

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I – *L'adozione e l'affidamento nel diritto civile italiano.*

- 1.1. Introduzione.
- 1.2. Il diritto del figlio a crescere in famiglia.
- 1.3. L'affidamento dei minori.
- 1.4. L'adozione dei minori.
 - 1.4.1. I requisiti degli adottanti.
 - 1.4.2. Il procedimento e gli effetti.
- 1.5. L'adozione in casi particolari: le singole ipotesi.
- 1.6. L'adozione internazionale: la Convenzione dell'Aja e la riforma del 1998.
- 1.7. Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini.
- 1.8. L'adozione dei maggiorenni.

CAPITOLO II – *La stepchild adoption: un nuovo orizzonte della genitorialità.*

- 2.1. La spinta riformista europea: un nuovo modello di famiglia non tradizionale.
La definizione di *stepchild adoption*.
- 2.2. La posizione della giurisprudenza.
- 2.3. La vicenda parlamentare italiana.

- 2.4. *La stepchild adoption* fra i punti controversi della riforma.
- 2.5. Gli ulteriori punti controversi: l'utero in affitto.
- 2.6. Il maxiemendamento e il testo definitivamente approvato (legge 20 maggio 2016, n. 76).
- 2.7. *La stepchild adoption* tra lacune del sistema e progetti di riforma.

CAPITOLO III – *La configurazione dell'adozione in Spagna.*

- 3.1. L'ordinamento europeo della famiglia.
- 3.2. La disciplina originaria dell'adozione in Spagna.
- 3.3. Il quadro normativo attuale.
- 3.4. L'adozione da parte di coppie dello stesso sesso unite in matrimonio.
- 3.5. La parificazione dei diritti tra i *partners* e le coppie unite in matrimonio.
- 3.6. Analisi comparatistica della *stepchild adoption* in Italia e Spagna.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

CAPITOLO PRIMO

L'ADOZIONE E L'AFFIDAMENTO NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

SOMMARIO: 1.1. Introduzione. -1.2. Il diritto del figlio a crescere in famiglia. -1.3. L'affidamento dei minori -1.4. L'adozione dei minori. -1.4.1. I requisiti degli adottanti. -1.4.2. Il procedimento e gli effetti. -1.5. L'adozione in casi particolari: le singole ipotesi. -1.6. L'adozione internazionale: la Convenzione dell'Aja e la

riforma del 1998. -1.7. Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini. -1.8. L'adozione dei maggiorenni.

1. Introduzione.

Negli ultimi decenni, il volto della famiglia è mutato con estrema rapidità e spesso il diritto non riesce a starvi al passo. Il nuovo scenario della società e del ruolo che l'individuo ha al suo interno hanno portato a interrogarsi su problematiche reali, che un tempo non sarebbero state oggetto di interrogativi. In questo contesto, sono sempre più frequenti le vicende relative alla formazione di famiglie non tradizionali, come ad esempio quelle *same sex* che i Tribunali italiani hanno dovuto esaminare, valutare e regolare, fino a sollecitare, nel 2016, l'intervento del legislatore.¹

Con particolare riguardo a tale fattispecie, l'ordinamento italiano è stato da sempre uno dei pochi in Europa a non prevedere una disciplina dettagliata delle unioni tra persone dello stesso sesso. La conseguenza inevitabile di tale mancata previsione sfocia nell'assunto che l'adozione sia aperta solo alle coppie eterosessuali, atteso che il matrimonio costituisce un requisito fondamentale per accedere all'adozione.

Una simile lacuna del sistema giuridico italiano è stata osteggiata da quanti hanno rilevato che l'assenza di disciplina ovvero il mancato riconoscimento in Italia di

¹ Il lungo percorso evolutivo in materia ha condotto il legislatore italiano a emanare la legge 20 maggio 2016, n. 76, all'interno della quale la *stepchild adoption* ha costituito uno dei punti più controversi.

adozioni omoparentali decise all'estero influissero negativamente non solo sulla tutela dell'interesse dei *partners* dello stesso sesso, ma creavano, altresì, dei vuoti di tutela del c.d. "*preminente interesse del minore*".²

Ebbene, alla luce di tali circostanze, il diritto di famiglia, pur essendo rimasta una materia di competenza essenzialmente statale, ha subito notevoli incursioni del diritto dell'Unione europea e delle norme internazionali aventi ad oggetto la tutela di siffatte situazioni giuridiche soggettive. Ne è derivato che le fonti sovranazionali hanno esercitato sempre maggiore pressione sulle scelte dei legislatori nazionali.

Innanzitutto, il diritto europeo reputa contrarie al diritto dell'Unione tutte le normative nazionali, anche di diritto di famiglia, che ostacolano in qualche misura il godimento della libertà di circolazione da parte dei cittadini dell'Unione, sebbene non siano giustificate da esigenze imperative. In tal modo, si pone un limite alle scelte di politica legislativa degli Stati membri, limitatamente a quanto riguarda i rapporti intracomunitari.³

² La dottrina fa riferimento al superiore interesse del minore come a una sorta di controlimite all'ordine pubblico: sul punto cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, "*Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*", in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, 2005, pp. 336 ss, spec. p. 358. Sul punto v. anche C. CAMPIGLIO, "*Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*", RDIPP, 2009, p. 589 ss.; A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "*Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009*", in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2009, vol. 1, n. 2, p. 294 ss.

³ A ciò si aggiunga che l'attribuzione di carattere vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del Trattato di Lisbona ha dotato l'Unione di ulteriori strumenti di intervento in materia, essendo gli articoli 7, 9 e 24 della Carta espressamente dedicati al rispetto della vita privata e familiare, al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia e ai diritti del minore.

In disparte il diritto dell'Unione Europea, dei diritti dell'individuo all'interno della famiglia si occupa una ulteriore fonte sovranazionale, che è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Invero, la Commissione e Corte europea dei diritti dell'uomo hanno in numerose occasioni fatto uso dell'articolo 8 CEDU, relativo alla tutela della vita privata e familiare, al fine di censurare talune prassi nazionali in materia familiare che si rivelassero in contrasto con il disposto della Carta fondamentale. Tuttavia, tali incursioni non hanno mai assunto le sembianze di ingerenze vere e proprie, atteso che non hanno comportato un obbligo per gli Stati di prevedere nel proprio ordinamento forme di unione tra persone dello stesso sesso ovvero di riconoscere le unioni celebrate all'estero.

In realtà, alla stregua delle fonti sovranazionali menzionate, non è possibile rintracciare un obbligo per gli Stati che non contemplano forme di unioni omosessuali di riconoscere le unioni costituitesi negli altri Stati membri.⁴

In tema di riconoscimento di unioni fra *partners* dello stesso sesso, nonché di adozioni omoparentali, è opportuno sottolineare come il riferimento al superiore interesse del minore rappresenta una costante di tutti gli atti internazionali in materia di minori, prima fra tutti la Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, il cui articolo 3 pone l'obbligo di considerare preminente l'interesse del fanciullo in tutte le decisioni a lui relative; a ciò si aggiunga che gli stessi atti di diritto derivato dell'Unione europea, relativi alla cooperazione giudiziaria civile

⁴ Sul punto v. G. ROSSOLILLO, *Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell'ordinamento italiano*, in Cuadernos de Derecho Transnacional (Ottobre 2014), Vol. 6, N° 2, pp. 245-254, che rileva che “è vero, infatti, che la Corte di giustizia, nel perseguimento dell'obiettivo della libera circolazione delle persone, ha censurato disposizioni nazionali relative allo status delle persone perché potenzialmente atte a costituire un ostacolo alle libertà di circolazione, facendo emergere in controluce l'idea che la piena realizzazione delle libertà di circolazione richiederebbe che lo status acquisito da un soggetto in uno stato membro venga riconosciuto in tutti gli altri, anche contraddicendo il risultato al quale si sarebbe arrivati applicando le norme di diritto internazionale privato. Tuttavia, quanto alla possibilità di estendere tale ragionamento anche alle *partnerships* o matrimoni tra persone dello stesso sesso, la Corte non si è mai pronunciata sul punto, e un atteggiamento di prudenza emerge anche dalla direttiva sul ricongiungimento familiare di cittadini di Stati membri, che impone allo Stato di destinazione di consentire il ricongiungimento anche a *partners* dello stesso sesso solo nella misura in cui tali unioni siano equiparate dall'ordinamento in questione al matrimonio. Quanto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, essa non è mai occupata direttamente del riconoscimento di unioni omosessuali registrate/celebrate all'estero, ma, quanto alla loro costituzione, ha ritenuto che non sussista un consenso tra gli Stati contraenti tale da imporre l'introduzione nei rispettivi ordinamenti di una disciplina di tali tipi di unioni.” Cfr. anche Direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in G.U.U.E. L 229 del 29.6.2004, p. 35, art. 2, n. 2, lett. b).

Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di unioni omosessuali v. per tutti P. JOHNSON, *Homo-sexuality and the European Court of Human Rights*, London, 2013; L. MAGI, “La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio tra individui dello stesso sesso”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 397 ss.; M. C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012, spec. p. 79 ss.

Infine, un obbligo in tal senso non discende nemmeno dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 2008 sull'adozione dei minori, non ratificata dall'Italia. All'articolo 7, par. 2 della Convenzione si legge infatti che “*states are free to extend the scope of this Convention to same sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this convention to different sex couples and same sex couples who are living together in a stable relationship*”.

in materia confermano il ruolo fondamentale che tale principio riveste nella disciplina dei rapporti genitoriali.⁵

L'esigenza di tutelare il superiore interesse del minore, non privandolo dello *status* di figlio e di tutte le conseguenze che esso comporta, implica una compressione della discrezionalità del legislatore nazionale in merito al riconoscimento o meno di tali adozioni, sebbene le fonti sovranazionali, come si è detto, non abbiano mai imposto alcun obbligo in tal senso.

Orbene, se il criterio guida in tale materia è il superiore interesse del minore, al fine di disciplinare o di garantire il riconoscimento delle adozioni omoparentali anche in ordinamenti fedeli al modello tradizionale di famiglia, è tuttavia condizionato dal contenuto che all'espressione "*superiore interesse del minore*" si voglia dare.

Sul punto si sono registrate due scuole di pensiero. Secondo l'interpretazione prospettata da alcuni, non sarebbe rispondente all'interesse del minore il fatto di crescere in una famiglia non tradizionale, all'interno della quale i ruoli di genere dei genitori non sono definiti, cosicché il criterio del superiore interesse del minore, anziché costituire un controlimite all'operare dell'ordine pubblico,

⁵ Nei considerando 12 e 23 del regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale si legge infatti che "*è opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel ... regolamento si informino all'interesse superiore del minore*" e che il regolamento "*mira a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*", disposizione quest'ultima che pone l'obbligo di considerare preminente l'interesse superiore del minore in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private. Dal canto suo, l'articolo 23 del regolamento stabilisce che una decisione relativa alla responsabilità genitoriale non è riconosciuta se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico.

fungerebbe da impedimento alla possibilità di ipotizzare una disciplina dell'adozione da parte di coppie omoparentali.

Una simile impostazione, tuttavia, contrasta con un doppio ordine di considerazioni: una di carattere generale, l'altra concernente espressamente l'ordinamento italiano. Per quanto riguarda la prima, occorre rammentare che, soprattutto nelle ipotesi di riconoscimento di adozioni omoparentali avvenute all'estero, e dunque di rapporti di adozione già venuti in essere, ove non si riconoscesse l'adozione, si andrebbe a influire su un rapporto già creatosi, provocando gravi conseguenze sul minore che oltre ad essere privo di legami con la famiglia naturale, si vedrebbe privato anche di quelli con la famiglia adottiva.⁶

La questione, dunque, finisce per involgere una problematica di bilanciamento fra le perplessità sull'idoneità di una coppia omosessuale a costituire un ambiente adatto alla crescita del minore con la considerazione delle conseguenze che il mancato riconoscimento in tali ipotesi comporterebbe.

Su altro fronte, con specifico riguardo all'ordinamento italiano, negli ultimi anni sia la Suprema Corte di cassazione, nonché i tribunali di merito - se pur non in materia di adozione, bensì di affidamento di minori - sembrerebbero mostrare segni di apertura verso il rapporto genitoriale omoparentale. In particolare, fra le prime sentenze in tal senso della Corte di cassazione, occorre rammentare quella

⁶ Tale assunto rende *“più difficile in futuro negare il riconoscimento ad adozioni omoparentali sulla base della motivazione che la crescita in una famiglia non tradizionale influirebbe negativamente su benessere ed equilibrio del minore in questione.”* Sul punto v. G. ROSSOLILLO, *Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell'ordinamento italiano*, in Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, N° 2, pp. 245-254.

in cui si è pronunciata in senso favorevole all'affidamento esclusivo di un minore alla madre convivente con un'altra donna, sul presupposto che l'opposizione a tale provvedimento si fondasse *“su un mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale”* e che in tal modo si desse *“per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino”*.⁷

A tale significativa pronuncia, hanno fatto seguito, *ex multis*, una decisione del Tribunale per i minorenni di Bologna⁸, relativa all'affidamento temporaneo di una minore a una coppia omosessuale, formata da due uomini, nessuno dei quali padre naturale della bambina; nonché un analogo decreto del Tribunale per i minorenni di Palermo, fondato però su argomentazioni più ambigue.⁹

L'orientamento avanguardista della giurisprudenza italiana, rispondente alle pulsioni derivanti dalle fonti sovranazionali, hanno condotto, infine, il legislatore a intervenire con un progetto di legge che disciplinasse la c.d. *stepchild adoption*, con il c.d. Decreto Cirinnà, sebbene tale istituto non compaia nel testo definitivamente approvato.

Prima di analizzare l'evoluzione di detta fattispecie, in una analisi comparatistica con i principali ordinamenti europei, appare opportuno fornire un quadro generale degli istituti dell'affidamento e dell'adozione nell'ordinamento civile italiano.

⁷ Cfr. Corte suprema di Cassazione, Sezione prima civile, sentenza 11.1.2013 n. 601.

⁸ V. Tribunale per i minorenni di Bologna, decreto 31 ottobre 2013.

⁹ Vedi Tribunale per i minorenni di Palermo, decreto 4 dicembre 2013.

2. Il diritto del figlio a crescere in famiglia.

Come si è anticipato in sede di introduzione, nell'ambito del diritto di famiglia, l'adozione è un istituto in continua evoluzione e risponde ad esigenze diverse che si modificano, lentamente ma significativamente, tenendo conto del mutato contesto etico-sociale ed economico, specie in un periodo di globalizzazione.¹⁰

Se si guarda alle origini storiche dell'istituto, esso, nella tradizione romanistica, era un atto unilaterale di un *pater familias* che permetteva di effettuare il passaggio di un figlio da una famiglia ad un'altra, e consisteva nell'aggiungere il nuovo cognome a quello originario, che conservava insieme ai diritti successori (*Gai Inst. III,31*).

In epoca moderna, l'istituto fu inserito da Napoleone nel *Code Napoleon (Code civil des Français)*, entrato in vigore il 21 marzo 1804, e fu disciplinato dagli artt. 343-360. In Italia subì le opposizioni di quanti ritenevano che l'istituto fosse pericoloso, in quanto in grado di alterare il modello tradizionale di famiglia. I predetti dubbi emersero anche in sede di lavori preparatori del codice civile del 1942, dopo un iniziale tentativo di pura e semplice sua soppressione.¹¹

¹⁰ Sul punto v. V. CARBONE, *Adozione di minori in Italia da parte di un singolo fra regole e aspirazioni*, in *Corriere Giur.*, 2011, 5, 597.

¹¹ Cfr. PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA-RICHTER, DALLARI, *Codice civile, lib. I*, Milano, 1939, p. 314.

Le vicissitudini storiche hanno trasformato l'istituto, modificandolo più volte, secondo opposte tendenze: in definitiva, le modifiche normative sono state continue, sia con interventi di ingresso e di uscita dal codice, sia con legislazione speciale, anche in attuazione di accordi internazionali con pluralità di principi, alcuni cogenti ed altri facoltativi.¹²

In disparte l'illustrato *excursus* storico, l'istituto è regolato da disposizioni che assumono, quale criterio guida, il diritto del fanciullo di crescere ed essere educato nella propria famiglia.¹³

Invero, lo scopo della normativa è quello di tutelare l'interesse del minore, che è in prima istanza quello a crescere ed essere educato nella propria famiglia e che non può essere ostacolato dalle condizioni di indigenza dei genitori (di qui l'intitolazione della legge n. 184/1983, come modificata dalla L. 28 marzo 2001, n. 149, «*Diritto del minore ad una famiglia*»).

In ragione della tutela di tale diritto, sono disposti interventi di sostegno e di aiuto alla famiglia d'origine e, solo quando la medesima famiglia non sia in grado di

¹² Come sottolineato da V. CARBONE, *op. cit.*, "in forte decadenza l'adozione di persone maggiorenni, avente la finalità di consentire a soggetti privi di figli di trasmettere non solo il proprio cognome e il proprio patrimonio, ma anche la ditta, l'azienda, il marchio, come filiazione voluta, ma non naturale (imitatio naturae), l'unica adozione rimasta nel macrosistema civilistico, ma sempre più in disuso, stante anche la diffusione in un'economia mondiale di marchi societari, e quindi relativa ad ipotesi residuali e di scarsa rilevanza. D'altro, il grande sviluppo dell'adozione speciale, piena o legittimante (adoption plénière, Volladoption), ma anche dell'affidamento di minori a livello internazionale, anche a distanza, come tutela e sostegno di un soggetto, privo di assistenza morale e materiale che ha bisogno di una crescita sana ed equilibrata. Introdotto come "adozione speciale" nel capo III del tit. VIII del codice civile, con l'art. 4 l. 431/1967, l'istituto è stato poi estromesso dal macrosistema civilistico per effetto dell'art. 67 l. 184/1983, con la conseguenza che tutta la disciplina dell'adozione - che ha come scopo di aver cura degli interessi dell'adottato, minore di età - è al di fuori del codice civile."

¹³ Vedi l'art. 315-bis, comma 2, c.c.; l'art. 1, L. 4 maggio 1983, n. 184. Pertanto, come richiesto dall'art. 31 Cost., e al fine di prevenire l'abbandono, sono previsti interventi di sostegno da parte dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali (art. 1, commi 2 e 3, L. 4 maggio 1983, n. 184).

provvedere alla crescita e all'educazione del fanciullo, possono trovare applicazione, quale *extrema ratio*, l'affidamento e l'adozione. Nello specifico, l'affidamento ha lo scopo di fornire un ambiente familiare idoneo al fanciullo che ne sia temporaneamente privo (art. 2, L. n. 184/1983); mentre con l'adozione si crea un pieno rapporto di filiazione fra soggetti che non sono uniti da vincolo di sangue, garantendo l'inserimento del fanciullo all'interno di una nuova famiglia, nell'ambito della quale possa trovare un ambiente adatto alla sua crescita.

3. *L'affidamento dei minori.*

L'affidamento familiare consiste in uno strumento per superare le difficoltà temporanee della famiglia d'origine, in quanto consiste nell'inserimento del minore, limitato nel tempo, presso una coppia coniugata o non coniugata, ovvero presso una persona singola. In origine, tale istituto costituiva una prassi seguita ma non regolamentata,¹⁴ per poi essere esplicitamente introdotto e disciplinato dai primi articoli della legge n. 184 del 1983 sull'adozione dei minori.

Inizialmente, soprattutto nei primi anni di applicazione, si metteva in luce il carattere di "*temporaneità*" di tale istituto, atteso che esso era ispirato ad una logica sostanzialmente opposta a quella dell'adozione. Invero, coloro che richiedevano l'adozione aspiravano ad avere un figlio cui trasmettere affetto,

¹⁴ A tal proposito, si rintracciava solo un accenno nel codice civile all'art. 404, che attribuiva all'istituto di pubblica assistenza il potere di affidare il minore in ricovero a "*persona di fiducia*".

nome e patrimonio, a maggior ragione se si trattava di coppie senza figli, che magari non ne potevano avere; al contrario, tutti coloro che optavano per l'affidamento, offrivano una sorta di “*servizio*” (in collaborazione con l'attività assistenziale degli enti locali), al fine di eliminare le difficoltà della famiglia d'origine, che si ritenevano comunque superabili. La conseguenza era che quanto più svolgevano il loro ruolo in maniera efficace, più velocemente il minore poteva essere restituito alla propria famiglia d'origine.¹⁵ Alla luce di tale assunto, si giustificava la previsione di cui all'art. 4, comma 4, L. n. 184/1983, che impone l'indicazione, nel provvedimento di affidamento, disposto dagli organi competenti, del periodo di presumibile durata dello stesso, che di regola non è superiore a ventiquattro mesi.¹⁶

La concezione dell'istituto dell'affidamento, incentrata sul carattere della “temporaneità”, peccava, almeno in parte, di astrattezza e non interpretava adeguatamente le problematiche poste dalla realtà concreta. A tali problematiche, peraltro, il legislatore sembrava dare importanza, nella misura in cui il tribunale minorile poteva disporre la proroga dell'affidamento quando la sua cessazione dovesse risultare pregiudizievole per il minore, senza peraltro alcuna previsione

¹⁵ Sul punto, tra gli altri, cfr. DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, in Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1990, pp. 33 ss.; PERLINGIERI - PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*, Napoli, 1983, p. 14; SACCHETTI, *Commentario all'adozione e all'affidamento*, Rimini, 1988, p. 47. Nell'ambito di una giurisprudenza assai limitata v., tra le altre, Cass. Civ. 4 marzo 1985, n. 1807.

¹⁶ Vedi sul punto ROSSI CARLEO, *L'adozione e gli altri istituti di assistenza ai minori*, in Tratt. Rescigno, 1982, p. 283.

del termine.¹⁷ Nonostante tali rilievi, la L. n. 184/1983 non disciplinava l'affidamento “non temporaneo”, il quale poteva risultare da una proroga di quello che doveva durare solo ventiquattro mesi, ovvero dichiarato *ex art. 333 c.c.*, che, invece, era molto diffuso nella pratica, anche alla luce della novella del 2001 (L. n. 149).¹⁸

Solo con la L. 19 ottobre 2015, n. 173¹⁹, il *vulnus* di tutela della disciplina previgente viene colmato.

