cass. 14 maggio 2018, n. 11696, *Foro it.*, 2018, I, 1948.

VII Il tema dell'adozione internazionale (non omogenitoriale) è ripreso anche dalla recente Cass. 2 luglio 2018, n. 17295, **NM**, che afferma principi non pienamente corrispondenti a quelli espressi da Cass. 14007\18 in rassegna.

Si tratta di un conflitto negativo di competenza, sollevato dalla Corte di appello di Ancona, dopo che il locale Tribunale per i minorenni di Ancona si era dichiarato incompetente sulla domanda di riconoscimento dell'efficacia delle sentenze di un tribunale della Repubblica del Congo, di adozione di due bambini da parte di una persona pure cittadina congolese, ma residente in Italia, in quanto la stessa non aveva richiesto il decreto di idoneità all'adozione internazionale.

La Cassazione ha accolto il ricorso, dichiarando la competenza del giudice minorile, osservando in primo luogo che << *il mancato svolgimento della procedura prevista dalla L. n. 184 del 1983, artt. 29 e ss. non consente di escludere la spettanza della relativa competenza al tribunale per i minorenni, anzichè alla corte d'appello, dal momento che la diversità della residenza abituale di quest'ultimo rispetto a quella dell'adottante rende irrilevante la circostanza che, in quanto titolare della cittadinanza del medesimo Stato di provenienza del minore, l'istante abbia fatto ricorso alla diversa procedura prevista dalle norme in vigore nel predetto Stato, trovando in ogni caso applicazione la normativa speciale in materia di adozione, fatta salva dalla L. n. 218 del 1995, art. 41, comma 2, la quale, imponendo di valutare la conformità dell'adozione all'interesse del minore, prevalente sugli altri interessi eventualmente confliggenti, giustifica il riconoscimento della competenza del giudice minorile, avente carattere tendenzialmente generale in subiecta materia*>>.

La Cassazione ha quindi osservato che l'applicabilità di tale principio non è esclusa, nella specie, dalla circostanza che la Repubblica del Congo non abbia aderito alla Convenzione de l'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale (resa esecutiva con l. 476\1998), dal momento che – ex art. 36, 2° comma, l. 184\1983- l'adozione o l'affidamento a scopo adottivo, pronunciati in un Paese non aderente alla Convenzione nè firmatario di accordi bilaterali, possono essere dichiarati efficaci in Italia soltanto alle condizioni stabilite dal secondo comma art. cit., il cui accertamento compete, a norma del 3° comma, al tribunale per i minorenni che ha emesso il decreto di idoneità all'adozione.

L'applicabilità dell'art. 36 cit. è poi fatta espressamente salva dall'art. 41, 2° comma, l. 184\1983; ne segue che l'operatività del principio del riconoscimento automatico resta circoscritta alle fattispecie non riconducibili allo ambito applicativo della L. n. 184 del 1983, <<e segnatamente all'adozione di maggiorenni ed all'ipotesi in cui non sussista alcun collegamento con l'ordinamento italiano, come nel caso di adozione di minore straniero pronunciata all'estero su istanza di un soggetto che non sia in possesso della cittadinanza italiana e non risieda stabilmente in Italia>>.

Ad avviso della Cassazione quanto sopra trova riscontro anche in Corte Cost. 76\2016 cit.; tale pronuncia, inoltre, conferma << la duplicità delle forme di riconoscimento previste dalla L. n. 218 del 1995, art. 41, distinguendo quella automatica contemplata in via generale dal primo comma da quella prevista dal comma 2, disciplinata dalla L. n. 184 del 1983 e sottoposta al vaglio del tribunale per i minorenni, la cui competenza, diversamente da quanto affermato dal Procuratore generale, non postula affatto che l'adozione sia stata pronunciata all'esito del procedimento disciplinato dalla medesima L. n. 184, richiedendosi soltanto, ai fini dell'accoglimento della relativa istanza, il rispetto dei principi stabiliti dalla Convenzione dell'Aja>>.

VIII I profili di differenziazione tra le due fattispecie di riconoscimento di provvedimenti stranieri di adozione, ex art. 41 l. 219\1995, sono affrontati anche da Trib. min. Firenze 8 marzo 2017, id., 2017, I, 1034, che fa però applicazione dell'art. 36, 4° comma, l. 184\1983.

Cfr anche Trib. min. Bologna 19 dicembre 2017, Est. SPADARO, inedita (**HO IL PROVVISORIO MA CON I DATI ANONIMI, COMPRESO IL RUOLO**), che ha dichiarato inammissibile la domanda volta a conseguire la dichiarazione di efficacia in Italia del provvedimento giudiziario spagnolo in forza del quale una donna, cittadina italiana, aveva adottato la figlia minore nata dalla compagna, pure cittadina italiana, a mezzo di p.m.a.

Il ricorso era stato proposto ai sensi dell'art. 41, 2° comma, l. 218\1995; il tribunale però ha osservato che tale disposizione, rinviando alla legge speciale (appunto alla disciplina dell'adozione internazionale di cui alla l. 184\1983) limita la competenza del giudice minorile alle sole adozioni di bambini stranieri in stato di abbandono.