Infatti, l’art. 1 (che aggiunge il comma 5 *bis* all'art. 4 della L. n. 184/1983) ammette che possa esservi “*un prolungato periodo di affidamento*”, nel corso del quale la difficoltà (evidentemente “*non temporanea*”) della famiglia d'origine si trasformi in vero e proprio stato di abbandono. In questi casi, la famiglia affidataria potrà accedere all'adozione del minore, purché la famiglia designata sia composta da soggetti dotati dei requisiti di cui all'art. 6 della L. n. 184/1983 (coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni, con esclusione dei conviventi,

¹⁷Come rilevato dalla dottrina, infatti, “*può configurarsi il caso in cui vi sia una (soltanto) parziale privazione di assistenza (non tale quindi da giustificare la pronuncia di adozione), ma non temporanea e cioè probabilmente irreversibile, tale da escludere l'affidamento familiare ex art. 2, L. n. 184/1983. L'unica disposizione cui fare riferimento (anche nel caso di assunzione di una più lunga proroga di affidamento già eventualmente predisposto dal tribunale per i minorenni, ai sensi dell'art. 4, comma 4, cit.) è l'art. 333 c.c., che legittima il giudice a disporre i provvedimenti più convenienti, in fattispecie di obiettivo pregiudizio per il minore, di rilevanza tale da non determinare peraltro una declaratoria di decadenza dalla responsabilità genitoriale.*” V. DOGLIOTTI, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 12, p. 1107.

¹⁸ Tale normativa, modificando gran parte della disciplina adozionale, era pure intervenuta sull'affidamento familiare, rendendo, per certi versi, ancora più rigida la “temporaneità”, e peraltro accrescendo in qualche misura i poteri dell'affidatario (in particolare nei rapporti con le istituzioni scolastiche e le autorità sanitarie, ai sensi dell'art. 5 novellato L. n. 184).

¹⁹ Pubblicata in G.U., 29 ottobre 2015, n. 252.

ovvero dei singoli, che possono invece accedere all'affidamento familiare ex art. 2, comma 1, L. n. 184).²⁰

In definitiva, alla luce dell'*excursus* normativo messo in evidenza, l'affidamento, a differenza dell'adozione, che ha carattere di definitività, può essere definito come un rimedio transitorio, allorquando i genitori non siano "temporaneamente" in grado di offrire al minore le cure necessarie e solo se gli interventi di sostegno attuati dagli enti locali non abbiano dato buoni risultati (art. 2, comma 1, l. adoz.). Come si è anticipato, i soggetti a favore dei quali può essere disposto l'affidamento sono una coppia o una persona singola. Nell'ipotesi in cui ciò non sia possibile, può farsi luogo all'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare.²¹

Quanto al profilo procedimentale, il procedimento relativo all'affidamento muta a seconda che i genitori abbiano prestato o meno il consenso all'affidamento. Ebbene, nel primo caso si parla di c.d. *affidamento consensuale*, il quale viene disposto dal servizio sociale locale, sentito il minore che abbia compiuto i dodici anni ed anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di

²⁰ Come correttamente rilevato "il tribunale minorile, nella comparazione con gli altri aspiranti, deve tener conto "dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria": l'affidamento familiare rappresenta così un titolo preferenziale per un affidamento preadottivo, presupposto della futura adozione. Si supera così quel rigido spartiacque che distingueva affidamento e adozione, ancorché la possibilità di passare dall'una all'altra sia (correttamente) limitata; in tutti i casi, quando gli affidatari non posseggano i requisiti di cui al predetto art. 6, L. n. 184, ovvero siano stati valutati negativamente per l'adozione, l'affidamento non potrà tramutarsi in adozione (e ciò conferma la validità dei criteri ispiratori dell'adozione piena)." Sul punto, cfr. DOGLIOTTI - ASTIGGIANO, *Le adozioni*, Milano, 2014, pp. 31 ss.

²¹ Recentemente un tribunale ha ritenuto potersi disporre l'affidamento anche ad una coppia omosessuale, trattandosi di due uomini legati da una lunga e consolidata relazione con il minore.

discernimento. Il provvedimento del servizio sociale viene poi reso esecutivo con decreto del giudice tutelare (art. 4, comma 1, l. adoz.).

Nel secondo caso, invece, l'affidamento è disposto dal tribunale per i minorenni e si parla di affidamento c.d. *contenzioso*. Il tribunale competente emana un provvedimento motivato che indichi i poteri dell'affidatario, le modalità tramite cui i genitori e gli altri componenti del nucleo familiare possono mantenere i rapporti con il fanciullo, la presumibile durata del periodo di affidamento, da rapportarsi ai prevedibili tempi di recupero della famiglia, nonché il servizio sociale cui è attribuita la vigilanza e responsabilità del programma di assistenza durante l'affidamento medesimo (art. 4, comma 3, l. adoz.). All'interno di tale procedura, il servizio sociale svolge un ruolo fondamentale, in quanto deve informare il tribunale per i minorenni sull'evolversi della situazione, con l'obbligo di presentare una relazione semestrale.

Quanto alla responsabilità genitoriale,²² gli artt. 2, comma 1, e 5, la attribuiscono all'affidatario, il quale ha il dovere di accogliere il minore, di provvedere al suo mantenimento, alla sua istruzione, educazione, tenendo conto delle prescrizioni fissate dall'autorità e delle indicazioni dei genitori che non siano decaduti dalla responsabilità genitoriale. Nell'alveo dei poteri attribuiti all'affidatario, rientrano anche quelli relativi ai rapporti ordinari con l'istituzione scolastica e con le autorità sanitarie; egli deve anche essere sentito nei procedimenti in materia di

²² In generale, al riguardo, per tutti, FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, pp. 119 ss.

responsabilità genitoriale, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato (art. 5, comma 1).²³

Infine, la cessazione dell'affidamento familiare si perfeziona quando la situazione di difficoltà della famiglia sia stata superata ovvero qualora la sua prosecuzione risulti pregiudizievole per il minore (art. 4, comma 5, l. adoz.), o ancora nel caso in cui sopravvenga una definitiva situazione di abbandono, dovendosi aprire, in tal caso, la procedura di adottabilità (cfr. art. 8, comma 2, l. adoz.).²⁴

4. L'adozione dei minori.

L'istituto dell'adozione si sostanzia in una vera e propria attuazione, nella legislazione ordinaria, dei principi costituzionali, e in particolare dell'art. 30, comma 2.

²³ Sulle modifiche normative in tema di affidamento la dottrina ha rilevato che “*la L. n. 173 è sicuramente assai positiva. Viene rafforzato l'istituto dell'affidamento familiare e comunque garantito il mantenimento delle relazioni che si costituiscono tra affidatari e minore, in funzione del miglior perseguimento del suo interesse. Viene indubbiamente superata, come già si è osservato, una grave lacuna presente nella L. n. 184/1983 ed in tutte le successive modifiche, che trascurava completamente gli affidamenti duraturi, eventualmente fino alla maggiore età del minore (che sono invece nella prassi assai frequenti). Certo, modificando la disciplina dell'affidamento familiare, il legislatore avrebbe potuto fornire qualche indicazione più specifica sui poteri degli affidatari anche nel rapporto con la famiglia d'origine, mentre l'unica possibile facoltà per loro, prevista dall'art. 5, L. n. 184, rimane quella della rappresentanza del minore, in rapporto con l'autorità scolastica e sanitaria, anche se ovviamente il giudice minorile, pronunciando ai sensi dell'art. 333 c.c., potrebbe disporre ulteriori limitazioni alla responsabilità dei genitori di origine. Non è dunque stata colta un'occasione, sicuramente opportuna, di far chiarezza al riguardo.*” V. DOGLIOTTI, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 12, p. 1107.

²⁴ Allo scopo di salvaguardare i rapporti affettivi già sorti fra il minore e gli affidatari, l'affidamento preadottivo potrà eventualmente essere disposto a loro favore, sempre che abbiano i requisiti richiesti per adottare.

Con la riforma del 1975, la dottrina più avveduta scopre un inedito interesse verso il diritto di famiglia e l'istituto della adozione viene considerato in vario modo anticipatore (seppur in senso lato) dei valori della riforma. In particolare, a fronte di uno schema familiare autoritario, gerarchico, dominato dalla figura del marito e padre, caratterizzato da vincoli formali e coercitivi, si sostituisce un modello più moderno di famiglia, fondato sugli affetti, al quale ciascun componente conferisce il proprio contributo autonomo e responsabile: uguaglianza dei coniugi, superamento delle discriminazioni tra figli legittimi e naturali, maggior possibilità di autodeterminazione dei minori appaiono gli aspetti più qualificanti della nuova disciplina.²⁵ In generale, la riforma del 1975 rappresenta una profonda innovazione, con una netta valorizzazione della "*famiglia c.d. degli affetti*". In effetti, proprio l'istituto dell'adozione, per la prima volta, ha privilegiato la famiglia degli affetti su quella di sangue, ogni qual volta essa sia venuta meno ai propri compiti educativi.

Successivamente, l'adozione di minori è stato oggetto di numerose riforme, di respiro più o meno ampio, ma che dimostrano come tale istituto risenta dell'esigenza stare al passo con un contesto sociale e culturale in continua evoluzione.

²⁵ Sul nuovo modello di famiglia emerso dalla riforma del 1975, cfr., nell'ambito di una ricchissima letteratura (e con riferimento agli anni immediatamente successivi alla sua entrata in vigore), ALPA - BESSONE - D'ANGELO - FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1980, pp. 31 ss., specie 39; ma v. già BASILE, *La famiglia comunità chiusa o aperta?*, in Studi sulla riforma del diritto di famiglia, a cura di Russo, Milano, 1973; BESSONE - DOGLIOTTI - FERRANDO, *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, Milano, 1983, e nelle successive edizioni; nonché il *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO, OPPO - TRABUCCHI, Padova, 1976; A. E. M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984.

Una delle riforme più significative, ancor oggi vigente, seppur con le varie modifiche, è stata quella attuata con legge n. 184 del 1983. Il fatto nuovo, a questo punto, è costituito dalla riforma dell'adozione nel 1983.

In sede di riforma, si contendevano il posto due orientamenti: chi auspicava soltanto limitate modifiche di dettaglio e chi invece prefigurava una riforma generale. Fra le due menzionate posizioni, tuttavia, è prevalsa la seconda, atteso che l'istituto dell'adozione, sebbene sia rimasto per alcuni aspetti immutato, ha subito una trasformazione integrale,²⁶ fra i cui aspetti preponderanti è degna di menzione una rinnovata protezione dell'interesse del minore, anche se non manca qualche maggiore garanzia, soprattutto processuale, per i genitori di sangue.

Successivamente, si sono registrate ulteriori modifiche con la legge 31 dicembre 1998, n. 476, che ratifica e rende esecutiva la convenzione dell'Aja e sostituisce integralmente il Capo I, Titolo III, della L. n. 184, sull'adozione dei minori stranieri;

e la legge n. 149 del 2001, che è intervenuta a temperare la presunta rigidità della legge 184 e il troppo incisivo intervento del giudice minorile. Tale intervento, del resto, era necessitato, atteso che, dopo la legge del 1983, erano intervenuti relevantissimi documenti internazionali (la Convenzione di New York sui diritti

²⁶ Sul punto, cfr. DOGLIOTTI, *La nuova legge sull'adozione, valutazioni e commenti*, in *Quadrimestre*, 1984, pp. 70 ss.; in particolare, sui lavori preparatori, v. anche DOGLIOTTI, *Adozione: un progetto di riforma, accettabile, ma suscettibile di miglioramento*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 1466. Successivamente, DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1990, specie pp. 72 ss. Cfr., inoltre, M. TRIMARCHI, *Adozione. Quaderni di diritto civile*, Milano, 2004; Id., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Artt. 6 e 7 L. 4 maggio 1983, n. 184*, in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di Cian - Oppo - Trabucchi, VI, 2, Padova, 1993.

del minore del 1989, ratificata dall'Italia nel 1991; la Convenzione di Strasburgo sui diritti processuali del minore del 1996, ratificata dall'Italia nel 2003).

Orbene, nel 2001, non si sono registrati mutamenti radicali, come era accaduto invece per la riforma del 1983 rispetto alla disciplina originaria: si tratta di numerose modifiche - quasi tutti gli articoli ne sono stati toccati - spesso soltanto di dettaglio ed ispirate a logiche tra loro differenti, difficilmente riconducibili ad unità.²⁷

I principi generali della disciplina sono contenuti all'art. 1, che è notevolmente ampliato e modificato rispetto alla sua lettera originaria, alla cui luce si dovrebbero interpretare tutte le successive norme della legge e valutare natura e caratteri dei diversi istituti.²⁸

Una peculiarità della nuova normativa è il riferimento alle “*relazioni affettive*”, in quanto l'idoneità genitoriale non è vista solo in relazione all'oggettivo adempimento dei doveri di mantenimento, educazione ed istruzione, ma deve soprattutto sostanziarsi di potenzialità affettive.

Una ulteriore peculiarità è determinata dalla modifica della disciplina sull'audizione del minore: se in passato talora, ma in genere del tutto

²⁷ Cfr., peraltro, in prospettiva differente, ROSSI CARLEO, *La nuova legge sul diritto del minore alla famiglia: i traguardi mancati*, in *Famiglia*, 2001, p. 533. Cfr. anche, al riguardo, DOGLIOTTI, *La riforma dell'adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2001, p. 247. E cfr. pure BIANCA, *La revisione normativa dell'adozione*, in *Famiglia*, 2001, p. 525.

²⁸ Fra i menzionati principi, si ribadisce il diritto del minore ad essere educato nell'ambito della propria famiglia, ma si aggiunge che le condizioni di indigenza dei genitori “*non possono essere di ostacolo al diritto del minore alla propria famiglia*”. Si indicano varie possibilità di intervento, per lo Stato, le regioni e gli enti locali, e tuttavia sempre “*nei limiti delle risorse disponibili*”. Si parla anche di diritto del minore, senza distinzioni di etnia, sesso, lingua, religione, ecc., e di rispetto per la sua identità culturale (con evidente riferimento ai minori stranieri adottati).

facoltativamente, si prevedeva l'audizione del minore dopo i quattordici anni e, solo se fosse stato opportuno, di quello di età inferiore; la nuova disciplina intende limitare, a tal riguardo, la discrezionalità del giudice. Infatti si prevede che il minore ultradodicesimo, ma pure di età inferiore, ove si accerti la sua capacità di discernimento, dovrà comunque essere sentito.²⁹

Infine, a voler rimarcare le novità più significative di tale riforma, il profilo che aveva suscitato maggiori polemiche durante l'*iter* parlamentare era quello sul segreto delle origini dell'adottato: dopo una redazione particolarmente tormentata dell'art. 28, l'esito finale è risultato notevolmente compromissorio. Secondo la disciplina designata il minore viene informato della sua condizione di figlio adottivo dai genitori, provvedendo essi stessi nei modi e tempi ritenuti opportuni. Invero, rimane il divieto per l'ufficiale di stato civile e di anagrafe di rilasciare attestazioni che si riferiscano allo *status* precedente del minore, e di fornire notizie e informazioni relative, salvo autorizzazione (competente sarà il tribunale minorile, anche se l'adottato sia divenuto maggiorenne). Non occorre l'autorizzazione per l'ufficiale dello stato civile che chieda di verificare se sussistano impedimenti matrimoniali. Possono essere gli stessi genitori adottivi, finché è minore il figlio, a richiedere all'organo specializzato informazioni sull'identità dei genitori d'origine, e il tribunale autorizza "*solo per gravi e comprovati motivi*". Quanto alla posizione del figlio, si ammette la facoltà di

²⁹ Cfr., per un'analisi di tali profili anteriormente alla novella, DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, in Trattato Cicu-Messineo, cit., pp. 47 ss., e successivamente Id., *Adozione di maggiorenni e minori*, in Comm. Schlesinger-Busnelli, Milano, 2002, p. 244.

accesso, previa autorizzazione del tribunale minorile, oltre il venticinquesimo anno d'età.

In buona sostanza, la predetta scelta è rimessa all'adottato solo ad un'età superiore a quella dell'acquisto della capacità piena. Tale impostazione risponde alla *ratio* di non mettere a dura prova, in un momento ancora delicato della vita del soggetto, il rapporto costituitosi con i genitori adottivi.³⁰

Infine, la legge n. 219 del 2012 si occupa dell'adozione, ma solo marginalmente, atteso che essa ha inteso eliminare le residue discriminazioni tra filiazione dentro e fuori del matrimonio, attribuendo a tutti i figli un unico stato. Detta novella si sostanzia di relativamente poche norme immediatamente operative e, per la maggior parte della materia, si limita a delegare al Governo, che è tenuto a redigere uno o più decreti.³¹

In definitiva, alla luce della disciplina attuale, l'adozione rappresenta un rimedio estremo, cui fare ricorso solo quando non sia individuabile la famiglia d'origine,

³⁰ Infatti la richiesta, fatta dal soggetto, appena divenuto maggiorenne, può essere presentata soltanto se sussistano gravi e comprovati motivi attinenti la sua salute psico-fisica; e, al contrario, l'autorizzazione non è necessaria per l'adottato maggiorenne (anche prima dei venticinque anni) quando i genitori adottivi siano deceduti o irreperibili (ma bisognerebbe in ogni caso considerare il punto di vista dei genitori d'origine, e una mancata previsione al riguardo potrebbe forse dar luogo ad una questione di legittimità costituzionale). Al contrario, la Consulta (Corte cost. 22 novembre 2013, n. 378) ha inteso ampliare ulteriormente il contenuto della norma, dichiarando l'illegittimità dell'art. 28, ove esso non prevede che possa essere contattata pure la madre che non ha consentito di essere nominata nell'atto di nascita del figlio.

³¹ In particolare, si delegava il Governo perché specificasse la nozione di abbandono nell'adozione legittimante "con riguardo alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole da parte dei genitori". Cfr. DOGLIOTTI, *Adozione di minori e stato di abbandono: perché una specificazione?* in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 749. La "delega" richiamava le condizioni di indigenza dei genitori che "non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia". Si trattava, in realtà, di una ripetizione rispetto all'art. 1, L. n. 184/1983 che, appunto, enuncia il medesimo principio. Si delegava altresì il Governo a prevedere una segnalazione da parte dei Tribunali per i minorenni ai Comuni delle situazioni di indigenza dei nuclei familiari che, ai sensi della L. n. 184, richiedono interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nella sua famiglia, e un controllo del giudice sulle situazioni segnalate.

ovvero quest'ultima non possa offrire al figlio quel minimo di cure e di affetto indispensabili per una crescita sana ed equilibrata. Come deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in un procedimento contro lo Stato italiano: “*posto che l'adozione di un minore [...] costituisce misura eccezionale*”, gli Stati membri devono, per quanto possibile, evitarla, anche prevedendo, “*sempre se corrisponda all'interesse dei minori, una forma di adozione che garantisca la conservazione dei legami tra questi ultimi e i genitori*”.

Quale presupposto per l'adozione, la legge richiede che il minore sia dichiarato in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni, che ne abbia accertata la situazione di abbandono morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti entro il quarto grado (artt. 7-9, l. adoz.). Il menzionato stato di abbandono³² non richiede necessariamente un comportamento omissivo dei genitori, ma è

³² È tanto difficile in definitiva rendere concreta una definizione largamente generale ed astratta che talora qualcuno ha rimosso il problema, affermando che la nozione va lasciata in bianco, e la valutazione rimessa al prudente apprezzamento del giudice: così spesso la giurisprudenza si è limitata ad analizzare la fattispecie concreta, rinunciando appunto ad una definizione di carattere generale. Cfr. in tal senso già Trib. Milano 19 dicembre 1968, in Giust. civ., 1969, I, 343; Trib. min. Palermo 2 marzo 1972, in Dir. fam., 1973, 392. In dottrina, cfr. GERMANO - TAUBER - VITRÒ, *L'adozione speciale*, Torino, 1981, 159; DOGLIOTTI - ASTIGGIANO, op. cit., 55. Eppure, individuare un criterio orientativo, alla cui luce valutare poi il caso concreto, appare assolutamente necessario. Può forse soccorrere, ancora una volta, il richiamo ai principi costituzionali, e in particolare all'obbligo (prima ancora che al diritto) dei genitori di educare, istruire, mantenere i figli.

È evidente peraltro che non ogni irregolarità o ritardo nell'adempimento dei doveri genitoriali potrebbe dar luogo all'adozione; varie possono essere le misure previste, da quelle amministrative, di aiuto e sostegno alla famiglia all'affidamento familiare, a carattere necessariamente temporaneo, dalla decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale, con o senza allontanamento del minore, fino all'adozione piena. Sulla gradualità degli interventi cfr. Cass. 13 luglio 1982, n. 4107, in Dir. fam., 1982, 1226; in dottrina cfr. A. E. M. FINOCCHIARO, op. cit., 293, che ipotizzano l'applicabilità dell'art. 333 c.c. (limitazione della responsabilità genitoriale) per il caso di comportamento commissivo od omissivo dei genitori che non dia luogo a gravi carenze assistenziali. Ma allora le diverse formule generali, che sembrano indicare situazioni qualitativamente diverse (difficoltà temporanee della famiglia di origine o - ciò che è lo stesso - privazione temporanea di un ambiente familiare idoneo, comportamento del genitore pregiudizievole al figlio, violazione o trascuratezza dei doveri inerenti alla responsabilità genitoriale ovvero abuso dei relativi poteri, con grave pregiudizio del figlio, mancanza di assistenza morale e materiale), sono soltanto indici di un più o meno grave (o magari gravissimo) inadempimento dei doveri educativi dei genitori.

sufficiente che questi ultimi, con comportamenti commissivi, esponano il figlio ad un grave e irreversibile pregiudizio, prescindendo da qualsiasi elemento di volontarietà o di colpevolezza.

Infatti, con le ultime modifiche del 2012, il legislatore ha statuito a tal proposito che *“le condizioni di indigenza dei genitori [...] non possono essere di ostacolo all’esercizio del diritto del minore alla propria famiglia”* (art. 2, comma 1, lett. n), L. n. 219/2012); dunque, lo stato di adottabilità del minore è dichiarato dal tribunale per i minorenni solo quando *“è provata l’irrecuperabilità delle capacità genitoriali [...] in un tempo ragionevole”* (art. 15, comma 1, lett. c), l. adoz., come modificato dal d.lgs. n. 154/2013).

4.1. I requisiti degli adottanti.

Gli aspiranti adottanti, per poter accedere all’istituto dell’adozione, devono possedere taluni requisiti espressamente indicati dalla legge.

Nello specifico, l’art. 6, legge adoz., richiede che:

1. questi siano uniti in matrimonio da almeno tre anni (comma 1) e che non abbia avuto luogo, negli ultimi tre anni, uno stato di separazione neppure di fatto, ovvero che abbiano convissuto prima del matrimonio per tre anni (art. 6, comma 4). Salva dunque la rilevanza della convivenza *more uxorio* protrattasi continuativamente nei tre anni precedenti al matrimonio,

l'adozione è preclusa ai *partners* di fatto. In disparte le recentissime diatribe sottoposte al vaglio parlamentare, occorre rammentare che già alla stregua della recente novella sulla filiazione, rendendo “unico” lo *status* dei figli, parrebbe non giustificare più la previsione che riserva solo ai coniugi (e non anche ai conviventi) la capacità di adottare (art. 6, commi 1 e 4, L. n. 184/1983).

2. Si richiede inoltre che i coniugi siano affettivamente capaci di educare, istruire e mantenere i fanciulli che intendono adottare (art. 6, comma 2, l. adoz.). In particolare, l'idoneità educativa degli aspiranti adottanti – significativamente messa in risalto rispetto alla capacità economica – deve essere apprezzata sia in via generale, sia con particolare riferimento al minore del quale vanno assecondate le esigenze.
3. Infine, la legge dispone, altresì, che l'età degli adottanti debba superare quella dell'adottato di almeno diciotto anni e di non più di quarantacinque anni. Detti limiti possono essere derogati qualora si accerti che, dalla mancata adozione, deriverebbe al minore un danno grave e non altrimenti evitabile (art. 6, comma 5).

4.2. *Il procedimento e gli effetti.*

Il procedimento di adozione si snoda attraverso tre passaggi: la dichiarazione dello stato di adottabilità, l'affidamento preadottivo e la sentenza³³ di adozione.³⁴

Ove sussistano situazioni di abbandono, queste possono essere segnalate da chiunque (art. 9 l. adoz.), viceversa, sussiste un obbligo di segnalazione al P.M. presso il tribunale dei minorenni per i pubblici ufficiali, gli incaricati di pubblico servizio, gli istituti pubblici e privati e le comunità di tipo familiare. Infine, un obbligo di segnalazione grava anche su chi, non essendo parente entro il quarto grado, accolga stabilmente presso di sé un minore per un periodo superiore ai sei mesi; il medesimo obbligo opera anche per il genitore: l'omissione della segnalazione può comportare, nel primo caso, l'inidoneità ad ottenere affidi familiari o adottivi e, nel secondo caso, la decadenza dalla responsabilità genitoriale e l'apertura della procedura di adottabilità (art. 9, commi 4 e 5).

Per ciò che concerne lo stato di adottabilità, esso viene dichiarato dal tribunale competente ove i genitori risultino deceduti e non vi siano parenti entro il quarto grado³⁵ che abbiano mantenuto significativi rapporti con il minore; se i genitori

³³ Cfr., sul punto, DOGLIOTTI - FIGONE, *Famiglia e procedimento*, Milano, 2001, p. 436.

³⁴ Prima di emanare i singoli provvedimenti, il tribunale deve ascoltare il minore che abbia compiuto i dodici anni, mentre il minore infra-dodicenne può essere sentito in considerazione della sua capacità di discernimento; naturalmente, anche gli altri interessati sono chiamati a partecipare al procedimento di adozione sin dall'inizio e cioè già prima della dichiarazione dello stato di adottabilità (art. 10 l. adoz.).

³⁵ Parti necessarie del procedimento saranno il pubblico ministero, il tutore, o il curatore, in rappresentanza del minore, i genitori o, "in mancanza", i parenti entro il quarto grado, che abbiano mantenuto un rapporto significativo con il minore: parti "necessarie" di cui è per di più "necessaria" la costituzione (e dunque non potrà procedersi senza di essi). I parenti vengono comunque "convocati" (ove abbiano mantenuto un rapporto significativo con il minore), pur in presenza dei genitori: ma è da ritenere che in tal caso si tratti non di parti processuali, ma di soggetti sentiti a sommarie informazioni (che potrebbero eventualmente effettuare un intervento in giudizio, ma adesivo - alla posizione dei genitori - e non autonomo). Su questo specifico punto, cfr. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., p. 505.

sono ignoti e nessuno faccia istanza di sospensione per procedere al riconoscimento (art. 11, comma 2); se i genitori e i parenti non si siano presentati senza giustificato motivo o se la loro audizione abbia dimostrato la mancanza di assistenza morale e materiale e la non disponibilità ad ovviarvi (art. 15, comma 1, l. adoz.). Alla stregua dell'art. 19 legge adoz., durante lo stato di adottabilità, l'esercizio della responsabilità genitoriale è sospeso e al minore viene nominato un tutore.

In seguito alla dichiarazione dello stato di adottabilità, il tribunale dichiara l'affidamento preadottivo del minore ad una coppia di coniugi che abbia presentato la relativa domanda al tribunale per i minorenni (art. 22 l. adoz.).³⁶ Fra le coppie che abbiano presentato la domanda, il tribunale procede ad una valutazione comparativa e sceglie quella maggiormente in grado di corrispondere alle esigenze del minore. Inizia, dunque, una fase in cui il tribunale assume anche un ruolo di vigilanza, atteso che durante il periodo di affidamento, esso deve verificarne il buon andamento.

Al termine di un anno da quando è stato dichiarato l'affidamento preadottivo, il Tribunale pronuncia la sentenza di adozione previo espresso consenso del minore che abbia compiuto i quattordici anni (art. 25 l. adoz.).

Ebbene, durante l'affidamento preadottivo, può accadere che uno dei coniugi muoia o diventi incapace, sicché l'altro coniuge può comunque domandare che

³⁶ In tale fase, il tribunale dà la precedenza alle domande dirette all'adozione di minori di età superiore ai cinque anni o con handicap.

l'adozione venga pronunciata a favore di entrambi. Invece, se i coniugi si separano durante l'affidamento preadottivo, l'adozione può essere pronunciata, nell'esclusivo interesse del minore, a favore di entrambi o di uno solo, qualora venga avanzata istanza in tal senso.

Infine, la sentenza definitiva consente al fanciullo di acquistare lo stato di figlio degli adottanti e, in tal modo, vengono meno tutti i suoi rapporti con la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali (art. 27, comma 3, l. adoz.). L'adozione non è suscettibile di revoca.

5. L'adozione in casi particolari: le singole ipotesi.

L'adozione in casi particolari,³⁷ regolata nel Titolo IV della L. n. 184/1983, è un istituto volto a tutelare l'interesse del minore all'inserimento in un ambiente familiare non esclusivo, nel quale l'adottando possa ricevere un'adeguata assistenza morale e materiale nelle ipotesi di assenza della famiglia di origine o, comunque, di gravi carenze riscontrate, tenendo conto del suo diritto alla continuità affettiva.³⁸

³⁷ I contributi dottrinari sull'adozione in casi particolari sono, per lo più, risalenti o comunque ricostruiscono l'istituto facendo riferimento essenzialmente all'impostazione originaria del legislatore del 1983 e alla giurisprudenza più antica: AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 399; BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, La famiglia, Milano, 2014, p. 458; EBENE COBELLI, *sub art. 44*, in Nuove leggi civ., 1984, p. 172; DOGLIOTTI, *Codice dei minori*, Torino, 2009, p. 504; MANERA, *Ancora affidamenti familiari abusivi*, in *Giur. mer.*, 1993, p. 924; MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2014, p. 305; ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, nel *Trattato Rescigno*, Torino, 1997, p. 397.

³⁸ Il diritto del minore alla continuità affettiva è stato sancito in maniera esplicita dalla L. 19 ottobre 2015, n. 173, che ha modificato gli artt. 4, 5, 25 e 44 della L. 4 maggio 1983, n. 184.

Tale istituto si differenzia dall'adozione piena per la previsione di requisiti meno rigidi, per la maggiore semplicità del procedimento e per gli effetti meno rilevanti, in quanto l'adozione in casi particolari non comporta l'interruzione dei rapporti fra l'adottato e la famiglia d'origine, né la creazione di rapporti di parentela con i parenti dell'adottante (art. 300 c.c., richiamato dall'art. 55 l. adoz.), né l'acquisto di alcun diritto successorio in capo all'adottante (art. 304 c.c., richiamato dall'art. 55 l. adoz.).³⁹

Le ipotesi di adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, sono le seguenti:

- a) quella pronunciata a favore di persone singole o coniugate legate al minore da vincolo di parentela entro il sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, qualora il minore sia orfano;
- b) quella pronunciata a favore del coniuge, qualora il minore sia figlio (anche adottivo) dell'altro coniuge;
- c) quella pronunciata a favore di persone singole o coniugate, quando si tratti di minore orfano affetto da *handicap*;
- d) quella pronunciata a favore di persone singole o coniugate, nell'ipotesi in cui vi sia la constatata impossibilità di procedere all'affidamento preadottivo.

Con riguardo all'interpretazione dell'art. 44, lett. d), la dottrina è divisa. Secondo una prima impostazione, la norma richiede che il minore si trovi in stato di

³⁹ Lo dimostra anche la circostanza che l'adottato antepone il cognome dell'adottante al proprio (art. 299 c.c., richiamato dall'art. 55 l. adoz.)

abbandono e vi sia un'impossibilità di mero fatto all'affidamento preadottivo. Ciò in quanto l'interpretazione estensiva della norma darebbe la stura a un'indiscriminata apertura verso adozioni non più soltanto finalizzate a proteggere i minori nelle situazioni di emergenza, ma intese finanche a sanare rapporti familiari di fatto illecitamente precostituiti.⁴⁰

Secondo un altro orientamento,⁴¹ invece, vi sono molteplici elementi che depongono a favore dell'opzione ermeneutica seguita dalla giurisprudenza più evolutiva. In primo luogo, ai sensi dell'art. 44, comma 1, L. n. 184/1983, l'adozione in casi particolari può essere pronunciata “*anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7*”, per ciò intendendosi anche le ipotesi di dichiarazione dello stato di adottabilità conseguente all'accertamento dello stato di abbandono. In secondo luogo, se la legge avesse voluto restringere l'impossibilità di affidamento preadottivo alla dimensione meramente fattuale, l'avrebbe espressamente previsto, secondo il principio *ubi lex voluit, dixit*.

Infine, su un piano strettamente funzionale, una lettura restrittiva finirebbe per ostacolare, in una molteplicità di situazioni, il perseguimento dell'interesse del minore, che, invece, deve essere il principio ispiratore anche dell'adozione in casi particolari, come ribadito dall'art. 57, comma 1, n. 2, L. n. 184/1983.

⁴⁰ Così TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione piena avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 275 ss. Nello stesso senso si veda anche DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, Milano, 2002, pp. 808 ss.; GIUSTI, *L'adozione dei minori in casi particolari*, Trattato di diritto di famiglia, diretto da Bonilini, IV, Torino, 2016, p. 3958; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2015, pp. 379 ss.

⁴¹ LONGO, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 117 ss.

E'opportuno rammentare, inoltre, che la lettura ampia dell'art. 44, lett. d), attraverso la valorizzazione dell'impossibilità di diritto dell'affidamento preadottivo, porta la giurisprudenza a ritenere ammissibile l'adozione anche da parte del *partner* convivente *more uxorio*.

Questa interpretazione, invero, supera l'ostacolo normativo costituito dall'art. 44, comma 1, lett. b), che riserva il riconoscimento della genitorialità sociale al solo "coniuge" del genitore.

L'interpretazione letterale di tale disposizione crea un'illogica disparità di trattamento nella misura in cui opera una copertura giuridica al rapporto affettivo che si crea il coniuge del genitore ed il minore e non anche a quello che il convivente *more uxorio* instaura con il figlio del proprio *partner*.

Tale impostazione trova fondamento anche nella continua tendenza, da parte dell'ordinamento, a equiparare, sotto molteplici aspetti (ad esempio, in tema di risarcimento del danno da morte del congiunto), le convivenze di fatto al matrimonio.⁴²

⁴² D'altro canto, la giurisprudenza nazionale ammette l'adozione del figlio del coniuge addirittura dopo la separazione e il divorzio tra l'aspirante adottante e il genitore biologico. Cfr. Cass. 19 ottobre 2011, n. 21651, in *Foro it.*, 2012, I, p 821, ove si legge: "...[omissis]... di regola, l'adozione del figlio del coniuge presuppone convivenza comune, armonia, affetto tra i coniugi, e dovrebbe tendenzialmente escludersi quando la comunione di vita tra essi, come nella specie, sia venuta meno. E tuttavia la valutazione va fatta, come si diceva, alla stregua dell'interesse del minore, da valutare in relazione alla specifica fattispecie: dunque, ove si sia instaurata una positiva relazione tra quest'ultimo e il richiedente, la cessazione della convivenza matrimoniale tra il richiedente e il genitore del minore non dovrebbe, sempre e comunque, far venir meno l'interesse del fanciullo all'adozione." La Corte di Strasburgo insegna, poi, che il grado di tutela da riconoscere al minore non può dipendere dal dato astratto dello stato civile del genitore. Cfr. Cedu Johnston c. Irlanda, 18 dicembre 1986.

Proprio sul solco di tali innovazioni ermeneutiche, è intervenuto il legislatore con l'emanazione di una disciplina delle forme di convivenza non basate su un rapporto di coniugio mediante l'applicazione di alcune regole proprie dell'istituto matrimoniale. Il riferimento è al d.d.l. n. 2081/S/XXVII ("*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*"), licenziato dal Senato il 25 febbraio 2016 e approvato definitivamente dalla Camera l'11 maggio 2016.

1.6. L'adozione internazionale: la Convenzione dell'Aja e la riforma del 1998.

L'adozione internazionale consiste nell'ipotesi in cui gli adottanti abbiano nazionalità diversa dall'adottato. Tale istituto può assumere sembianze diverse: da un lato, l'adozione di minori stranieri da parte di cittadini italiani (artt. 29 ss., L. n. 184/1983); dall'altro, l'adozione di minori italiani da parte di cittadini (italiani o stranieri) residenti all'estero (artt. 40-43, L. n. 184/1983).

Quanto alla disciplina, la fattispecie è regolamentata dalla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei bambini e la cooperazione nell'adozione inter- nazionale, ratificata dall'Italia con L. 31 dicembre 1998, n. 476.

I requisiti necessari per accedere a tale tipo di adozione sono: la dichiarazione di adottabilità del minore da parte dell'autorità straniera, previo accertamento dell'impossibilità di far luogo all'affidamento del fanciullo nello Stato d'origine

(c.d. criterio di sussidiarietà); lo svolgimento di un'attività di consulenza a beneficio dei soggetti il cui consenso sia richiesto, consenso che deve essere manifestato senza alcun corrispettivo e per iscritto, previa adeguata informazione; lo svolgimento di una analoga attività di consulenza anche a beneficio del minore (art. 4 della Convenzione).

Coloro che aspirano all'adozione internazionale devono rivolgersi ad uno degli enti autorizzati dalla Commissione a ciò preposta⁴³ (art. 31, comma 1 l. adoz.).

I compiti attribuiti agli enti sono di tipo prettamente procedimentale, come, ad esempio, ricevere le proposte di incontro formulate dall'autorità straniera, assistere i coniugi nelle attività da svolgersi all'estero, chiedere alla Commissione per le adozioni internazionali l'autorizzazione ad introdurre il fanciullo in Italia e vigilare sul suo trasferimento (art. 31 l. adoz.).

Al termine delle suddette procedure, di cui all'art. 31, ne rimette gli atti alla Commissione, la quale, se dichiara che l'adozione risponde all'interesse superiore del minore, ne autorizza l'ingresso e la residenza permanente in Italia, ai sensi dell'art. 32.

6. Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini.

⁴³ Ogni Paese aderente alla Convenzione deve individuare un'Autorità centrale, al fine di garantire il rispetto delle previsioni della Convenzione stessa. In Italia, la L. n. 476/1998 ha riservato al tribunale per i minorenni i compiti propriamente giudiziari, attribuendo invece quelli di carattere amministrativo alla Commissione per le adozioni internazionali, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 38 l. adoz.).

La L. n. 149/2001 ha modificato l'art. 28 della L. n. 184/1983, prevedendo che il fanciullo debba essere informato della sua condizione dai genitori adottivi.

Su tale fronte, in Italia vi è stato un vero e proprio mutamento di prospettiva con la legge di riforma 28 marzo 2001, n. 149:⁴⁴ si è passati, infatti, da una disciplina fondata sul segreto, sia nei confronti dei terzi che nei rapporti interni alla famiglia, al riconoscimento di un diritto del figlio ad essere informato sulla sua condizione di adottato.⁴⁵ Di conseguenza, il 1° comma dell'art. 28, l. 4 maggio 1983, n. 184, dispone ora che *“il minore adottato è informato della sua condizione e i genitori adottivi vi provvedono nei modi e termini che essi ritengono più opportuni”*.

Per ciò che concerne i profili procedimentali, il tribunale per i minorenni, qualora attesti che vi siano gravi e comprovati motivi, può autorizzare i genitori adottivi, quali esercenti la responsabilità genitoriale, ad avere informazioni sull'identità dei genitori biologici. Viceversa, nulla è mutato in merito al divieto, per l'ufficiale di stato civile, di fornire notizie da cui risulti il rapporto di adozione, salva

⁴⁴ Due sono i principi che informano la novella: da un lato, il *favor* nei confronti della permanenza del bambino presso la propria famiglia di sangue, che si traduce nella qualificazione dell'adozione come *extrema ratio* cui ricorrere soltanto se sono presenti tutti i presupposti previsti dalla legge; dall'altro - e sono due punti strettamente collegati - l'abbandono della logica del segreto per il principio della c.d. verità narrabile, vale a dire per la scelta di informare il figlio sulle circostanze della sua nascita, nei modi e nei limiti in cui ciò non gli rechi pregiudizio. L'innovazione, di segno opposto rispetto all'impostazione anteriore alla riforma, ove il segreto dell'adozione era intangibile sia nei confronti dei terzi che nei rapporti interni, accoglie le tendenze internazionali ed europee in materia di adozione e di tutela dei diritti dell'infanzia, poste a fondamento della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (artt. 7 e 8) e della Convenzione de L'Aja sull'adozione (art. 30).

⁴⁵ La disciplina previgente rispondeva alla logica dell'adozione quale finzione (*imitatio naturae*) che si sostituisse completamente alla filiazione di sangue, cancellando completamente tutto quello che era stato prima; la tutela giuridica così veniva garantita soltanto alla identità della nuova famiglia, non soltanto all'esterno del nucleo familiare ma anche al suo interno. In argomento, M.R. MARELLA, *Voce Adozione*, in Digesto, IV ed., Disc. priv. sez. civ., Aggiornamento, Utet, 2000, p. 86.

l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, che peraltro non occorre nei casi in cui la richiesta venga fatta dall'ufficiale di stato civile per verificare l'assenza di impedimenti matrimoniali (art. 28 l. adoz.).

Il menzionato art. 28, comma 5, stabilisce che *“l'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. L'istanza deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza”*. Detta disposizione, tuttavia, non chiarisce se l'autorizzazione del tribunale per i minorenni sia necessaria solo per l'infra-venticinquenne ovvero se occorra anche per chi ha già compiuto il venticinquesimo anno di età, pur senza l'ulteriore requisito dei gravi e comprovati motivi.⁴⁶

Tale disposizione interseca anche la problematica della tutela dei dati personali e della *privacy*, tant'è che l'art. 28, è stato modificato dall'art. 177, comma 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (*“Codice in materia di protezione dei dati personali”*). Invero, tale disposizione impedisce l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato di non volere essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396. La Corte costituzionale è intervenuta sulla disposizione, dichiarando l'illegittimità costituzionale del predetto comma nella parte in cui non prevede la possibilità, per il giudice, di interpellare, su richiesta del figlio, la madre che avesse dichiarato di non voler

⁴⁶ La giurisprudenza che si è occupata della materia, tuttavia, aderisce alla seconda opzione interpretativa.

essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione. Viene, dunque, consentito al figlio adottivo ormai venticinquenne, che ne faccia richiesta, di poter conoscere l'identità della madre che abbia scelto l'anonimato, qualora, disposta l'interrogazione di quest'ultima da parte delle autorità, la stessa ne abbia autorizzato⁴⁷ la comunicazione.

7. L'adozione dei maggiorenni.

L'adozione delle persone maggiori di età è disciplinata dagli artt. 291 ss. c.c.

La *ratio* dell'istituto risponde, eminentemente, all'interesse dell'adottante, privo di discendenti,⁴⁸ ad acquisire un figlio cui trasmettere il proprio cognome e le proprie sostanze.

Tuttavia, l'adottate e l'adottato devono possedere alcuni requisiti: in particolare, fra l'adottante e l'adottato deve intercorrere una differenza di età di almeno diciotto anni; di conseguenza, l'adottante deve aver compiuto almeno trentasei anni, salva la possibilità per il tribunale di autorizzare comunque l'adozione al

⁴⁷ Detta autorizzazione non è richiesta per l'adottato maggiorenne quando i genitori adottivi siano deceduti o siano divenuti irreperibili.

⁴⁸ Va peraltro precisato che la condizione dell'assenza di discendenti non è più necessaria affinché possa farsi luogo all'adozione.

compimento dei trent'anni, qualora eccezionali circostanze lo consiglino. Inoltre, secondo quanto disposto dall'art. 294, comma 2, c.c., nessuno può essere adottato da più di una persona, a meno che gli adottanti non siano marito e moglie.