Nella specie, invece, il provvedimento spagnolo concerne un'adozione realizzata sì all'estero, ma "da parte di una cittadina italiana, nei confronti di una minore italiana non dichiarabile in stato di abbandono in quanto, come emerso dall'istruttoria, è stata sin dalla nascita curata, educata e mantenuta da entrambe le donne all'interno di un comune progetto di genitorialità, nell'ambito di una famiglia fondata sull'unione di due persone dello stesso sesso".

Il provvedimento spagnolo di adozione (che peraltro il tribunale felsineo riporta all'adozione italiana ex art. 44, 1° comma, lett d) l. 184\1983) non contrasta con l'ordine pubblico italiano (è richiamata Cass. 12962\16 cit.) e può essere immediatamente trascritto nei registri di stato civile, ex art. 41, 1° comma, l. 218\1995 cit.: "risulterebbe paradossale non riconoscere giuridicamente un legame affettivo consolidatosi negli anni, atteso che la minore, sin dalla nascita, convive con la signora X e la ricorrente, alla luce di un progetto di familiarità condivisa".

IX La questione della omogenitorialità è sottesa (sia pure in negativo, per omissione) anche a Cass. 18149\18 in rassegna, invero pronuncia solo processuale.

Occorre però, sommariamente, fare riferimento alla vicenda che ne è alla base, e che concerne una coppia di gemelli, ancora preadolescenti, nati da p.m.a. eterologa, nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa tra due donne, legate da una relazione sentimentale (o almeno questa era la prospettazione della madre sociale, o comamma)

La madre biologica successivamente ha interrotto la relazione con la propria partner, la quale aveva pertanto adito l'autorità giudiziaria, il tribunale ordinario di Palermo, per conseguire il "diritto di visita".

Dopo alterne vicende processuali si è pronunciata Corte Cost. 20 ottobre 2016, n. 225, id., 2016, I, 3329, che ha adottato una soluzione certo inappagante: rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 ter c.c., nella parte in cui non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore conservare rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico, la Consulta ha specificato che l'interesse del minore alla conservazione di un rapporto significativo con soggetti che non siano parenti trova tutela nella facoltà riconosciuta al giudice, dall'art. 333 c.c., di adottare i provvedimenti convenienti nel caso concreto, e ciò su ricorso del pubblico ministero (sul presupposto del diniego della legittimazione della madre sociale).

Il procedimento è stato riassunto, e quindi deciso da App. Palermo, decreto 11 aprile 2017, n. 1614\17, Pres. Est. Librino, G.D. (AVV. MIRTO) c. P.G. (AVV. FERRITO) inedito.

Il provvedimento ha ribadito che l'ex partner del genitore biologico non è legittimato ad agire per fare sì che "il figlio minore conservi rapporti significativi con lo stesso".

Resta non previsto, allo stato, che l'ex partner del genitore biologico (a prescindere da qualsivoglia questione di sesso) possa considerarsi genitore (sociale) del minore o includersi tra i "parenti" ex art. 337 ter c.c., tanto in forza di Corte Cost. 225\16 cit.

Nondimeno la Corte ha richiamato la CtU, alla stregua della quale i bambini, pur non riconoscendo alla ex compagna della madre biologica una funzione genitoriale di fatto, "la riconoscono come appartenente al loro sistema familiare nucleare come una seconda mamma"; ne segue allora che l'interruzione, ad opera della madre biologica, dei rapporti tra l'ex compagna e i figli, costituisce una condotta pregiudizievole per i figli, ex art. 333 c.c.

Da qui la necessità di adottare i provvedimenti consequenziali; peraltro, continua il decreto, il tribunale aveva disciplinato gli incontri sul modello di quanto abitualmente adottato per regolare i rapporti del figlio con il genitore non collocatario.

Nella specie però la disposizione di riferimento non è l'art. 337 ter c.c.- improntato sulla tutela della bigenitorialità tendenzialmente in termini paritetici- ma, appunto, l'art. 333 c.c. (secondo quanto ormai indicato anche dalla Consulta); gli incontri allora sono stati rimodulati e compressi, essendo sufficiente l'eliminazione del pregiudizio, per i minori, determinato dall'interruzione dei rapporti con la "madre sociale" (in termini quindi meno invasivi per l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte della madre). Sono stati così esclusi periodi prolungati di frequentazione durante le ferie e le festività (come invece previsto dal Tribunale), ed è stato previsto solo un incontro settimanale.

Merita segnalare che la Corte di merito si è pronunciata come giudice ordinario, e non minorile, pur se – ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., la competenza per i procedimenti ex artt. 330 ss c.c. è del tribunale per i minorenni, in quanto, nelle precedenti fasi del giudizio, non era mai stata eccepita o rilevata l'incompetenza del giudice ordinario.

Avverso il provvedimento in ultimo richiamato è stato appunto proposto, dalla madre sociale, ricorso per cassazione, dichiarato però inammissibile da Cass. 18149\18 in rassegna.

Tanto in ragione del carattere non definitivo dei provvedimenti de potestate, cfr la massima 1.