Il tribunale ha la funzione di raccogliere i consensi dell'adottante e dell'adottando e gli assensi dei genitori di quest'ultimo e del coniuge dell'adottante e verifica la convenienza dell'adozione per l'adottando. Al termine di tale procedimento, il tribunale emana la sentenza, da cui decorrono gli effetti dell'adozione, la quale è trascritta in apposito registro tenuto presso la cancelleria del tribunale ed annotata a margine dell'atto di nascita dell'adottato.

Gli effetti dell'adozione dei maggiorenni sono disciplinati dagli artt. 299, 300 e 304 c.c., ai quali rinvia anche l'art. 55 l. adoz.⁴⁹ Con specifico riguardo alla disciplina del cognome, l'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio (art. 299, comma 1, c.c.). Se l'adozione è compiuta da coniugi, l'adottato assume il cognome del marito (art. 299, comma 3, c.c.); mentre se l'adozione è compiuta da una donna coniugata, l'adottato che non sia figlio del di lei marito assume il cognome della famiglia di lei (art. 299, comma 4, c.c.).

Infine, l'adozione può essere revocata per indegnità dell'adottato (art. 306 c.c.) o dell'adottante (art. 307 c.c.): la competenza spetta al tribunale ordinario.

⁴⁹Si tratta dei medesimi effetti della già analizzata adozione in casi particolari.

CAPITOLO SECONDO

LA *STEPCHILD ADOPTION*: UN NUOVO ORIZZONTE DELLA GENITORIALITA'

SOMMARIO: 2.1. La spinta riformista europea: un nuovo modello di famiglia non tradizionale. La definizione di *stepchild adoption*. -2.2. La posizione della giurisprudenza. -2.3. La vicenda parlamentare italiana. -2.4. La *stepchild adoption* fra i punti controversi della riforma. -2.5. Gli ulteriori punti controversi: l'utero in affitto. -2.6. Il maxiemendamento e il testo definitivamente approvato (legge 20 maggio 2016, n. 76). -2.7. La *stepchild adoption* tra lacune del sistema e progetti di riforma.

2.1. La spinta riformista europea: un nuovo modello di famiglia non tradizionale. La definizione di stepchild adoption.

Il diritto di famiglia italiano ha affrontato un lungo processo evolutivo, nel quale l'influenza europea ha avuto notevole rilievo, inizialmente solo in via di principio e di condivisione, successivamente con l'intervento di decisioni della Corte europea e dell'efficacia delle stesse. L'influenza europea in Italia è stata per molto

tempo mitigata dal contesto culturale italiano, che appariva improntato a principi di maggior tradizione e minore laicità.

Tuttavia, l'epoca attuale ha portato con sé una serie di riforme che hanno conformato il diritto interno quello europeo, così ampliando la sfera dei diritti e della libertà dei cittadini.⁵⁰

Fra i diritti che devono essere rispettati, è necessario dar spazio anche al riconoscimento della possibilità di creare una famiglia e, per tal motivo, devono considerarsi illecite tutte quelle disposizioni statali che vietano ad alcune categorie di cittadini di costituire una famiglia o di costituirla seguendo le proprie inclinazioni. Tale assunto assume particolare rilievo per le unioni omosessuali.

A tal proposito, è opportuno rammentare che, fino al 1968 ed al 1969, nel diritto penale nazionale esistevano ancora gli art. 559 e 560, abrogati non per volontà del legislatore, ma per effetto di interventi della Corte Costituzionale.⁵¹

In particolare, l'art. 559 c.p. puniva la moglie adultera (ma non il marito che attuasse la medesima condotta), con la reclusione da un anno fino a due in caso di relazione adulterina. Viceversa, l'uomo era punito, a querela della moglie ed ai sensi dell'art. 560, nel caso in cui mantenesse una concubina nella casa coniugale

⁵⁰ Sul punto cfr. B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, 2016, pp. 1 e ss.

⁵¹ La Corte costituzionale, con sentenza 27 novembre-3 dicembre 1969, n. 147 (Gazz. Uff. 10 dicembre 1969, n. 311), dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 560, comma primo, c.p., dell'art. 559, comma quarto; dell'art. 560, commi secondo e terzo; degli artt. 561 e 562, primo comma, nella parte relativa alla perdita dell'autorità maritale per effetto della condanna per il delitto di concubinato; dell'art. 562, commi secondo e terzo; dell'art. 563. In precedenza, l'illegittimità del primo e secondo comma dell'art. 559 c.p. era stata dichiarata con sentenza n. 126 del 19 dicembre 1968.

o notoriamente altrove. La stessa pena si applicava, ricorrendo i presupposti indicati, alla concubina.

Si attribuiva, dunque, al diritto penale il compito di intervenire in tali vicende. Questo era il punto di partenza di un processo che ha condotto, passando attraverso lo snodo fondamentale del divorzio approvato nel 1970, a una radicale modifica di cultura e costumi. Si è giunti, così, all'approdo per cui tutto ciò che avviene all'interno del nucleo familiare non è più oggetto di interessi pubblici ma appartiene alla sfera privata dei cittadini e, nel rispetto di regole condivise, alla loro libertà ed autodeterminazione.

Nel solco riformista che ha condotto il legislatore italiano a interrogarsi sulla *stepchild adoption*, si sono affrontati due diversi aspetti: da un lato, la posizione e i diritti di coloro i quali, pur scegliendo di vivere un rapporto di coppia (in tal caso il riferimento è in genere eterosessuale), non intendano sposarsi e costituiscano le c.d. coppie di fatto e dall'altro le coppie formate da persone dello stesso sesso, le quali vogliano veder riconosciuto, nella forma o comunque con la dignità e le tutele del matrimonio, il loro rapporto.

Dall'altro lato, direttamente connessa a tali problematiche è la questione dell'adozione di minori, da parte di coppie eterosessuali, coniugate o meno, nonché da parte di coppie composte da persone dello stesso sesso ed infine da parte del *partner* del genitore biologico, nel caso di famiglie monoparentali o ricostituite.

La locuzione *stepchild adoption* deriva dall'inglese e vuol dire, testualmente, "adozione del figlio affine" ed è un istituto giuridico che consente al figlio di essere adottato dal *partner* (unito civilmente o sposato) del proprio genitore.

Questa particolare forma di adozione viene generalmente utilizzata quando due adulti formano una nuova famiglia e uno di loro, o entrambi, portano un figlio avuto da una precedente relazione. Nella società attuale, infatti, è sempre più frequente che si creino famiglie ricostituite, che sono la conseguenza di divorzi, separazioni, famiglie mononucleari o della morte di un coniuge, oppure famiglie omogenitoriali dove il figlio nasce all'interno della coppia gay o lesbica grazie alla maternità surrogata o l'inseminazione eterologa.

L'istituto è stato sottoposto al vaglio parlamentare solo nel 2016, ma ha un notevole rilievo in quanto è finalizzato, da un lato, a consolidare i legami familiari in una famiglia ricostituita; dall'altro, a tutelare l'interesse del minore a veder garantita l'instaurazione di un rapporto giuridico analogo a quello genitoriale con un soggetto al quale non è legato biologicamente, ma determinato ad assumere nei suoi riguardi un ruolo genitoriale e per far inoltre continuare il legame affettivo nei confronti di entrambi i genitori.

2.2. La posizione della giurisprudenza.

La giurisprudenza italiana si è trovata ad affrontare due casi giudiziari, che hanno avuto una notevole risonanza, aventi ad oggetto la formazione e il riconoscimento del legame di filiazione tra un soggetto e il figlio del *partner* dello stesso sesso.

Si tratta del caso deciso dal Tribunale per i Minorenni di Roma, con sentenza n. 291, resa in data 22 ottobre 2015 e l'altro disciplinato dalla Corte d'Appello di Milano con decreto n. 2543 reso in data 16 ottobre – 1 dicembre 2015.

Quanto al caso sottoposto al vaglio del Tribunale per i Minorenni di Roma, si tratta della vicenda di due donne che, dopo avere posto in essere una relazione affettiva nell'anno 2009, nell'anno 2012 hanno deciso di avere un figlio, sottoponendosi, entrambe, a un preventivo percorso di sostegno alla genitorialità e, una delle due, a procreazione medicalmente assistita in Belgio, a esito della quale è nata una bambina, riconosciuta alla nascita dalla madre biologica.⁵²

La bambina ha da subito instaurato un rapporto profondo tanto con la madre biologica, quanto con la sua compagna; di conseguenza, la madre "sociale" ne ha chiesto l'adozione, ai sensi dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/83, che disciplina la c.d. adozione nei casi particolari.

Alla luce della situazione di fatto, il Tribunale dei Minorenni di Roma, tenendo d'occhio il preminente interesse del minore, ha disposto una consulenza tecnica volta ad accertare "*la qualità delle relazioni familiari, il livello di funzionalità, le dinamiche e le risorse del nucleo nel suo complesso*". Dall'indagine svolta dal

⁵² Cfr. D. PIANTANIDA, *La stepchild adoption tra lacune del sistema e progetti di riforma, in Le unioni civili e la stepchild adoption 2016*, Milano, 2016, pp. 31 e ss.

perito è emerso che “*l’esame delle competenze genitoriali è positivo e il giudizio clinico è assolutamente favorevole*”.

Tuttavia, gli atti sono stati rimessi al P.M. che ha espresso parere negativo all’accoglimento della domanda di adozione, ritenendo che mancasse l’ineludibile presupposto richiesto dall’art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, e costituito dallo stato di abbandono della minore.

Dal canto proprio, il Tribunale per i Minorenni di Roma, tenendo conto della *ratio* dell’istituto, ha affermato che l’adozione in casi particolari origina dall’esigenza di favorire e consolidare il rapporto tra il minore e coloro che se ne prendono cura. L’interesse del minore, dunque, svolge la funzione di parametro interpretativo dell’adozione in casi particolari. Ne deriva che, in tale contesto, “*la constatata impossibilità dell’affidamento preadottivo*”, unico requisito posto dalla norma di cui all’art. 44 lett. d) è stata interpretata non soltanto come impossibilità “di fatto”, che presuppone dunque uno stato di abbandono dichiarato, ma anche come impossibilità “di diritto”,⁵³ ravvisabile in assenza di stato di abbandono.

Alla luce di tale assunto, il Tribunale per i minorenni di Roma, riconoscendo infine come prassi giurisprudenziale consolidata l’adozione, ai sensi dell’art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, del figlio del *partner* alle coppie eterosessuali, ha ritenuto di dovere necessariamente riconoscere identica possibilità anche alle coppie

⁵³ Tale impossibilità si configura proprio nel caso in cui il convivente *more uxorio* richieda l’adozione del figlio minore del *partner*, inserito nel nucleo familiare.

omosessuali, dopo avere accertato la sussistenza dell'interesse del minore, tenendo conto anche del principio costituzionale di uguaglianza.

La seconda delle menzionate pronunce è quella della Corte d'Appello di Milano, resa con decreto n. 2543 reso in data 16 ottobre – 1 dicembre 2015. La Corte si è occupata della vicenda di due donne italiane, sentimentalmente legate, che nell'ambito di un progetto di vita familiare condiviso hanno deciso di avere un figlio, ricorrendo alla fecondazione eterologa assistita.⁵⁴

La bambina nata è stata riconosciuta alla nascita dalla madre, dopo di ch  la coppia ha condiviso il ruolo genitoriale, educando e crescendo la piccola, in Italia, prima, e in Spagna, poi, dove il nucleo familiare si   trasferito e dove la coppia si   unita in matrimonio. Successivamente, a distanza di un anno dalle nozze, la madre "sociale" ha richiesto e ottenuto l'adozione della figlia della coniuge, con il pieno consenso della coniuge stessa.

Tuttavia, il rapporto coniugale si   sciolto, a seguito di richiesta di separazione dinanzi l'autorit  spagnola.

Di conseguenza, nel mese di dicembre 2013, la madre adottiva si   rivolta al Tribunale per i Minorenni di Milano, per richiedere il riconoscimento, in Italia, dell'adozione avvenuta ai sensi della l. n. 476/1998. Il Tribunale, tuttavia, non ravvisando il "*carattere di transnazionalit  cui si riferisce la Convenzione (...) in ragione dell'identit  della cittadinanza dei soggetti coinvolti*", ha ritenuto che il

⁵⁴ Cfr. D. PIANANIDA, *La stepchild adoption tra lacune del sistema e progetti di riforma*, in *Le unioni civili e la stepchild adoption* 2016, Milano, 2016, pp. 31 e ss.

caso al proprio vaglio attenesse al riconoscimento di una adozione nazionale realizzata all'estero, indicando nelle norme di cui all'art. 64 e seguenti l. n. 218/1995 il percorso da seguire per il richiesto riconoscimento.

La madre adottiva della minore dopo aver ricevuto un rifiuto alla trascrizione dal competente Ufficiale dello Stato Civile dell'ordinanza di adozione resa dal Giudice spagnolo, si è conseguentemente rivolta alla Corte d'Appello di Milano.

La menzionata Corte, dopo aver affermato l'impossibilità di trascrivere in Italia un matrimonio tra persone dello stesso sesso e la conseguente impossibilità di trascrizione della relativa sentenza di divorzio, ha valutato la richiesta di riconoscere il provvedimento di adozione reso dal Giudice spagnolo.

La Corte d'Appello di Milano, all'esito di un complesso percorso argomentativo, ha riconosciuto l'efficacia del provvedimento di adozione reso in Spagna⁵⁵ e ha ordinato, conseguentemente, la trascrizione del provvedimento straniero di adozione all'Ufficiale dello Stato Civile del comune dell'ultima residenza in Italia della ricorrente.

Le due pronunce in esame hanno avuto grande risonanza in dottrina, in quanto hanno risposto a un'esigenza di giustizia sostanziale, ma, al contempo, hanno posto dei dubbi su un piano eminentemente tecnico. Ciò che risalta ancor di più,

⁵⁵ Nello specifico la Corte ha affermato che *“non vi è alcuna ragione per ritenere in linea generale contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra una persona non coniugata e il figlio riconosciuto dal partner, anche dello stesso sesso, una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell'adozione, e quindi il riconoscimento di tutti i diritti e doveri scaturenti da tale rapporto, corrispondono all'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative che con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e del provvedimento di adozione.”*

tuttavia, è il comportamento tenuto dal nostro Legislatore che, sino a oggi, non ha provveduto a colmare il vuoto normativo e ha imposto a un altro organo dello Stato, ossia la magistratura, di sopperire alle proprie mancanze, spesso affidandosi alla sensibilità del senso comune.

2.3. La vicenda parlamentare italiana.

Prima dell'intervento del legislatore del 2016, la perdurante carenza di una legislazione chiara e completa in ordine al fenomeno delle coppie o famiglie non matrimoniali ha generato una serie di soluzioni giurisprudenziali, che hanno cercato di dare una risposta alle realtà sociali che si sono avvicinate nel panorama giuridico.

Il *punctum dolens* di tale vuoto normativo si è presentato, soprattutto, in relazione alla situazione dei figli minori delle coppie non matrimoniali, ai quali sono stati riconosciuti, tutte le volte in cui l'interpretazione conforme al diritto lo ha consentito, diritti analoghi a quelli dei figli nati all'interno di un'unione matrimoniale.

Viceversa, per ciò che concerne i rapporti di coppia, si è invece fatto ricorso a istituti già esistenti ed applicabili per analogia, dando luogo al fenomeno delle c.d. famiglie⁵⁶ o coppie “di fatto”.⁵⁷

Invero, la vicenda parlamentare antecedente al 2016 è stata caratterizzata da numerosi tentativi di regolamentare le c.d. “coppie di fatto”,⁵⁸ anche per le conseguenze che ciò comporta in tema di adozione dei minori.

Orbene, la prima proposta di legge presentata nel luglio 2014 constava di tre parti. Nella prima si crea una nuova figura di unione, riservata alle coppie composte da persone dello stesso sesso; nella seconda si forniscono garanzie e riconoscimenti minimi per le coppie “di fatto” che non intendano acquisire una particolare

⁵⁶ Tra le definizioni, *ex multis*, che sono state date della famiglia “di fatto”, si legge che per essa deve intendersi la situazione stabile di convivenza tra uomo e donna che, pur non essendo sposati, formano un nucleo affettivo, di comunione di vita e di interessi, nucleo che spesso comprende i figli da essi generati. Cfr. V. VITALONE, C. ZAFFIRI, “La famiglia di fatto”, Giust. civ., 1991, II, 303.

Ancora più sinteticamente, altri hanno affermato che si definisce famiglia di fatto “*l’unione stabile di un uomo e una donna non sposati tra loro, ed eventualmente dei loro figli*”, sul punto cfr. V. ROPPO, *Convenzioni matrimoniali*, Enc. Giur. It., IX, Roma, 1988, pag. 1018. oppure che essa rappresenta la situazione di coloro i quali “*si comportano anche esternamente come coniugi, senza essere sposati*”. F. GAZZONI, “*Manuale di diritto privato*”, VI ed., 1996, p. 304.

⁵⁷ La circostanza che le coppie o famiglie di fatto siano state tali e non abbiano per molto tempo avuto definizione e disciplina di legge, è imputabile alle componenti politiche e parlamentari, le quali, nonostante numerosi tentativi, non hanno mai portato a termine, come avrebbero dovuto, l’iter utile per definirle e regolamentarle. Il riferimento è, in particolare, al 2007, in cui ebbe corso l’iniziativa dei Di.Co. (Diritti delle coppie conviventi). L’art. 1 del disegno di legge non giunto a buon fine recitava: “*Due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il primo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno, sono titolari dei diritti, dei doveri e delle facoltà stabiliti dalla presente legge*”.

⁵⁸ Da tempo, infatti, in tema di convivenza e coppie di fatto, sono state presentate, nel parlamento italiano, proposte di legge. Per ciò che riguarda la XIII legislatura, si ricordano le proposte n. 1020 (Vendola ed altri), 2870 (Buffo), 4657 (Soda). Nella XIVesima legislatura fu presentata, tra le altre, la proposta n. 795, avente ad oggetto regolamentazione degli accordi di convivenza. Nella Legislatura successiva (XVesima) fu presentato un disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri, noto come Di.Co. (diritti delle coppie conviventi). Esso rappresentava un tentativo di compromesso tra posizioni diverse, ma non sortì buon esito.

regolamentazione giuridica (e quindi vogliono restare tali); nella terza si regola la possibilità, per le coppie non matrimoniali, sia etero che gay, di stipulare una apposita convenzione che disciplini il loro rapporto.⁵⁹

Nell'ambito dei lavori preparatori, ha suscitato alcuni dubbi l'art. 3 della legge, che testualmente afferma che alle unioni civili si applicano tutte le disposizioni di legge previste per il matrimonio (ivi comprese le norme che regolano la separazione personale e la successione legittima, con unica esclusione delle adozioni), nonché afferma che i soggetti del rapporto “*sono equiparati al coniuge per ogni effetto*”, tuttavia il fatto che ad esse venga dato un nome diverso presuppone una valutazione a monte, che non viene riportata, né trova una logica spiegazione nella lettera della legge.

Sintomo che una equiparazione vera e propria non è stata attuata è che i componenti delle unioni non possono, in quanto coppia, adottare un bambino. In tal modo si va incontro alla contraddizione per cui, da un lato, la legge equipara testualmente le unioni civili al matrimonio, dall'altro nega implicitamente questa totale assimilazione, affermando la preclusione all'adozione per le unioni non consacrate nel coniugio.

⁵⁹ Come correttamente evidenziato, “*l'impostazione appare in primo luogo rispettosa dell'idea di quanti ritengono giusto (o comunque accettano) che le coppie dello stesso sesso possano avere un istituto con effetti in buona parte uguali a quelli che derivano dal matrimonio, purché esso sia diversamente nominato e resti distinto, riservando la parola “matrimonio” alle unioni tradizionali, composte da un uomo ed una donna.*”. Cfr. B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, 2016, pp. 1 e ss.

Alla luce di quello appena esposto e di altri elementi di contraddizione, la proposta di legge del luglio 2014 è stata sostituita, nel corso dei lavori preparatori, con il testo del marzo 2015.

Onde evitare di incorrere nelle medesime incongruenze, il nuovo testo accentua la differenza tra matrimonio e unioni civili, rimarcando la scelta legislativa secondo cui si tratta di istituti che possono, per svariati aspetti, avere uguali effetti, ma restano, ideologicamente e giuridicamente, distinti.

In definitiva, il legislatore ha prediletto la strada per cui si prevede l'esistenza di due istituti, in parte sovrapponibili ed entrambi dedicati a disciplinare l'unione esclusiva di vita tra due persone, dei quali, tuttavia, la collettività intende sottolineare la sostanziale diversità.

2.4. La stepchild adoption fra i punti controversi della riforma.

Nel corso dei lavori parlamentari, la *stepchild adoption* ha costituito un punto di criticità, nonché un'occasione di incontro fra scuole di pensiero differenti e, spesso, in contrasto l'una con l'altra.

In particolare, si sono contese il campo due tesi: la prima, è quella secondo cui la vera famiglia è quella tradizionale, unita da un vincolo matrimoniale religioso o anche solo civile e composta da un uomo, una donna e, ove vi siano, i figli.

I fautori di tale impostazione non sono contrari a riconoscere regole e tutele per quanti si trovino in condizioni diverse, ciò che conta è che la diversità sia rimarcata e non vi siano commistioni. Ne deriva che, secondo tale tesi, alle unioni civili sarebbe preclusa qualsivoglia possibilità di adozione.

Questo orientamento è la prosecuzione di quello che, analogamente, ha sempre rimarcato le differenze tra figli legittimi ed illegittimi, poi i figli legittimi e naturali e, infine, dopo la riforma del 2012-2013, tra figli nati nel matrimonio e fuori di esso. Allo stesso modo, tale impostazione ha da sempre sostenuto l'inopportunità di regolamentare le coppie c.d. di fatto, creando un istituto in

qualche modo alternativo al matrimonio e scalfendo l'istituto della famiglia tradizionale.⁶⁰

Nell'epoca attuale, l'attenzione si è spostata, principalmente, sulle coppie composte da persone dello stesso sesso.

Secondo l'opposto orientamento, invece, occorre dar maggior rilievo ai principi di uguaglianza e non discriminazione, contenuti nella Costituzione, atteso che, in una società laica, che rispetta tutte le diversità, non vi è spazio per discriminazioni e per l'affermazione di superiorità ed esclusività della condizione di alcuni, determinatasi per effetto delle loro scelte.

In particolare, il compito di educare la prole, nonché la possibilità di trasmettere valori e modelli alle nuove generazioni non può essere prerogativa esclusiva della sola famiglia tradizionale.

⁶⁰ Secondo la dottrina tradizionale, poiché l'art. 29 della Costituzione definisce la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, unica famiglia è quella legittima e, in assenza del crisma sacramentale o di quello legale, non possono realizzarsi forme di società coniugale positivamente apprezzabili. Numerosi Autori riconoscono alla famiglia legittima una posizione di privilegio, in virtù delle indicazioni contenute nell'art. 29. Questa posizione ha trovato conferma in decisioni della Corte Costituzionale, come nel caso in cui la stessa ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di illegittimità sollevata in relazione all'art. 19, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Ordinanza n. 481 del 25 ottobre 2000). L'eccezione riguardava il fatto che la normativa richiamata, mentre prevede il divieto di espulsione dello straniero coniugato con un italiano, non dispone analogamente per il caso di convivenza *more uxorio*. La Corte affermò che il divieto rispondeva all'esigenza di tutelare l'unità della famiglia e riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici, che è assente nella convivenza *more uxorio*. In sede di commento di tale decisione è stato detto che il sistema attuale non riconosce altra famiglia che non sia quella legittima e che il sostanziale declino di tale tipo di unione, spesso portata a dissolversi o a non costituirsi affatto, non può assurgere a criterio per il riconoscimento statutale delle unioni di fatto, almeno fino a quando non verrà modificato l'art. 29. In tal modo ha trovato sostegno la tesi secondo cui sia possibile, dal punto di vista giuridico, tracciare una netta linea di demarcazione tra ciò che famiglia e ciò che non lo è. La tesi tradizionale, specie dopo la pronuncia della Corte Costituzionale che ha affermato che le unioni gay sono meritevoli di tutela costituzionale ai sensi dell'art. 2 della Suprema Carta e le sentenze europee che hanno riconosciuto i diritti delle stesse, ha di fatto ritenuto il mantenimento della distinzione tra esse e le coppie etero una "linea del Piave" da non valicare ed intorno alla quale chiamare a raccolta i propri sostenitori

Le opposte tesi, inoltre, differiscono anche per il modo di guardare al ruolo della famiglia all'interno della società.

A fronte della prima tesi, che ritiene la sua centralità come esclusiva, atteso anche che, a loro dire, non si potrebbero ipotizzare dei modelli alternativi rispetto a quello tradizionale; la seconda tesi sostiene che anche altre forme di aggregazione devono essere incentivate, in un sistema che riconosce e positivizza, oltre alla famiglia tradizionale, anche le altre forme di unione.

In un simile contesto, è evidente che le posizioni in merito alla *stepchild adoption* sono tutt'altro fuorché univoche.

Come si è anticipato, il diritto di famiglia, in particolare l'art. 44 lett. b) della legge sulle adozioni (184/1983), prevede la possibilità per il coniuge di adottare il figlio, anche se a sua volta adottivo, dell'altro coniuge.⁶¹

La *ratio* di tale disposizione è quella di rinsaldare le famiglie e lo spirito familiare e ad agevolare la cura dei minori nelle famiglie ricostituite, consentendo ad entrambi i *partner* di occuparsi, anche dal punto legale ed amministrativo, di essi.

Tale adozione è decisa dal Tribunale ed è sottoposta a condizioni, tra le quali, come recita l'art. 46 della legge citata, l'assenso dell'altro genitore. La norma prevede la possibilità di sostituire l'assenso con una delibera giudiziaria, qualora l'altro genitore sia incapace o irreperibile o sia stato privato della potestà (ora responsabilità) genitoriale.

⁶¹ Nel nostro ordinamento, oltre all'adozione legittimante ed all'adozione internazionale, che produce i medesimi effetti, è prevista una forma di adozione di minor profilo, disciplinata dagli articoli 44-55 della legge 184. L'adozione in questione riguarda soggetti minori di età, essendo altrove e diversamente disciplinata (codice civile) l'adozione di maggiorenni. "L'adozione in casi particolari" costituisce un'eccezione, rispetto alle altre forme di adozione dei minori e, pertanto, le relative norme non possono essere applicate al di fuori dei casi espressamente previsti. I minori adottati con tale tipo di adozione non devono interrompere i rapporti con la famiglia d'origine e continuano ad avere, in relazione alla stessa, diritti e doveri. Per l'adozione del minore, ex art. 44, non è richiesta la sussistenza di uno stato di abbandono. Ciò significa che il fanciullo può essere adottato anche in assenza di una dichiarazione di adottabilità ed in mancanza dei presupposti che la giustificano. Se l'adozione in casi particolari non richiede la sussistenza di uno stato di completo abbandono, essa tuttavia si fonda sul presupposto che il minore si trovi in una condizione che renda opportuna l'adozione stessa, nelle varie, e diverse tra loro, ipotesi regolate dalle lettere a, b, c, d, di cui al primo comma dell'art. 44. All'adozione in casi particolari è attribuibile una funzione essenzialmente personalistica, essendo limitati gli effetti di carattere patrimoniale che essa produce e non essendo il rapporto esteso ai parenti dell'adottante, ad esclusione dei divieti matrimoniali. La prima ipotesi di adozione particolare disciplinata dalla legge riguarda il minore orfano di padre e di madre, il quale può essere adottato da persone a lui unite da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo. La *ratio* della norma si fonda sul fatto che quando un minore resta orfano possono determinarsi particolari situazioni, quali la riscoperta del vincolo di sangue da parte di parenti più lontani o la valorizzazione di un rapporto preesistente, che spontaneamente si presti a colmare il vuoto affettivo determinatosi con la perdita dei genitori, e sulla considerazione che l'attribuzione ad esse di un riconoscimento legale, attraverso l'istituto dell'adozione, può corrispondere all'interesse del minore stesso. Se nella fattispecie sub a) il minore è privo di entrambi i genitori, nel caso previsto dalla lettera b) egli ne ha uno solo, che può essere anche adottivo. La norma diviene applicabile ove il genitore superstite abbia contratto matrimonio con una terza persona, la quale desideri adottare il minore. Presupposto dell'adozione resta la realizzazione dell'interesse dell'adottando, da valutare in concreto.

Da ciò consegue che se un divorziato con prole sposa un terzo, questi può divenire, con il consenso dell'ex coniuge, terzo genitore dei figli della coppia iniziale e che il consenso non è indispensabile, qualora l'altro genitore - ex coniuge - sia premorto o si trovi in una delle altre condizioni indicate.

Ebbene, recentemente,⁶² la normativa sull'adozione in casi particolari è stata arricchita di un'ulteriore ipotesi, che prevede la possibilità di adottare per le famiglie affidatarie del minore orfano di entrambi i genitori, così da trasformare in adozione l'affidamento familiare.⁶³

Di conseguenza, attraverso l'istituto della *stepchild adoption* si è proposto di creare una disciplina specifica di tale fattispecie, che consenta alle unioni civili di accedere a tale tipo di adozione, considerato che ad esse è stata estesa buona parte della normativa matrimoniale.

La novità riguarderebbe in modo particolare le coppie composte da persone dello stesso sesso, in quanto per le coppie etero l'innovazione consiste unicamente nel fatto che esse in precedenza potevano accedere all'adozione *ex art. 44* solo se coniugate, requisito non più indispensabile.

Al contrario, le coppie omosessuali, prima di tale progetto di riforma, non avevano accesso né a forme di unione disciplinate, né a possibilità di adozione.

⁶² Legge 19 ottobre 2015, n. 173, pubblicata sulla G.U. n. 252 del 29 ottobre 2015, nota come legge che riconosce il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento.

⁶³ Art. 4: All'articolo 44, comma 1, lettera a), della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, dopo le parole: "*stabile e duraturo*" sono inserite le seguenti: "*anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento*".

L'elemento specializzante, per le coppie *same sex*, riguarda la circostanza che, mentre per le coppie etero i casi statisticamente più rilevanti di utilizzazione del nuovo istituto consisterebbero verosimilmente nella premorienza o mancato riconoscimento del figlio da parte dell'altro genitore biologico, per le coppie omosessuali tale norma potrebbe costituire la via maestra per pervenire ad un rapporto di filiazione di coppia in caso di fecondazione assistita effettuata all'estero in violazione dei divieti italiani. Il tutto è, del resto, consolidato dal fatto che in tali ipotesi non vi sarebbe alcun genitore cui chiedere l'assenso.

Orbene, le peculiarità di tale fattispecie hanno indotto la parte politica contraria all'estensione degli effetti del matrimonio e dell'adozione al nuovo istituto a proporre un emendamento, per far sì che, in luogo dell'adozione, il *partner* del genitore possa ottenere un “*affidamento rafforzato*”, utile per garantire il risultato della condivisione della gestione del minore all'interno della coppia, senza determinare gli effetti dell'adozione, sia essa legittimante o particolare.

2.5. Gli ulteriori punti controversi: l'utero in affitto.

Appare opportuno riferire brevi cenni su un ulteriore punto controverso della riforma, quale è stato quello della maternità c.d. surrogata.⁶⁴

In particolare, con la locuzione “*utero in affitto*”, che è l’espressione medica equivalente alla surrogazione di maternità, si intende la pratica per cui una donna, estranea alla coppia di aspiranti genitori, mette a disposizione il proprio corpo per portare a compimento una gravidanza risultante da pratiche di procreazione assistita, impegnandosi a rinunciare, all’esito, al bambino.

Le modalità di surrogazione possono essere differenti: invero, possono riguardare anche la donazione di ovuli, che può essere operata dalla stessa donna che condurrà la gravidanza, ovvero ancora i gameti maschili, a loro volta, possono essere di uno dei componenti della coppia o di un terzo donatore.

Non vi è dubbio che questa pratica è vietata in Italia dalla legge 40,⁶⁵ ma è ammessa in altri Stati e fornisce alle coppie omosessuali la possibilità di vedere riconosciuta l’aspirazione alla genitorialità, grazie anche alla *stepchild adoption*,

⁶⁴ I primi interrogativi sono stati sollevati già nei primi anni duemila, con l’emanazione della legge n. 40 del 2000, che contempla una parte sanzionatoria particolarmente estesa. La legge ha creato una serie di nuovi reati, nonché previsto illeciti amministrativi. Sono colpiti con sanzione amministrativa numerosi comportamenti che possono essere posti in essere dai soggetti che applicano tecniche di procreazione assistita, come l’utilizzazione di gameti estranei alla coppia richiedente, l’assenza di consenso informato, la commercializzazione di gameti o embrioni. In numerosi casi sono previste le sanzioni accessorie della sospensione dall’esercizio professionale e la sospensione o revoca dell’autorizzazione alla struttura. I reati riguardano la clonazione, la sperimentazione sugli embrioni, la selezione a scopo eugenetico di embrioni e gameti. Alcune fattispecie penalmente rilevanti riguardano fatti che possono essere commessi nel corso di un procedimento di procreazione assistita, nell’ambito di tentativi per dare una discendenza a chi non può ottenerla senza l’aiuto della scienza.

⁶⁵ La surrogazione di maternità non è descritta (la legge si rimette al significato scientifico o comune), né, riguardo ad essa, il legislatore opera distinzioni: tutte le sue forme sono vietate e punite allo stesso modo.

con la quale è possibile riconoscere la genitorialità dell'altro, *partner* nell'unione civile.

Orbene, la maternità surrogata è vietata dalla legge 40 del 2004, in particolare dall'art. 12 comma 6.

Tuttavia, poiché la pratica è legalizzata all'estero, in quel caso la legge penale italiana non si applica, poiché l'art. 9 del codice penale prevede tale possibilità solo per i reati puniti con una pena superiore a tre anni. Né può applicarsi l'art. 6, secondo il quale i fatti possono comunque essere giudicati in Italia se ivi si sono verificati parte dell'azione o si sia determinato l'evento, qualora tutto il fatto avvenga all'estero e nel nostro Paese si verifichino solo la partenza ed il ritorno della coppia.

Alla luce di tali circostanze, la parte degli interpreti che si oppongono alla possibilità che coppie dello stesso sesso possano acquisire una piena genitorialità legale, contestano tutte quelle disposizioni che possano favorire l'elusione della legge, che vieta espressamente la maternità surrogata.

Secondo una seconda opzione ermeneutica, non è possibile punire la maternità surrogata che avvenga all'estero, ma, al limite, il genitore che rientri in Italia con un bambino può incorrere, dovendo dichiarare le circostanze della nascita, in altre violazioni di legge, essendo punite le false dichiarazioni sull'identità personale (art. 495 comma 2 c.p.), l'alterazione di stato (art. 567 comma 2 c.p.) e l'affidamento definitivo di un minore (art. 71 legge 184/1983).

In disparte le considerazioni sul rilievo penale dei fatti, si osserva che comunque non sarebbe contraddittorio vietare la maternità surrogata e poi, sia pure indirettamente, riconoscere gli effetti di una pratica di tal tipo compiuta all'estero.

Tutte le considerazioni svolte, infatti, devono essere rivalutate alla luce del principio di tutela del superiore interesse del minore. Il riconoscimento di tale prevalente interesse del minore, invero, dovrebbe essere attuato a prescindere da quelle che possano essere le circostanze della sua nascita e dovrebbe consistere nel diritto di conservare il rapporto, eventualmente già consolidato in uno spazio di tempo, con due genitori (di cui uno eventualmente biologico) i quali, con il loro comportamento, abbiano dimostrato di desiderarlo ed essere pronti ad accoglierlo.⁶⁶

Anche le problematiche sollevate in tema di “*utero in affitto*”, dunque, dovrebbero trovare soluzione, in una prospettiva *de iure condendo*, tenendo in prioritaria considerazione il preminente interesse del minore a una famiglia, ove ormai esso abbia consolidato i rapporti con quest'ultima.

2.6. Il maxiemendamento e il testo definitivamente approvato (legge 20 maggio 2016, n. 76).

⁶⁶ Il principio enunciato trova conferma nella giurisprudenza della Corte Europea. Si veda CEDU 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12.

L'esito della vicenda parlamentare ha trovato epilogo in unico emendamento, con il quale si è dato vita al testo definitivo.⁶⁷

Invero, al fine di giungere all'approvazione del testo definitivo, la corrente più progressista ha accettato una soluzione di compromesso con la componente cattolica e centrista della maggioranza.⁶⁸

Ebbene, con l'articolo adottato il 25 febbraio 2016, il centro tolemaico della novella legislativa ruotava sull'accentuazione delle diversità, piuttosto che sulla possibilità che i due istituti fossero considerati analoghi o equivalenti.⁶⁹

Tra le modifiche più dirompenti, tra testo anteriore al 25 febbraio e successivo, vi è l'eliminazione dell'articolo che prevedeva la *stepchild adoption*, ossia la possibilità, per il *partner* del convivente civile, di adottare il figlio dell'altro ai sensi dell'art. 44 della legge 184 del 1983, vale a dire con l'adozione in casi particolari.

⁶⁷ In particolare, con esso, tutti gli articoli, da 1 a 23, furono sostituiti, come avviene in situazioni del genere, da un unico articolo, contenente 69 commi.

⁶⁸ Come sottolineato dalla dottrina “*anche il testo precedente rappresentava un punto di incontro tra visioni politiche, sociali e religiose diverse e non corrispondeva a quanto le categorie più interessate (associazioni gay, famiglie arcobaleno) chiedevano, in quanto non attuava una semplice parificazione tra matrimoni ed unioni civili (del resto ottenibile con un testo brevissimo, contenente un solo articolo che negasse l'obbligatoria diversità di sesso degli sposi), ma cercava di raggiungere un equilibrio tra due istituti uguali, ma diversi.*” B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, 2016, pp. 1 e ss.

⁶⁹ Sempre B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, afferma che “*come avviene in occasione di ogni incontro tra volontà ed impostazioni distanti tra loro, l'opinione dei diversi soggetti coinvolti in sede parlamentare e nel Paese risultarono diverse: da un lato si pensò di aver posto un definitivo freno a pericolose derive progressiste, dall'altro di aver compiuto un primo passo in direzione della modernità e del riconoscimento dei diritti, con l'idea di continuare la battaglia in seguito. Analogamente, da una parte si riteneva di aver salvato la famiglia ritenuta naturale, dall'altra di aver sostituito una situazione nella quale molti cittadini erano ignorati dalla legge, con un'altra in cui essi erano finalmente riconosciuti, ma venivano, con lo stesso atto, discriminati.*”

In definitiva, la disposizione è stata integralmente stralciata.⁷⁰ Diversamente, se fosse stata approvata, le unioni civili avrebbero potuto assumere sempre più le sembianze di una famiglia tradizionale, la quale è, prioritariamente, la famiglia con figli.

Tale stralcio ha avuto una enorme risonanza e, in sintesi, rispecchia l'opinione diffusa in parte della popolazione, secondo cui due genitori dello stesso sesso non possono, per definizione, essere tali.

Ne deriva che le unioni civili con prole attribuibile ad uno dei componenti resteranno realtà non unitarie, nelle quali, anche ove esista un rapporto affettivo e di consuetudine di vita tra i figli dell'uno ed il *partner* del medesimo, quest'ultimo non potrà assumere un ruolo genitoriale, che sia riconosciuto dal diritto positivo.

⁷⁰ Nel testo di legge sulle unioni civili è stato stralciato l'art. 5 del ddl sulla "*stepchild adoption*", ossia sulla possibilità di adozione del figlio del *partner*. Cfr., sul punto, SCHILLACI, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo 29*, 2016. Il comma 20, art. 1, L. n. 76/2016 si limita a prevedere che "*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*".

Per evitare vuoti di disciplina, tuttavia, si prevede che il coniuge o *partner* civile del genitore è l'unico possibile legittimato ad adottare *ex art. 44 lett. b)*.⁷¹ La norma ha l'evidente scopo di chiudere il cerchio dei legami affettivi costruiti nel nuovo nucleo, creando un collegamento diretto tra il minore ed il terzo. Tale disposizione, finora, trovava applicazione, oltre che nel caso di morte, nell'ipotesi di famiglie ricostituite dopo un divorzio, purché vi fosse l'assenso, previsto dal successivo articolo 46, dell'altro genitore.

Infine, per effetto della nuova formulazione della norma, alle unioni civili tra persone dello stesso sesso si applicano le ulteriori disposizioni del Capo I del Titolo IV della legge sulle adozioni.

Infatti, è applicabile l'art. 45 della legge 184, secondo il quale per l'adozione si richiede il consenso dell'adottante e dell'adottando ultra-quattordicenne. Per effetto della novella del 2001 deve essere sentito (e non più prestare il suo

⁷¹ *"In relazione alle unioni civili, è astrattamente ipotizzabile l'utilizzazione di tale adozione a margine di una fattispecie penalmente rilevante (art. 12 comma 6 l. n. 40/2004) e ciò ha giustificato alcune opposizioni manifestatesi nel corso dei lavori parlamentari.*

Si è detto infatti che una coppia gay potrebbe recarsi all'estero ed ivi ricorrere alla pratica (proibita in Italia) della maternità surrogata, fornendo il seme maschile o comunque facendo risultare il figlio come nato da uno dei partner dell'unione civile e che, dopo il ritorno in Italia, la coppia potrebbe, tramite la stepchild adoption prevista dall'art. 5, far adottare il figlio dall'altro contraente, così realizzando, in apparente legalità, la doppia omogenitorialità.

Allo stesso modo, una coppia composta da due donne potrebbe concepire un figlio con l'inseminazione eterologa (relativamente alla quale l'assoluto divieto è stato rimosso con la sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014) e, essendo il nato biologicamente riferibile ad una delle due (conduttrice anche della gravidanza), farlo adottare dall'altra. [...] Con l'approvazione della nuova disciplina il legislatore ha evidentemente mantenuto distinte le sfere penali e civili, non ritenendo fondata o pertinente l'ipotesi che la stepchild adoption possa in qualche modo collegarsi o agevolare precedenti azioni illegali ed ha riconosciuto, in applicazione dei principi di uguaglianza e non discriminazione rispetto alle coppie etero che già si valevano della disposizione prevista dall'art. 44 lett. b), sia pure entro i ristretti confini indicati, la capacità genitoriale delle coppie composte da due persone dello stesso sesso.

In entrambi i casi indicati, l'adozione ex art 44 comma 1, lettera b) risulterebbe facilitata dall'inesistenza legale di un secondo genitore biologico che debba dare l'assenso." Cfr. B. DE FILIPPIS, op. cit.

consenso), il legale rappresentante dell'adottando di età inferiore, il quale ultimo deve essere personalmente ascoltato, se capace di discernimento.

Con l'adozione particolare si attribuisce all'adottante la potestà sul minore e l'obbligo di mantenerlo, istruirlo ed educarlo, così come previsto per i figli legittimi dall'art. 147 cod. civ. Inoltre, diversamente da quanto è previsto per i genitori ai sensi dell'art. 324 cod. civ., l'adottante amministra i beni dell'adottato, ma non ha l'usufrutto legale.⁷²

L'adozione particolare è revocabile in tutte le ipotesi particolari, conseguenti alla commissione di gravi delitti, ma può, in via generale, essere disposta per violazione dei doveri incombenti sugli adottanti.

A tal proposito, si rammenta che l'art. 51 afferma che la revoca può essere pronunciata dal tribunale su domanda dell'adottante, quando l'adottato maggiore degli anni 14 abbia attentato alla vita di lui o del suo coniuge, ovvero si sia reso colpevole verso di loro di delitto punibile con pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo a tre anni.