X Si tratta di una statuizione certo insoddisfacente, anche se l'angustia della prospettiva da cui muove il giudice di merito, e ora la S.C., è una diretta ricaduta di Corte Cost. 225\16 che, paternalisticamente quanto anacronisticamente, come accennato, confina i diritti del genitore sociale nei limiti dei procedimenti ablativi e limitativi della potestà genitoriale, rimettendone l'esercizio al Pm.

In sostanza il provvedimento palermitano in oggetto, pur se astretto nella camicia di Nesso dell'art. 333 c.c., altro non è che una statuizione sull'esercizio del diritto di visita (e non certo, nella sostanza, ablativo o limitativo della responsabilità della madre biologica, la cui idoneità non è in discussione: ma si tratta di profilo, sotteso ma di estremo rilievo, del tutto ignorato dalla ordinanza in rassegna).

E' evidente, però, che le esigenze di tutela del minore, inserito in una famiglia omogenitoriale, e nato da un progetto di genitorialità condiviso, si pongono specialmente allorchè la famiglia entra in crisi, e la coppia genitoriale si scioglie (di fatto, o in diritto, se vi era unione civile).

Se infatti non è stata disposta l'adozione, pur se mite (forma minimale di tutela, cfr infra), il rapporto tra il genitore sociale (senza alcun legame genetico) e il minore, per quanto intenso e duraturo possa essere, resta di solo fatto, appunto tutelabile solo ex art. 333 c.c.

Il genitore sociale, oltretutto, non necessariamente è solo quello omosessuale: si pensi alla tematica delle famiglie c.d. ricomposte, su cui cfr CASABURI, Dalla matrigna di Biancaneve alla step mother, ed altro ancora (osservazioni a Trib. Palermo 15 aprile 2015, che è il primo provvedimento relativo alla vicenda in oggetto), Foro It. 2015, I, 1802).

Cass. 18149\18 in rassegna, allora, denegando la ricorribilità per cassazione ai provvedimenti in parola, rende ancora più fragile quella tutela, con ulteriore pregiudizio per i figli stessi (in termini anche più recessivi della pronuncia della Consulta; si noti del resto che entrambe non fanno alcun cenno alla questione della omogenitorialità, che pure vi è sottesa).

Oltretutto – ed è dato davvero sorprendente – ancora di recente la S.C. aveva cambiato indirizzo, cfr Cass. 21 novembre 2016, n. 23633, id., 2016, I, 3749 (nonché Famiglia e dir., 2017, 225, con osservazioni di DONZELLI), secondo cui <<I provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale sui figli minori, sempre che siano definitivi, sia pure rebus sic stantibus, in quanto il giudice di merito se ne è definitivamente spogliato, incidendo su diritti personalissimi di rango costituzionale, sono ricorribili per cassazione ai sensi dell'art. 111 cost. >>; arg. in termini anche da Cas. 6 marzo 2018, n. 5256, id., 2018, I, 1181.

L'ordinanza in rassegna mostra di non conoscere tale innovativo arresto, "fermandosi" appunto, nei pur ampi richiami giurisprudenziali, a quelli anche immediatamente precedenti (peraltro non tutti pertinenti), che affermavano l'opposto principio, appunto recepito anche con l'enunciazione di un (ridondante) principio di diritto.

Si tratta, in definitiva, di un ulteriore, inopportuno contrasto inconsapevole in tema di famiglia, che mina l'autorevolezza (per non dire la funzione nomofilattica) della Corte di Cassazione

Né va trascurato – a conferma della profonda arretratezza anche culturale del provvedimento in rassegna – che, negli ultimi anni, la giurisprudenza di legittimità, superando precedenti orientamenti in senso contrario, ammette la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti di merito sull'affidamento dei minori e, in generale, sull'esercizio del diritto di visita.

Così sono ricorribili per cassazione:

- il decreto della corte d'appello, emesso in sede di reclamo, relativo all'affidamento ai servizi sociali dei figli di genitori non coniugati, in quanto decisorio e, sia pure allo stato degli atti, definitivo, Cass. 7 febbraio 2017, n. 3192, Foro it., 2017, I, 1211

- i provvedimenti sull'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio (il che è particolarmente significativo nella specie), Cass. 26 marzo 2015, n. 6132, id., 2015, I, 1543, 4 novembre 2009, n. 23411, id., 2010, I, 900, -

- i provvedimenti adottati ex art. 709 ter c.p.c., Cass. 8 agosto 2013, n. 18977, id., Rep. 2013, voce Separazione di coniugi n. 172;

- i decreti della corte d'appello in sede di reclamo avverso i provvedimenti del tribunale in materia di modifica delle condizioni della separazione personale concernenti l'affidamento dei figli ed il rapporto con essi, Cass. 10 maggio 2013, n. 11218, ibid., voce cit., n. 151.

Cfr anche Cass. 20 marzo 2013, n. 7041, id., 2013, I, 1484.

Cfr infine, sull'omogenitorialità **AGGIUNGERE I PROVVEDIMENTI DI MERITO DELL'ALTRO CASTELLO**