Tale possibilità è prevista anche se il delitto è stato commesso dall'adottante. Infatti, l'art. 53 attribuisce al P.M. la facoltà di chiedere la revoca dell'adozione per violazione dei doveri⁷³ incombenti sugli adottanti, rimettendo la decisione al tribunale. La violazione di tali doveri, per essere rilevante ai fini della revoca,

⁷² Questa disposizione, pur di portata limitata, dimostra l'intenzione del legislatore di attribuire all'adozione particolare effetti patrimoniali ridotti, rispetto all'adozione c.d. legittimante.

⁷³ I doveri in questione sono quelli indicati dall'art. 48, vale a dire l'educazione, l'istruzione ed il mantenimento del minore in conformità a quanto previsto dall'art. 147 cod. civ.

deve essere particolarmente grave, poiché la fattispecie è posta sullo stesso piano e determina le stesse conseguenze della commissione di delitti prevista dagli articoli 51 e 52.

Infine, l'art. 54 della legge 184 dispone che gli effetti dell'adozione cessano quando passa in giudicato la sentenza di revoca, ma che, se la revoca è pronunciata dopo la morte dell'adottante per fatto imputabile all'adottato, l'adottato stesso ed i suoi discendenti sono esclusi dalla successione dell'adottante.

In definitiva, dunque, la disciplina si conforma a quella prevista ordinariamente dalla legge 184.

In conclusione, dopo quattro anni dalla L. n. 219/2012, in materia di filiazione nata fuori dal matrimonio, il legislatore fa un passo ulteriore nella disciplina delle relazioni familiari. Invero, come si è detto, con la L. 20 maggio 2016, n. 76, entrata in vigore il 5 giugno 2016, ha inteso dettare la prima disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nonché riconoscere taluni diritti alle coppie di fatto, eterosessuali e omosessuali.

La struttura della novella si articola in due parti: la prima è dedicata alle unioni civili⁷⁴ tra persone dello stesso sesso, definite "formazioni sociali" ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost.⁷⁵, con effetti in larga parte simili a quelli del matrimonio. Mentre la seconda parte dell'impianto normativo è dedicata alle stabili convivenze di fatto, tra persone di diverso sesso o del medesimo sesso. In particolare, il legislatore prevede un quadro di tutele minime delle parti di unioni affettive non matrimoniali (etero o omosessuali), con riferimento soprattutto alla interazione con i terzi ed allo scioglimento del rapporto; offre, poi, ai conviventi la possibilità di ampliare, su base convenzionale, queste forme di tutela attraverso la stipula di un contratto di convivenza. La tecnica legislativa scelta non è quella di dettare una trama, sia pure essenziale, di diritti e doveri tra conviventi durante la vita del rapporto; ma quella di soffermarsi su temi particolari, quali i diritti derivanti dallo scioglimento dell'unione, basandosi sulla copiosa giurisprudenza in materia.

⁷⁴ Prima della L. n. 76/2016, in Italia non era prevista alcuna formalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso, il che allontanava sensibilmente il nostro ordinamento dalle più moderne legislazioni della maggior parte dei Paesi facenti parte dell'Unione Europea e aderenti alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, taluni dei quali riconoscono il matrimonio (secondo il modello condiviso da Inghilterra, Francia, Spagna, Olanda, Belgio) mentre altri le cd. *partnership* (Germania e Austria). Nel nostro Paese mancava, dunque, qualsivoglia forma di riconoscimento del valore e della dignità del vincolo affettivo tra persone dello stesso sesso e della solidarietà che ne consegue. Per un'ampia analisi, G. FERRANDO, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della Riforma*, in www.juscivile.it, 2016, p. 3.

⁷⁵ La dottrina rileva che “*dopo la condanna subita nel 2015 ad opera della Corte Europea dei diritti dell'uomo, l'ordinamento italiano riconosce e formalizza le unioni omoaffettive, con una disciplina in gran parte improntata all'estensione alle unioni civili dei principi in materia di matrimonio, con la sola eccezione per i rapporti con i figli.*” Vedi C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 4, p. 333.

In definitiva, con l'eliminazione del nuovo istituto della *stepchild adoption*, il legislatore ha dato vita a una "*disciplina leggera*"⁷⁶ che, salvaguardando la scelta di libertà compiuta dai conviventi, si limita alla positiva attribuzione di taluni diritti, in un quadro di tutele minime, offrendo poi la possibilità di ampliare, su base convenzionale, le forme di tutela attraverso la stipula di un contratto di convivenza.⁷⁷

2.7. La stepchild adoption tra lacune del sistema e progetti di riforma.

Dall'analisi svolta, emerge che la genitorialità deve fare i conti oggi con una pluralità di modelli familiari, espressivi di un ordine di relazioni che anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo considera meritevoli di tutela.

In tale ottica, il legislatore dovrebbe compiere una valutazione di insieme tenendo conto non solo del panorama nazionale, ma anche e soprattutto del panorama europeo, guardando costantemente alla tutela del preminente interesse del minore.

Come è già accaduto nei casi portati al vaglio dei giudici italiani, al ricorrere di determinate circostanze, interrompere i legami affettivi, già instaurati dal minore

⁷⁶ Soprattutto con riguardo alla convivenza di fatto, in dottrina si è parlato di una "*disciplina leggera*", che, salvaguardando la scelta di libertà compiuta dai conviventi, si indirizza verso la positiva attribuzione di taluni diritti, soprattutto nell'ambito dei rapporti esterni. Cfr. F. ROMEO - M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 5, p. 971.

⁷⁷ Cfr. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 159; BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992; R. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 671 ss.

con una persona o due persone, i quali non potrebbero ottenere un'adozione legittimante ma hanno con lui un legame affettivo significativo, comporterebbe un grave pregiudizio per il minore che ha già maturato un senso di appartenenze alla famiglia dell'istante, considerandola come sua.

Di conseguenza, è censurabile il comportamento tenuto dal nostro Legislatore che, sino a oggi, ha imposto alla magistratura il compito di risolvere i vuoti normativi facendo ricorso all'interpretazione, con risultati non sempre univoci su un piano interpretativo e nomofilattico.

Infatti, il problema se ampliare l'accesso all'adozione a soggetti diversi da quelli attualmente legittimati deve essere affrontato e risolto dal legislatore. Viceversa, in giurisprudenza, l'orientamento maggioritario afferma che lo strumento per consentire di effettuare l'adozione al componente della coppia omogenitoriale (anche omosessuale) è quello previsto all'art. 44, comma 1, lett. d), L. n. 184/1983. Secondo tale impostazione, il presupposto per accedere a tale istituto, che ha carattere eccezionale ed è di stretta interpretazione, è la "*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*" e in tale nozione vi rientrerebbe anche "*l'impossibilità giuridica*" dell'affidamento preadottivo, sempre ricorrente allorché una persona chieda di adottare il figlio del proprio compagno, atteso che il minore non si trova in situazione di abbandono, avendo comunque un genitore che provvede alle sue esigenze morali e materiali.⁷⁸

⁷⁸ Cfr. Trib. Minorenni Roma 30 dicembre 2015; App. Roma 23 dicembre 2015; Trib. Minorenni Roma 22 ottobre 2015; Trib. Minorenni Roma 30 luglio 2014, in *Famiglia e diritto*, 2015, 574, con nota di M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*.

Proprio in ragione della natura eccezionale dell'istituto, il legislatore ha posto limiti ben precisi per accedervi, con la precisazione che per procedersi all'adozione particolare è necessario verificare in concreto, oltre alla ricorrenza delle circostanze di cui all'art. 44, "*se l'adozione realizza il preminente interesse del minore*" (art. 57 L. adoz.).

Ne discende che l'art. 44, lett. d), L. adoz. costituisce una norma residuale e di chiusura, nonché di stretta interpretazione,⁷⁹ di conseguenza non può divenire una regola di generale applicazione, che consente al convivente, eterosessuale o omosessuale che sia, di diventare genitore, adottando il figlio del proprio *partner*, ponendo in essere la c.d. *stepchild adoption*. In tal modo, si darebbe luogo a una evidente forzatura ermeneutica, atta a trasformare l'istituto dell'adozione particolare, nella concreta applicazione, da criterio residuale a strumento generale, attraverso il quale giuridicizzare il rapporto di filiazione delle coppie omosessuali.

La dottrina, pertanto, ha ipotizzato una possibile soluzione⁸⁰ del complesso problema, che non gode di una disciplina positiva organica.

Orbene, in base alla menzionata legge sull'adozione, qualora il minore già affidato sia dichiarato adottabile, gli affidatari devono essere considerati in via

⁷⁹ Lo ha recentemente ribadito Cass. 27 settembre 2013, n. 22292.

⁸⁰ Cfr. A. M. PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 7, p. 719.

preferenziale ai fini dell'adozione.⁸¹ Il legislatore favorisce tali soggetti al fine di tutelare l'interesse del minore che ha instaurato un legame affettivo insorto per effetto dell'affidamento.

Ciò è vero sia alla luce dell'art. 8 CEDU, che sancisce il fondamentale diritto dell'individuo al rispetto della vita familiare, per tale intendendosi anche i legami "familiari" di fatto, nonché le relazioni affettive che sorgono in virtù di un provvedimento di affidamento familiare; sia alla stregua della recente riforma della filiazione.⁸²

In attuazione di tali principi, il nuovo comma 5 bis dell'art. 4 L. adoz., introdotto dall'art. 1, L. n. 173/2015, rifugge da qualsivoglia automatismo e stabilisce che, nel rispetto dei requisiti previsti dall'art. 6 L. adoz., il tribunale per i minorenni, nel decidere sull'adozione, *"tiene conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria"*, in modo da guardare sempre alle circostanze del caso concreto.

⁸¹ In ogni caso, anche tale illustre autore ritiene "un'evidente forzatura interpretativa" l'applicazione dell'art. 44, lett. d, L. adoz. per consentire alla parte di un'unione omosessuale di adottare il figlio del compagno (Audizione, cit.). Cfr., sul punto, la relazione della Sen. Filippin al d.d.l. S. 1209 di questa legislatura: *"L'aspetto qualificante che contraddistingue il disegno di legge nella sua formulazione iniziale risiede appunto nel favor per la considerazione positiva dei legami costruiti in ragione dell'affidamento, avendosi cura di specificare che questi hanno rilievo solo ove il rapporto instauratosi abbia di fatto determinato una relazione speciale, proprio sul piano affettivo, tra minore e famiglia affidataria"*. Il testo della relazione può leggersi in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/ddlcomm/813198/index.html>.

⁸² L'art. 315 bis c.c. sancisce il diritto del minore a crescere in famiglia e quello a mantenere relazioni significative con i parenti. Osserva M. VELLETTI, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, a cura di M. Bianca, Milano, 2014, XVIII, p. 151, che la riforma sulla filiazione attua *"il pieno riconoscimento del valore delle relazioni affettive dei minori a prescindere dai rapporti di parentela, in una prospettiva volta ad intendere l'intera comunità familiare come "luogo degli affetti" in cui si formano e si sviluppano le personalità individuali"*.

Tuttavia, il limite di fondo di tale disciplina consiste nella circostanza che l'affidamento familiare può essere disposto in favore di coppie coniugate e conviventi, anche omosessuali,⁸³ nonché di persone singole. Ebbene, poiché il valore da tutelare è rappresentato dalla conservazione del legame affettivo che si è instaurato nel tempo tra il minore e i componenti del nucleo familiare in cui è inserito, sarebbe irragionevole consentire la conversione dell'affidamento in adozione soltanto quando gli affidatari possiedano i requisiti indicati dall'art. 6 L. adoz., ossia siano coniugati da almeno tre anni, atteso che un significativo legame affettivo può, infatti, realizzarsi anche nelle altre ipotesi di affidamento.⁸⁴

Secondo la dottrina, la strada da seguire per colmare i vuoti di tutela dovrebbe partire dal presupposto che l'adozione deve salvaguardare il superiore interesse del minore a conservare i propri essenziali legami affettivi con i membri del nucleo familiare in cui si trova a vivere, evitando il sicuro pregiudizio che gli deriverebbe dalla loro ingiustificata rescissione.

Da ciò deriva che ove il tribunale per i minorenni valuti la positività dell'influenza sul minore di un determinato affidamento familiare, deve poter convertire tale affidamento in adozione piena pure se il soggetto affidatario sia una persona singola o una coppia stabilmente convivente, anche omosessuale. In tal modo non

⁸³ La giurisprudenza ammette che il minore possa essere affidato, ai sensi dell'art. 2 L. adoz., anche ad una coppia omosessuale. Cfr. Trib. Minorenni Palermo 9 dicembre 2013, in Foro it., 2014, I, 1132; Trib. Minorenni Bologna 31 ottobre 2013, in Foro it., 2014, I, 59.

⁸⁴ Siffatta discrasia bene era stata colta dall'on. Marzano e tradotta nella sua proposta di L. C. 3019, presentata nella presente legislatura, che attribuiva rilevanza all'affidamento familiare, ai fini dell'adozione, indipendentemente dalla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 6 L. adoz., ammettendo la possibilità della conversione in adozione piena pure nelle ipotesi in cui il minore fosse affidato a persone singole o a coppie conviventi, anche omosessuali.

si crea un ipotetico diritto dell'adottante ad avere figli, ma, al contrario, si realizza l'interesse del minore a mantenere le proprie relazioni di fondamentale significato esistenziale.

Ebbene, l'esistenza di una relazione affettiva fondamentale per il minore giustifica anche l'adozione particolare in favore del *partner* legato al genitore da un'unione civile o da una stabile convivenza, anche omosessuale. Il che non è illogico se si considera che tale soggetto, in virtù della convivenza, si trova già ad essere affidatario di fatto del minore e - conseguentemente - è giuridicamente obbligato ad averne cura e a provvedere alle sue esigenze morali e materiali.⁸⁵

In definitiva, l'adozione particolare dovrebbe intervenire nell'esclusivo interesse del minore, che, nella maggior parte dei casi, è quello di mantenere una relazione affettiva per lui essenziale con i membri del nucleo familiare di cui fa parte, già sviluppatasi e consolidatasi nel tempo.

In tal modo si rifugge da qualsivoglia automatismo, atteso che il giudice dovrebbe valutare, caso per caso e con la massima serietà, la sussistenza o meno di una siffatta relazione tra il minore ed il compagno del genitore, meritevole di essere preservata.

Anche la soluzione prospettata in dottrina fa leva sul lavoro interpretativo della giurisprudenza, attesa la permanenza del vuoto normativo in materia. Si auspica,

⁸⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Milano, 2014, pp. 255 ss., spec. nt. 262, secondo il quale *"l'obbligo nasce in conformità del principio generale secondo il quale chi tiene presso di sé una persona che non può provvedere a sé stessa, è tenuto a prendersene cura", che trova conferma "nella regola di diritto effettivo che pone a carico del personale medico l'obbligo di cura nei confronti del paziente per il fatto stesso del "contatto sociale" instauratosi tra le parti, ossia per il fatto stesso della presa in affidamento del paziente"*.

pertanto, a un imminente intervento in una prospettiva *de iure condendo*, traendo spunto dall'esperienza degli altri Paesi europei, di cui si tratterà nel capitolo successivo.

CAPITOLO TERZO

LA CONFIGURAZIONE DELL'ADOZIONE IN SPAGNA

SOMMARIO: 3.1. L'ordinamento europeo della famiglia -3.2. La disciplina originaria dell'adozione in Spagna. -3.3. Il quadro normativo attuale. -3.4. L'adozione da parte di coppie dello stesso sesso unite in matrimonio. -3.5. La parificazione dei diritti tra i *partners* e le coppie unite in matrimonio. -3.6. Analisi comparatistica della *stepchild adoption* in Italia e Spagna.

3.1. L'ordinamento europeo della famiglia.

La continua dialettica fra il paradigma tradizionale di famiglia e le nuove tipologie di relazioni affettive diffuse nel tessuto sociale ha sollecitato ad ampliare l'ambito della ricerca anche all'ordinamento comunitario, per verificare il grado di incidenza che questo può esercitare in materia di matrimonio, famiglia e unioni di fatto, che è un settore tradizionalmente riservato alle legislazioni nazionali.⁸⁶

⁸⁶ Così MARANO V., *Le unioni di fatto*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 89, il quale continua asserendo che “la prospettiva di indagine appare suggestiva, poiché, se è vero che il riferimento alla dimensione europea è divenuto ormai ricorrente nel lavoro dei giuristi, è pur vero che le ricerche in materia di diritto di famiglia attente all'orizzonte sopranazionale di regola privilegiano un approccio di tipo comparativistico, mentre risultano meno frequenti gli studi dedicati all'ordinamento comunitario in quanto tale”. (MARANO V., *Le unioni di fatto*, cit., pp. 89-90).

E' bene precisare che la disciplina della relazioni familiari non compete al diritto dell'Unione europea⁸⁷, sebbene sia ormai consolidata la tendenza, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a garantire protezione e rilevanza esterna alla convivenza, limitatamente alle finalità del diritto comunitario, ad esempio, come si è già anticipato, con riguardo alla libertà di circolazione all'interno dell'Unione, al diritto di ricongiungimento, di asilo, ecc. o in riferimento ai diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.⁸⁸

Nondimeno, la Corte europea riconosce ormai senza riserve che esistono relazioni familiari tra le coppie di conviventi non sposati e i loro figli, e che non devono essere fatte distinzioni tra persone sposate e non sposate, soprattutto con riguardo ai rapporti di parentela dei figli⁸⁹, sicché la convivenza tende a essere interpretata

⁸⁷ Nel caso CEDU, *Johnston c. Ireland*, 18 dicembre 1986, la Corte europea ha stabilito che la Convenzione non obbliga gli Stati membri a predisporre un regime giuridico analogo al matrimonio per le coppie stabili di persone conviventi di sesso diverso e, d'altra parte, anche la recente Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha preferito demandare alle leggi nazionali la disciplina del "diritto di costituire una famiglia" (art. 9). Sulle interferenze della normativa e della giurisprudenza comunitaria nel diritto di famiglia interno, v. soprattutto l'approfondita analisi di FERRANDO G., *Il contributo della CEDU all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 263 ss.

⁸⁸ In particolare è ormai consolidata la tendenza ad estendere la protezione della *privacy* familiare sancita dall'art. 8 della Convenzione alle convivenze fra eterosessuali (in materia di diritto alla riservatezza, v. RICCIO D., *Il trattamento dei dati personali*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2006, p. 1, e per un esame delle tematiche attinenti la protezione dei dati personali; si rimanda pure a RICCIO D., *Il trattamento dei dati personali da parte delle forze di polizia*, in *Funz. pubbl.*, 2004, 3, pp. 230-236, per le questioni afferenti i pericoli nel trattamento dei dati sensibili e giudiziari, ancora a RICCIO D., *Il sistema di informazione Schengen*, in *Funz. pubbl.*, 2005, 2, pp. 104-117, per uno sguardo comparativistico europeo sulle legislazioni degli altri Stati europei in materia, nonché, a RICCIO D., *Il documento programmatico sulla sicurezza in materia di protezione dei dati personali*, in *Funz. pubbl.*, 2004, 2, pp. 147-155, per una panoramica degli adempimenti previsti dalla normativa in tema di protezione e sicurezza dei dati oltre che del trattamento in genere, infine, RICCIO D., *Il diritto di accesso nei confronti dei gestori di pubblici servizi*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2004, 2, pp. 58-62, per quanto attiene la problematica dell'accesso ai dati personali.

⁸⁹ CEDU, *Marckx c. Belgium*, 13 giugno 1979, in *Foro it.*, 1979, IV, c. 342; *Id.*, *Johnston c. Ireland*, 18 dicembre 1986.

come fonte di *status*, almeno nel senso che trova riconoscimento e protezione all'esterno, nelle relazioni con gli altri consociati e di fronte agli Stati nazionali.

Ebbene, nonostante queste premesse, occorre considerare che non esiste una organica disciplina del diritto di famiglia, comune a tutti i paesi dell'Unione.

Tuttavia, esiste, *in nuce*, l'obiettivo di realizzare quantomeno uno spazio giudiziario unico europeo, in cui le decisioni adottate in uno Stato membro siano riconosciute ed attuate in tutti gli altri Stati membri.

Fra i tentativi posti in essere per realizzare tale obiettivo, vi è il reg. 29 maggio 2000, n. 1347 («*Bruxelles II*»), con il quale si è cercato di disciplinare, in ambito comunitario, la materia matrimoniale e di potestà genitoriale ritenuta, in precedenza, troppo legata alle singole realtà dei vari Stati per essere regolata a livello comunitario. Tuttavia, come evidenziato da autorevole dottrina,⁹⁰ il regolamento n. 1347 presenta sostanzialmente due limiti: anzitutto, il suo campo di applicazione è ridotto (in quanto non si applica alle unioni omosessuali e non concerne le questioni relative alla potestà dei genitori sorte in un momento successivo allo scioglimento del matrimonio) e, in secondo luogo, è sempre richiesta la procedura di *exequatur* affinché una decisione emessa in uno Stato membro possa essere attuata in un altro.

Tantomeno può parlarsi di interazione fra ciò che nel suo complesso si considera diritto dell'Unione europea e singoli diritti nazionali, se con ciò si fa riferimento

⁹⁰ Cfr. RICCIO D., *La famiglia di fatto*, Milano, 2007, p. 245.

agli interventi giurisprudenziali, in quanto essi non sono sufficienti a imporre un regime giuridico omogeneo nel campo della famiglia, né si può trarre una nozione di famiglia che possa ritenersi condivisa almeno a livello europeo.⁹¹

Con riferimento, dunque, ai principi comuni e recepiti negli ordinamenti giuridici dell'Unione, va ricordato, ad esempio, che l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce a questo proposito che *“Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”*. In tal modo, non si impone agli Stati dell'Unione il pluralismo in materia familiare; tuttavia, col rinvio alle legislazioni nazionali, si fa fondamentalmente riferimento al modello pluralista, legittimando, in quanto

⁹¹ Al fine di ovviare ai limiti del regolamento in materia matrimoniale la Francia ha presentato il 3 luglio 2000 un'iniziativa volta a facilitare, tramite l'abolizione dell'*exequatur*, l'esercizio dei diritti di visita transfrontaliera ai figli minori di coniugi separati o divorziati. In deroga al regolamento n. 1347/2000, l'iniziativa francese in vista dell'adozione del regolamento del Consiglio relativo all'esecuzione reciproca delle decisioni in materia di diritto di visita dei bambini ha cercato di fare un ulteriore passo avanti: in primo luogo, essa prevede che una decisione riguardante il diritto di visita dei bambini abbia automaticamente valore esecutivo negli altri Stati membri, senza la necessità di procedure intermedie (abolizione della procedura di *exequatur*), limitando la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecuzione di tali sentenze. In secondo luogo, l'iniziativa della Francia stabilisce che la restituzione immediata del figlio, alla fine del periodo di visita, non possa essere impugnata o ritardata dal genitore avente diritto di visita (garanzia del ritorno del figlio al termine del suo soggiorno all'estero). Inoltre, la proposta francese prevede la designazione, da parte di ogni Stato membro, di un organo centrale che garantisca l'esercizio effettivo del diritto di visita dei bambini. Sull'iniziativa francese ha emesso il proprio parere il Comitato economico e sociale in data 16 gennaio 2001, approvando la proposta di regolamento, in quanto ha ritenuto che essa *«sia diretta a facilitare l'esercizio del diritto di visita e alloggio, pur impedendo che il figlio diventi ostaggio di un conflitto tra i genitori residenti in Stati membri differenti»* (punto 3.2 delle osservazioni di carattere generale). Inoltre, il Comitato ha affermato che la proposta *«ha il merito di far progredire la cooperazione giudiziaria in materia di patria potestà e di diritto di famiglia, ed in particolare quello di aumentare la fiducia nelle istituzioni giudiziarie e nella legislazione di tutti gli Stati membri»* (punto 3.4). Quindi, il Comitato ha condiviso il fine della proposta di regolamento che, a suo parere, fa progredire il senso d'appartenenza alla Comunità di pari passo con l'armonizzazione della legislazione relativa al diritto di famiglia, sempre che il giudice tenga effettivamente conto del diritto dei figli di essere sentiti. Tuttavia, ha deplorato il fatto che *«il diritto di famiglia sia affrontato ancora in modo limitato, cosicché, per esempio, la famiglia di fatto ed i figli naturali non vedono riconosciuti ed attuati i propri diritti a livello comunitario»* (punto 4.3 delle osservazioni di carattere particolare). Pertanto, ha auspicato che anche questi temi vengano affrontati in ambito comunitario, in un'ottica di parità dei diritti e dei doveri di tutti i cittadini europei.

espressioni del valore della dignità umana, le varie forme di aggregazione umana, di comunione di vita, che i legislatori europei vanno via via disciplinando.

Alla luce di ciò, è chiaro che l'Unione Europea legittima come modelli di famiglia e di matrimonio nell'Unione tutte quelle forme riconosciute come tali dai singoli legislatori nazionali e, quindi, anche il matrimonio fra omosessuali, accanto alle unioni civili, previste sia per le coppie omosessuali che per quelle eterosessuali.

Quanto al riconoscimento di forme di famiglia non tradizionali, è utile verificare la disciplina prevista nei vari paesi dell'Unione.

A tal proposito, si può rilevare che l'Inghilterra è il paese, in cui si sono avuti i maggiori interventi del legislatore a tutela della famiglia di fatto, sia in tema di successione ereditaria, dove è previsto il diritto del *partner* a carico del defunto di ottenere una quota del patrimonio ereditario; sia in tema di successione nel rapporto locatizio del convivente superstite, se la convivenza è durata più di un anno; sia in tema di rapporti personali, laddove in caso di molestie prevede il diritto del *partner* molestato a ottenere l'allontanamento dalla casa familiare. In definitiva, esistono i contratti di convivenza, regolativi dei diritti ed obblighi, stipulati tra le parti, nell'ambito di un rapporto di fatto.

Nei paesi scandinavi vi è una regolamentazione precisa dei rapporti di fatto e il diritto dei conviventi di stipulare contratti scritti anche elusivi del contenuto delle leggi vigenti in materia.

Allo stesso modo, in Austria vi è un riconoscimento formale delle unioni libere, sebbene considerate di rango inferiore al matrimonio.

Quanto al Portogallo, invece, il codice civile attribuisce un diritto di credito alimentare nell'ipotesi di successione del *partner*, fino ad arrivare alla legislazione spagnola, che, come si analizzerà *infra*, consente ai conviventi di adottare un bambino.

In Francia, infine, nel 1999, è stata approvata la disciplina del patto civile di solidarietà (l. 15 novembre 1999, n. 1999-944), che in sostanza legalizza le unioni di fatto.

Tuttavia, ciò che colpisce è che in nessuno di tali ordinamenti si rinviene una compiuta disciplina del fenomeno,⁹² attesa la difficoltà dello Stato di stabilire dei parametri certi da cui far derivare diritti e doveri vicendevoli anche per i rapporti di convivenza (la durata dell'unione, la presenza o meno di figli, ecc.).

⁹² Lo dimostra anche l'incertezza nell'uso di espressioni univoche per indicare il fenomeno. È vero che, ad esempio, nel diritto francese il termine «*concubinage*» è forse stato usato di preferenza negli scritti più risalenti. Cfr. tra gli altri SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, 1937; JOSSERAND, *L'avènement du concubinage*, in *Dalloz hebdomadaire*, 1982, p. 45; più recentemente GUILLIEN ET VINCENT, *Concubinage*, in *Lexique des termes juridiques*, Paris, 1978). Oggi si usano maggiormente le espressioni «*union libre*», «*cohabitation sans mariage*», «*ménage de fait*», ma non si rinuncia talora al termine di *concubinage*, affermando che *union libre* indicherebbe piuttosto una relazione passeggera. Così RODIERE, *Le ménage de fait devant la loi française*, in AA. VV., *Travaux de l'Association Henry Capitant (31 maggio – 3 giugno 1957)*, XI, Paris, 1960, p. 55; GANANCIA ET CADOT, *Guide de l'union libre*, Paris, 1980; PULNAIS, *Réflexions sur l'état du droit positif en matière de concubinage*, in *Juris class. pér.*, 1973, I, c. 2574. Nei paesi anglosassoni si parla preferibilmente di «*non marital cohabitation*», «*cohabitation without marriage*», privilegiando i termini più neutri, di descrizione oggettiva del fenomeno. GLENDON, *State, law and family*, London, 1977, p. 78 ss.; BRUCH, *Non marital cohabitation in the Common Law Countries: A Study in Judicial-Legislative Interaction*, in *Am. J. Comp. L.*, 1981, p. 217. Una qualche evoluzione si nota piuttosto nel diritto tedesco: dal *Konkubinats* (che però anche qui non presentava la valenza negativa attribuita ad esso in Italia) ad espressioni particolarmente icastiche e significative, come *nichteheliche Lebensgemeinschaft* (che si potrebbe tradurre comunità di vita fuori del matrimonio), *Ehe ohne ring* (matrimonio senza anello), fino ad una espressione coniata appositamente: *eheähnliche Lebensgemeinschaft* (intraducibile alla lettera, ma che suonerebbe come comunità di vita assimilabile al matrimonio). Cfr. OHLENBURGER-BAUER, *Die eheähnliche Gemeinschaft*, Köln, 1977, passim; NEUHAUS, *Finis familiae?*, in *Zeitschr. ges. Familienrecht*, 1982, p. 1 ss.

Sempre in merito alla disciplina della famiglia di fatto, poi, non è infrequente, trovare normative che tendono a parificare al matrimonio il rapporto di convivenza basato sulla comunione spirituale e sessuale, rilevante sia sotto l'aspetto sociale, nonché sotto l'aspetto patrimoniale e quello dell'assistenza reciproca, stabilendo dei criteri oggettivi di verifica e di prova per il convivente che fosse interessato ad usufruire delle tutele previste dalla legge.

Volgendo lo sguardo agli ordinamenti non occidentali, si deve evidenziare che in alcuni paesi africani e dell'America del sud, le convivenze, superato un certo limite temporale, vengono equiparate *tout court* al matrimonio. In altri Stati, come nel caso del Giappone, accanto al matrimonio celebrato con rito religioso e trascritto nei registri civili, convive l'unione di coppia, non sottoposta all'*imprimatur* statale, sebbene la legge ne disciplini gli altri profili, come ad esempio quello successorio. In alcuni ordinamenti più arretrati, invece, come le legislazioni di origine araba, la convivenza non solo non sia per nulla regolamentata, ma venga ancora prevista come reato.⁹³

Al contrario dei paesi anglosassoni, nel diritto tedesco sono assai rari i riferimenti del legislatore alla famiglia di fatto. Uno dei pochi e senza dubbio il più noto è contenuto nella BSHG § 122 del 1976: in esso si equiparano i conviventi ai

⁹³ Si è già ricordato, sotto questo profilo, come l'art. 560 c.p. italiano puniva con la reclusione fino a due anni, il marito che conviveva con altra donna al di fuori del rapporto coniugale, e soltanto con sentenza della Corte costituzionale del 3 dicembre 1969, n. 147, tale norma è stata dichiarata illegittima.

coniugi e si cumula il patrimonio della coppia ai fini del “*Sozialhilfe*” (servizi sociali).⁹⁴

In particolare, il legislatore, al § 122 della BSHG (*Bundessozialhilfegesetz*) del 13 febbraio 1976 ha statuito che “*i soggetti che vivono in una situazione comunitaria analoga a quella di una famiglia legale, non possono, sia per quanto riguarda i presupposti che la misura dei sussidi di carattere sociale, ricevere un trattamento più favorevole rispetto alla famiglia legale*” cioè legittima.

Al di là delle poche ipotesi espressamente previste, la legge si esprime raramente sul fenomeno in questione e, sul punto, più sostanziosa è invece l’attività della giurisprudenza, che, ad esempio, ha sostenuto una radicale differenziazione tra famiglia legittima e di fatto, così non ammettendosi la revoca delle donazioni tra conviventi in caso di infedeltà; ovvero ha escluso l’arricchimento senza causa del familiare di fatto superstite che aveva accudito il defunto, sull’argomentazione che per il coniuge non sarebbe previsto alcun compenso.

Mentre la giurisprudenza tedesca ha lasciato il campo libero alla dottrina nel definire la nozione di convivenza *more uxorio*, la giurisprudenza svizzera ha coniato una definizione cui si attengono oggi i tribunali, che è quella di “*unione di*

⁹⁴ Nello specifico, la legislazione sociale tedesca prevede tipiche ipotesi di sussidi, per la concorrenza dei quali possono rilevare o meno eventuali rapporti familiari di fatto. Precisamente, si parla di *Arbeitslosegeld* (cassa integrazione), per il quale è del tutto irrilevante la situazione familiare. Analogamente avviene per quanto attiene all’*Arbeitslosehilfe* (sussidio di disoccupazione). Esso, infatti, si percepisce quando non si ha più diritto al precedente. L’ammontare del sussidio varia a seconda che si sia sposati o meno e che il coniuge legale lavori o percepisca altri sussidi. Ciò significa che se il lavoratore disoccupato convive *more uxorio* con una persona facoltosa o che a sua volta lavora e guadagna, percepisce egualmente il massimo del sussidio, senza alcuna riduzione. Allo stesso modo per il *Wohngeld* (sussidio per il pagamento del canone di locazione) si riscontra una perfetta irrilevanza della convivenza, rispetto alla condizione di matrimonio.

coppia eterosessuale caratterizzata dalla coabitazione e dalla comunione di vita.”

Si è individuato, dunque, un modello di riferimento certo, i cui elementi sono: unione, coabitazione, comunione di vita. In assenza di essi non si può parlare di convivenza *more uxorio*.

In disparte le problematiche definitorie, la legislazione svizzera ha assunto posizioni più avanzate in materia di risarcimento del danno per la uccisione del convivente, dove, ad esempio, l'art. 45 del codice civile riconosce tale diritto, anche sotto il profilo patrimoniale, a colui che è stato privato della persona del convivente, che ha contribuito in modo continuo al suo mantenimento e che avrebbe contribuito per il futuro ove non fosse sopraggiunta la morte. Ciò si deduce dal fatto che mancando ogni riferimento ad un qualsiasi rapporto di famiglia tra il sostentatore e colui che pretende il risarcimento del danno, tale risarcimento può essere concesso anche al convivente sopravvissuto.⁹⁵

Con riguardo, invece, alla fase patologica del rapporto, nell'ordinamento svizzero, analogamente a quello tedesco, all'interno della coppia di fatto è possibile e lecito stipulare patti che regolamentino le situazioni successive al suo scioglimento, con assunzione, per ciascuno dei contraenti, di obblighi contrattuali propri dell'atto o del negozio posto in essere.

L'ordinamento italiano, invece, si avvicina maggiormente all'orientamento giurisprudenziale austriaco, entrambi costruiti in assenza di disciplina legislativa,

⁹⁵ Cfr. FERRARI F., *La convivenza more uxorio nei paesi di lingua tedesca*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 437 ss.

atteso che sia in materia di convenzioni disciplinanti la convivenza, che in materia di successione nel contratto di locazione, e così pure in ipotesi di favoreggiamento del convivente, l'orientamento vigente in Austria è analogo a quello italiano.

Nondimeno, in Stati come la Svezia, il fenomeno in questione è talmente diffuso, che ha posto in crisi la stessa nozione giuridica di matrimonio civile e di famiglia legittima. Invero, stando alle rilevazioni statistiche, il numero delle coppie conviventi *more uxorio* è di gran lunga superiore a quello delle coppie coniugate, talché il legislatore svedese, dopo un iniziale atteggiamento di perplessità, è intervenuto estendendo in linea di principio alla *cohabitation without marriage* gli stessi effetti del matrimonio, spettando al singolo in piena autonomia decidere in quale tipo di comunità familiare desidera vivere.⁹⁶

Ebbene, il regime giuridico svedese della convivenza si applica alle coppie che vivono insieme in circostanze simili al matrimonio e, al momento della cessazione della convivenza, prevede che la casa e i beni destinati alla convivenza siano divisi in parti uguali. A tal riguardo, la legge contiene una clausola di *hardship*, per la quale, se risulta irragionevole, avuto riguardo alla durata della relazione, alla situazione finanziaria dei conviventi o a qualsiasi altra circostanza, che un convivente ceda la proprietà all'altro, la proprietà può essere divisa in modo disuguale. Invece, in caso di morte di un convivente, solo una metà dei beni comuni cade in successione cosicché il convivente superstite conserva il diritto di

⁹⁶ AGELL, *The Swedish Legislation on Cohabitation: A Journey without a Destination*, in Am. J. Comp. L., 1981, p. 285, il quale considera mistificante l'ambiguità della posizione agnostica di neutralità ideologica assunta dal legislatore svedese.

agire per la divisione della casa comune e dei beni acquistati per l'uso in comune. Quanto alla restante parte del patrimonio, egli ha diritto a riceverne una quota corrispondente a una somma determinata dalla legge. Sono ammessi patti in deroga, col rispetto di alcuni limiti non superabili, come quella che prevede la successione nel contratto di locazione in favore del convivente che ne ha maggiore bisogno.⁹⁷

In Ungheria, la legge prevede una serie di tutele come, ad esempio, che gli acquisti fatti nel corso della convivenza (eterosessuale e omosessuale, purché le coppie siano conviventi come marito e moglie) siano imputati ad entrambi i conviventi nella misura del contributo dato e, al contempo, il lavoro casalingo è espressamente considerato un'adeguata contribuzione all'acquisto della proprietà.

Quanto alla legge belga sulla convivenza, essa è in vigore dal 1° gennaio 2000, novella il codice inserendo nuove norme nel III libro (della proprietà), con l'intenzione palese di non attribuire alcuno *status* ai conviventi e di fornire loro una protezione minima, secondo un modello intermedio fra unione non regolata dal diritto e matrimonio. Tale normativa è preclusa a chi abbia contratto un precedente vincolo matrimoniale.

Essa, inoltre, si applica anche alle convivenze diverse dal modello del matrimonio (madre-figlio, fratelli, ecc.). I conviventi devono assumere una residenza comune, con garanzie analoghe a quelle previste per la residenza della coppia coniugata;

⁹⁷ Attualmente la legge è tuttavia sottoposta a revisione, in quanto la sua applicazione sembrerebbe aver mancato l'obiettivo di tutelare efficacemente il convivente debole in caso di scioglimento della relazione. Va pure segnalato, come conseguenza ovvia della penetrante disciplina normativa, il diffuso ricorso a pratiche elusive del regime legale.

una responsabilità solidale per le obbligazioni assunte da ciascun convivente, l'obbligo di contribuzione alle spese della convivenza, la presunzione della contitolarità dei beni acquistati nel corso della convivenza salva la prova della proprietà esclusiva di una parte. Per contro non prevede il sorgere di alcun diritto al mantenimento in séguito alla cessazione della convivenza, né di diritti successori.

La nazione che presenta aspetti di maggiore interesse è la Spagna.

La legge catalana in vigore dal 23 ottobre 1998 (l. n. 10/1998) prevede la responsabilità solidale per le spese domestiche e per alcuni debiti, regola l'uso della casa comune, e dispone particolari benefici sociali nel caso in cui uno dei conviventi lavori per il governo catalano. Il modello di regime patrimoniale utilizzato è sostanzialmente quello della separazione dei beni, che i conviventi possono modificare e specificare attraverso un accordo negoziale. Tuttavia la fissazione di un nucleo di disciplina inderogabile, se pur, nelle intenzioni, destinato a garantire una tutela minima al convivente più svantaggiato, di fatto sottrae all'autonomia privata un largo spazio.

In realtà, il fine della disciplina catalana è volto a correggere l'eventuale sproporzione fra i patrimoni dei due conviventi. Da ciò discende l'introduzione di due rimedi il cui contenuto costituisce diritto non derogabile dalla contraria volontà delle parti. In primo luogo, un rimedio è costituito dalla "*compensazione economica*" (art. 13): una forma di indennizzo che guarda a quella che è stata la sostanza "economica" della vita in comune, al fine di correggere eventuali

sproporzioni patrimoniali occasionate dal fatto che l'un convivente si è materialmente dedicato al rapporto comune prestando il proprio lavoro gratuitamente o dietro un corrispettivo simbolico e il *partner* si è ingiustificatamente arricchito in virtù delle prestazioni domestiche altrui. In secondo luogo, l'altro rimedio muove da una considerazione della convivenza come occasione di perdita di *chance* e assume dunque una prospettiva futura, disponendo un assegno periodico in favore del convivente che per essersi dedicato alla vita in comune abbia perso in tutto o in parte la propria capacità di produrre reddito.

La suddetta disciplina regola, altresì, le condizioni necessarie che una coppia deve possedere per poter accedere a tale gamma di tutele: mentre le coppie omosessuali devono rendere una dichiarazione pubblica registrata in atto notarile, ci sono tre vie alternative a disposizione delle coppie eterosessuali. Innanzitutto, possono ricorrere all'atto notarile, alla stessa stregua delle coppie omosessuali. In secondo luogo, la legge si applica automaticamente alle coppie che abbiano vissuto insieme per due anni o più (anche se uno dei conviventi era sposato con un terzo per parte di questo periodo, la convivenza nondimeno viene conteggiata ai fini della legge). Infine, la legge si applica automaticamente alle coppie che hanno un figlio e vivono insieme, senza che sia necessaria la previa convivenza per due anni.

Quanto alla legge in vigore in Aragona, essa più penetrante nei limiti che dispone nei confronti dell'autonoma regolamentazione dei rapporti fra i conviventi.

Per ciò che concerne, invece, la giurisprudenza del Tribunale Supremo spagnolo, essa non si discosta troppo dall'orientamento di quella italiana, nella misura in cui fa riferimento al principio dell'arricchimento senza causa per garantire una tutela indennitaria al convivente svantaggiato, oppure ricorre allo schema della società di fatto per definire lo statuto dei beni acquistati nel corso della convivenza.

Alla luce di tali premesse, preme evidenziare i cambiamenti avvenuti nel diritto di famiglia spagnolo dopo il riconoscimento legislativo del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Certamente la predetta riforma ha avuto una forte risonanza nell'ordinamento spagnolo, ma, al contempo, non possono trascurarsi le modifiche apportate al diritto di famiglia da parte della Costituzione del 1978, nonché l'apertura, molto prima della parificazione matrimoniale, ad altri tipi di famiglia diversi da quella c.d. "tradizionale", sottintesa matrimoniale ed eterosessuale.

In particolare, le previsioni normative hanno da sempre consentito di costituire legalmente famiglie monoparentali ed omoparentali, perché non si è mai operato alcun riferimento espresso all'orientamento sessuale del futuro genitore. Ciò si evince, da un lato, dalla legge n. 35/1988, del 22 novembre, in materia di riproduzione assistita, la quale ha previsto il libero ricorso alla fecondazione eterologa e ha permesso ad ogni donna maggiorenne, anche single, di sottoporsi a questi trattamenti, senza necessità di addurre alcun problema di infertilità o di

sterilità.⁹⁸ D'altro canto, l'adozione individuale è stata sempre consentita fin dall'approvazione del Codice civile con il regio decreto del 24 luglio 1889.⁹⁹

In quel tempo, tuttavia, le coppie di fatto dello stesso sesso non potevano né adottare di forma congiunta simultaneamente, né adottare i figli biologici o adottivi del *partner*; possibilità che, invece, venivano riconosciute ai *partners* eterosessuali a partire dal 1987, quando il legislatore li aveva equiparati ai coniugi. Un simile stato della disciplina creava un *vulnus* alla tutela dei minori cresciuti insieme, soprattutto in caso di separazione della coppia o di decesso del *partner* riconosciuto all'anagrafe come genitore.

In un simile contesto, l'approvazione di una disciplina organica a livello nazionale relativa alle coppie di fatto si era rivelata difficile,¹⁰⁰ a maggior ragione si rivelava arduo ipotizzare la possibilità di riconoscere l'adozione da parte di omosessuali e lesbiche.

⁹⁸ Identica posizione è espressa dalla legge n. 14/2006, del 26 maggio, sulle tecniche di riproduzione umana assistita, che è quella attualmente in vigore. Su questo argomento v. la parte dedicata alla Spagna nel precedente lavoro su *La fecondazione eterologa*, marzo 2014, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_fecondazione_eterologa_201406.pdf.

⁹⁹ Il Codice è tuttora in vigore (l'ultima riforma ad esso apportata risale al 6 ottobre 2015).

¹⁰⁰ Non è mai esistita una legge statale che riunisca in un unico *corpus* i diritti e doveri delle coppie di fatto sanciti dal legislatore. Alla luce di questa normativa frammentaria, la giurisprudenza ha svolto un ruolo chiave nel riconoscimento dei loro diritti. Le Comunità autonome, invece, hanno approvato leggi specifiche su queste unioni, sulla base di diversi titoli di competenza. V. la parte dedicata alla convivenza *more uxorio* in Spagna nel precedente lavoro su *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, marzo 2010, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Il_matrimonio_tra_persone_stesso_sesso_12012010.pdf.

Il terreno fertile per le prime sentenze di riconoscimento della *stepchild adoption* delle coppie di fatto dello stesso sesso si è venuto a creare nel 2000, quando talune Comunità autonome con competenza in materia di diritto civile proprio¹⁰¹ hanno sancito la totale equiparazione, nel loro territorio, tra coppie di fatto eterosessuali e coppie dello stesso sesso, offrendo a queste ultime anche le stesse possibilità di adottare.

E' poi con la legge n. 13/2005, del 1° luglio, che è stato introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso e si è permesso loro di adottare congiuntamente, di modo simultaneo o successivamente, al pari di una coppia di coniugi eterosessuali.¹⁰²

La disciplina spagnola, dunque, attuava, per la prima volta in Europa, la completa completa parificazione tra coppie eterosessuali e coppie *same sex*.

Tale parificazione, operata dal legislatore, è stata confermata nel 2012, dal Tribunale costituzionale che ha ritenuto che essa rientrasse nell'ambito di apprezzamento riconosciutogli dalla Costituzione: sono state così respinte le denunce di violazione dell'art. 32 Cost., che sancisce il diritto di contrarre matrimonio dell'uomo e della donna, e dell'art. 39 Cost., che sancisce il dovere dei pubblici poteri di tutelare la famiglia in generale ed i figli in particolare.

¹⁰¹ L'art. 149, comma 1, paragrafo 8, Cost. sancisce la competenza esclusiva dello Stato in tema di legislazione civile, senza pregiudizio del mantenimento, della modifica e dello sviluppo da parte delle Comunità autonome dei diritti civili, locali, tradizionali, o speciali, là dove esistano.

¹⁰² Le stesse possibilità si sono estese alle coppie di fatto dello stesso sesso e non si è operata alcuna distinzione tra adozione nazionale ed adozione internazionale.

La medesima apertura è stata accordata nei confronti di quelle norme che consentono l'adozione da parte di coppie omoparentali.

Ad oggi, l'adozione in Spagna è regolata dagli articoli 175-180 del Codice civile,¹⁰³ che la definiscono una “*istituzione, nella quale l'interesse del bambino è posto in primo piano rispetto a quello dell'adulto.*” Invero, il minore diventa a tutti gli effetti parte della famiglia adottiva e tra adottante ed adottato si creano gli stessi vincoli giuridici e di parentela che legano i genitori biologici ai propri figli naturali. La *ratio* dell'istituto, dunque, nella legislazione spagnola, come in quella italiana, è quella di dare una famiglia ai minori che ne sono privi e dichiara che possono essere adottati i minori nei casi in cui: i genitori siano stati privati da un giudice della potestà dei figli, oppure quando i genitori non riconoscono la prole e danno il consenso all'adozione.

La Costituzione Spagnola, infatti, esplicita i principi fondamentali della politica sociale ed economica, fra cui l'obbligo dello stato di assicurare protezione sociale, economica e giuridica alla famiglia affinché possa svolgere integralmente il suo ruolo nella collettività.¹⁰⁴

¹⁰³ Còdigo civil, Título VII, Capítulo V, Sección segunda, *De la adoption*.

¹⁰⁴ Il professor Jose Ocòn Domingo, docente presso l'Università di Granada, nella sua ricerca intitolata *Normativa internacional de protección de la infancia*, afferma: “*La Constitución Española, para otorgar eficacia a dicha protección y garantizar los derechos del niño, recoge que los tratados (podemos entender convenios internacionales) válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte de su ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*”

In particolare, la Spagna è sempre stata sensibile all'esigenza di dotare il minore di un'adeguata protezione giuridica, esigenza dimostrata dai diversi Trattati Internazionali ratificati dalla Spagna, che hanno influito sui principi della Costituzione spagnola, soprattutto in materia di minori e di famiglia.

Basti pensare, ad esempio, alla Convenzione sui Diritti dell'Infanzia approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989,¹⁰⁵ in Spagna entrò in vigore il 2 settembre 1990, all'interno della quale all'infanzia vennero riconosciuti diritti e assistenza propria, mentre la famiglia venne considerata come unità fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri, in particolare dei minorenni.

A ciò si aggiunga che il trattato venne integrato da due protocolli, il primo riguardante la vendita e la prostituzione infantile ed il secondo relativo alla partecipazione dei minori in conflitti armati.¹⁰⁶

Occorre rammentare anche la sussistenza delle istanze internazionali provenienti dalla Carta Europea dei diritti del 1992, la quale sottolineò l'importanza di considerare i bambini come una delle categorie più sensibili della popolazione con bisogni specifici che occorre soddisfare e proteggere e la Convenzione dell'Aja.

¹⁰⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución Ley 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

¹⁰⁶ Ciò segnò l'inizio di un processo di rinnovamento nell'ordinamento giuridico Spagnolo in materia di minori: *“es el primer instrumento internacional que reconoce a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos” La CDN es el tratado internacional con la más amplia ratificación de la historia. Los países que la han ratificado, 193, tienen que rendir cuentas sobre su cumplimiento al Comité de los Derechos del Niño. Se trata de un comité formado por 18 expertos en el campo de los derechos de la infancia, procedentes de países y ordenamientos jurídicos diferentes.* » Cfr. J. DELEGADO MARTIN, M. T. MARTIN NAJAERA, M. PALAY VALLESPINOSAS, *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007.

Ebbene, la Spagna firmò l'accordo il 27 marzo 1995 e lo ratificò nel luglio dello stesso anno. Il contenuto si ispirò ad alcuni dei fondamentali principi riconosciuti nella Convenzione dei diritti del Fanciullo, fra cui il benessere e la protezione dei minori.¹⁰⁷

3.2. La disciplina originaria dell'adozione in Spagna.

Con la fine della guerra civile in Spagna, nell'aprile del 1939, si verificò un forte aumento dei bambini orfani e bisognosi di cure. Tuttavia, le norme disciplinanti

¹⁰⁷ «El Convenio establece, en definitiva, un conjunto de garantías de ámbito internacional en materia de adopción de niños entre países, con el objetivo de disminuir el tráfico, los abusos y las irregularidades en la adopción de menores de origen extranjero. Con esta finalidad se establece una Autoridad central y una distribución de responsabilidades entre los Estados de origen y de recepción, que hayan ratificado el Convenio en el proceso seguido para las adopciones internacionales. En esta dirección, todo Estado contratante designará una Autoridad central encargada de vigilar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y la debida cooperación entre ellas, así como de impedir beneficios materiales indebidos a costa de la adopción. Son Autoridades centrales, cada una de las 17 Comunidades Autónomas en el ámbito de su territorio. En la Comunidad Autónoma de Andalucía, esta responsabilidad recae en la Dirección General de Infancia y Familia, dependiente de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía. Por su parte, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia, se erige en Autoridad central de comunicación con el resto de autoridades centrales». O. J. DOMING, *Pasado y presente de las instituciones de acogida para menores en España un análisis particular de la CC AA de Andalucía*, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2000, p. 45. L'Accordo in ambito internazionale e in materia di adozione internazionale, tra bambini provenienti da paesi diversi, stabilisce un insieme di garanzie, con l'obiettivo di diminuire il traffico, gli abusi e le irregolarità nell'adozione di minore di origine straniera. Si fissa un'Autorità centrale ed una ripartizione delle responsabilità tra gli Stati di origine e di accoglienza che abbiano ratificato l'Accordo. Secondo questa prospettiva, uno Stato contraente designa un'Autorità centrale incaricata di vigilare e controllare che gli obblighi imposti dalla Convenzione vengano rispettati, garantisce un'adeguata cooperazione fra essi e tenta di prevenire profitti materiali indebiti a spese dell'adozione. Sono Autorità centrali, ciascuna delle diciassette Comunità Autonome che operano nell'ambito del proprio territorio. In Andalusia, questa responsabilità spetta al Dipartimento di bambini e famiglie, sotto il Ministero degli Affari sociali del governo dell'Andalusia. Il Ministero del Lavoro e degli Affari Sociali invece, attraverso la Direzione Generale di Azione Sociale, Bambini e Famiglia, comunica e prende accordi con le altre autorità centrali.

l'adozione contenute, fino a quel momento nel codice civile spagnolo, risultarono arretrate e non efficaci rispetto alla situazione in essere.

Il vuoto normativo fu colmato con la legge del 17 ottobre 1941 (*“Adopcion de los acogidos en casas de expositos y otros establecimientos de beneficencia”*), che propose una modalità di adozione che mirava a velocizzarne le procedure, stabilendo che le decisioni principali riguardanti la procedura adottiva spettassero agli amministratori degli istituti, mentre il provvedimento definitivo competesse al giudice. Dal canto loro, i genitori naturali erano legittimati a contestare l'adozione e recuperare il figlio, dopo essere stato ascoltato se maggiore di quattordici anni e questo impediva a molte persone di optare per questa risorsa.

Nel 1958, intervenne la riforma con la quale si stabiliva che i genitori biologici, trascorsi tre anni dall'abbandono del figlio, non avrebbero potuto più esercitare su di lui nessun diritto. La questione del vincolo adottivo venne affrontata ancora una volta con la legge n. 4 del 4 luglio 1970, mediante l'integrazione del minore all'interno della famiglia adottiva e la sua separazione con quella naturale. Tale riforma equiparò quasi completamente i figli adottivi con i figli legittimi e abbassò l'età richiesta all'adottante.

Successivamente, con l'introduzione, nel 1978, dei nuovi principi costituzionali, si giunse alla promulgazione di due leggi: la legge n.11/1981 del 13 maggio, che abolì la distinzione tra filiazione legittima ed illegittima ed equiparò il padre e la madre nell'esercizio della patria potestà e la legge n.30/1981 del 7 luglio, che regolamentò il matrimonio ed il divorzio.

Giungendo, poi, agli anni ottanta, l'art. 175, comma 4, del Codice civile stabiliva che nessuno potesse essere adottato da più di una persona al di fuori dei casi di adozione da parte di entrambi i membri di una coppia unita in matrimonio. L'adozione congiunta da parte di *partners* di fatto è stata resa possibile con l'approvazione della legge n. 21/1987,¹⁰⁸ dell'11 novembre, recante modifiche a determinati articoli del Codice civile e della legge processuale civile in materia di adozione. La terza disposizione aggiuntiva stabiliva che *“ogni riferimento in questa legge alla capacità dei coniugi di adottare simultaneamente un minore saranno parimenti applicabili all'uomo ed alla donna integranti una coppia unita in modo permanente da una relazione di affettività analoga a quella coniugale”* .

Fra le righe di tale disposizione, possono individuarsi due ordini di limitazioni: da un lato, si concedeva la possibilità di adottare ai *partners* di fatto solo in caso di unioni eterosessuali; dall'altro, si riferiva solo alla possibilità di realizzare un'adozione congiunta, omettendo ogni riferimento alla possibilità di adottare al figlio del *partner*.

La laconicità del dato normativo veniva risolta in via giurisprudenziale, considerato che si attendeva a un'interpretazione favorevole alla piena assimilazione tra le coppie coniugate e le coppie di fatto, ivi compresa l'adozione

¹⁰⁸ La legge affermò che tutti gli interventi riguardanti i minori, compresi anche i procedimenti adottivi, dovessero operare considerando innanzitutto il supremo interesse del minore e stabilì che l'obiettivo prioritario dell'adozione dovesse essere quello di dare una famiglia ai bambini che ne fossero privi. Introdusse l'istituzione dell'affidamento familiare, come un nuovo strumento di protezione del minore e sostituì al concetto di abbandono (*abandono*) espressioni come condizione di abbandono (*desamparo*) o situazione di impotenza del minore. Tali trasformazioni comportarono una notevole accelerazione nelle procedure di salvaguardia e di protezione dei minori.

del figlio del *partner*, sia perché intendevano che fosse tale lo spirito della legge,¹⁰⁹ sia facendo valere i benefici che questa avrebbe avuto per l'adottando.¹¹⁰

Poiché la possibilità era preclusa alle coppie di fatto dello stesso sesso, era usuale che uno dei *partners* di fatto adottasse un minore a titolo individuale, in Spagna o all'estero, e che la coppia sottoscrivesse un documento privato dinanzi ad un notaio in cui specificavano i loro obblighi e diritti nei confronti del minore o dei minori, anche in caso di separazione o, altresì, che in una scrittura privata il genitore adottivo del minore nominasse il compagno o la compagna come tutore in caso di decesso o di incapacità, per evitare che il bambino fosse affidato ad altre persone.¹¹¹

Orbene, da un lato, il legislatore statale aveva limitato l'adozione alle coppie eterosessuali, dall'altro, alcune Comunità autonome, facendo leva sulla propria autonomia in materia di disciplina dello statuto giuridico delle coppie di fatto, riconoscevano la possibilità di adottare anche per i *partners* di fatto all'interno

¹⁰⁹ Si veda, per tutte, l'ordinanza della prima sezione dell'Udienza provinciale di Valladolid del 12 giugno 2000 (ric. n. 86/2000).

¹¹⁰ V., per tutte, l'ordinanza della diciottesima sezione dell'Udienza provinciale di Barcellona del 30 dicembre 2002 (ric. n. 427/2002). Il giudice ha sottolineato che l'adozione, nel momento culturale e giuridico attuale, non è più un istituto che protegga la famiglia intesa come cellula basilare di potere economico e giuridico, ma è un istituto di tutela del minore in conformità all'art. 39 Cost., che impone ai pubblici poteri il dovere di garantire la tutela integrale dei figli. Se "l'ingresso in famiglia" può avere luogo attraverso un meccanismo diverso dalla filiazione *per natura* ed avrà luogo solo quando questo cambiamento di stato civile favorisca il minore, l'analisi di questo requisito dovrà essere svolta dall'organo giudicante alla luce della comparazione e della ponderazione della situazione anteriore e posteriore e sotto la guida del senso comune (v. il FD secondo della decisione).

¹¹¹ Cfr., sul punto, P. PASSAGLIA (a cura di), *Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, in Relazione Servizio Studi della Corte Costituzionale, Area di diritto comparato, gennaio 2016, pp. 70 e ss.

delle coppie omosessuali, con riguardo non solo all'adozione congiunta, ma anche all'adozione del figlio o figli del *partner*. La disomogeneità e le lacune di tale disciplina hanno richiesto, in certi casi, l'intervento della giurisprudenza.

Un rilevante intervento normativo è stato quello posto in essere con la *legge foral della Navarra n. 6* del 3 luglio 2000, per l'uguaglianza giuridica delle coppie stabili.

Ebbene, le finalità perseguite da tale normativa sono state quelle di eliminare le discriminazioni all'interno della famiglia, nonché quelle di perfezionare l'attuazione normativa del principio costituzionale di tutela sociale, economica e giuridica della famiglia, adeguando la normativa alla realtà sociale.

L'art. 2, comma 1 della *legge foral* ha definito come coppia stabile l'unione libera e pubblica, in una relazione di affettività analoga a quella matrimoniale, a prescindere dall'orientamento sessuale dei componenti. In tal modo, il legislatore ha preso posizione nel senso di non voler operare delle distinzioni, in quanto ha riconosciuto la possibilità di adottare anche alle coppie di fatto dello stesso sesso. Invero, l'art. 8, comma 1, si è limitato a stabilire che i membri della coppia stabile possono adottare in forma congiunta a parità di diritti e doveri rispetto alle coppie unite in matrimonio.

La *legge foral*, similmente a quanto si è visto per la terza disposizione aggiuntiva della legge statale n. 21/1987, nulla ha disposto con riguardo alla possibilità di

adottare il figlio del convivente dello stesso sesso. Per tal motivo si è richiesto, successivamente, l'intervento della giurisprudenza.

In particolare, l'ordinanza del 22 gennaio 2004 del *Juzgado de primera instancia número tres* (Familia) di Pamplona¹¹² ha dichiarato che, “*se il legislatore navarro permette l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso, difficilmente può avere senso l'esclusione dell'adozione, da parte del partner del padre o della madre adottivo, del figlio di quello o di questa, o da parte della partner della madre biologica, del figlio di questa, in ipotesi di maternità o paternità individuale, visto che la legislazione comune lo permette a prescindere dall'identità sessuale e dalla convivenza con un partner dello stesso sesso*” (FD terzo).

Ebbene, nel caso suesposto, il giudice ha fatto leva sul fatto che il fattore determinante per decidere in ordine alla costituzione dell'adozione è l'interesse superiore del minore. Ciò si evince dal fatto che già per le unioni eterosessuali vi era stato il riconoscimento pretorio della *stepchild adoption*, senza contare che anche la Convenzione di Strasburgo del 1967 sull'adozione dei minori stabilisce come criteri per valutare l'interesse del minore la personalità, la salute e la situazione economica dell'adottante, la sua vita familiare e l'attitudine ad educare l'adottando; i motivi per cui intende adottare il minore, il rapporto tra adottante e adottando e la durata del periodo in cui è stata affidata all'adottante la cura del

¹¹² Il testo della decisione è reperibile alla pagina web http://www.iustel.com/diario_del_der_echo/noticia.asp?ref_iustel=1003392.

minore, nonché la personalità e salute dell'adottando, le sue origini ed altre circostanze culturali, se del caso.

Questa decisione ha segnato un punto nodale in Spagna, in quanto ha riconosciuto, per la prima volta, la potestà genitoriale condivisa a due madri, a seguito dell'adozione da parte di una donna del figlio della compagna.¹¹³

In tale ipotesi, il problema burocratico più spinoso era costituito dall'iscrizione al registro civile, atteso che i *libri registrales*, uniformi in tutto il territorio nazionale, contenevano la menzione al padre. Ciò ha richiesto l'interpello della *Comisión Nacional de los Registros y del Notariado*, la quale ha ritenuto che si trattasse di un "errore di concetto" che doveva essere rettificato d'ufficio dall'incaricato del registro mediante l'applicazione per analogia delle regole sui difetti formali .

Date le sue peculiarità, la *legge foral* n. 6/2000 non è stata accolta di buon grado dal Parlamento, atteso che è stata oggetto di un ricorso in via principale presentato da oltre cinquanta deputati del gruppo parlamentare popolare.

In primis, si denunciava il presunto contrasto fra il predetto art. 8, che permetteva l'adozione congiunta alle coppie di fatto dello stesso sesso, con l'obbligo di tutela dei figli di cui all'art. 39 Cost., poiché avrebbe anteposto all'interesse dei minori quello delle coppie omosessuali ad adottare.

¹¹³ Nel caso di specie, si trattava di una coppia di donne, unite da sette anni, con un progetto genitoriale comune. Entrambe si erano sottoposte a tecniche di procreazione medicalmente assistita e una di loro era la madre biologica di due gemelle.

La questione veniva risolta dal Tribunale costituzionale, che ha giudicato il ricorso con la STC 93/2013, del 23 aprile e ha respinto al doglianza in merito all'art. 8, sottolineando che, nell'adozione, è preponderante l'interesse del minore, interesse che deve essere preservato in ogni caso mediante lo scrutinio cui si sottopongono gli eventuali adottanti, a prescindere dal loro orientamento sessuale, al contrario, ciò che non è in alcun modo costituzionalmente ammissibile è presumere l'esistenza di un rischio di alterazione della personalità del minore per il semplice fatto dell'orientamento sessuale di uno o di entrambi i genitori (FJ 12).

La sentenza è certamente frutto di un compromesso fra la situazione cui è pervenuta e la sussistenza di due opinioni dissenzienti: la prima, del giudice costituzionale Manuel Aragón Reyes, cui ha aderito Ramon Rodríguez Arribas, era favorevole a dichiarare l'illegittimità *in toto* della *legge foral*, sotto altro profilo, cioè per difetto di competenza, non potendo le Comunità autonome disciplinare le coppie di fatto in modo analogo al matrimonio; la seconda, del giudice Juan Jose González Rivas, che si è espresso in senso contrario all'adozione di minori da parte di coppie di fatto dello stesso sesso, come aveva già fatto quando era stata giudicata la legittimità della legge sul matrimonio ugualitario.

Altro importante intervento legislativo è stato quello suggellato dalla legge dei Paesi Baschi n. 2/2003, del 7 maggio, regolatrice delle coppie di fatto.

La predetta novella ha cristallizzato un nuovo modello di famiglia, quale campo elettivo delle relazioni sociali e delle affettività,¹¹⁴ che ripudia le discriminazioni basate sulla condizione o sulle circostanze personali o sociali dei propri componenti.

Invero, l'art. 2 ha considerato coppia di fatto quella iscritta nell'apposito registro e risultante dall'unione libera di due persone maggiorenni o minori emancipate, che non siano parenti, e che siano legate da una relazione affettivo-sessuale, dello stesso sesso o di sesso diversi, non uniti ad un'altra persona in matrimonio o in via di fatto. Al contempo, l'art. 8 ha disposto, al comma 1, che i membri delle coppie formate da due persone dello stesso sesso possono adottare in forma congiunta, con uguali diritti e doveri rispetto alle coppie formate da due persone di sesso diverso e delle coppie unite in matrimonio; mentre il comma 2 prevede che la figlia o il figlio adottivo o biologico di uno dei membri della coppia ha il diritto di essere adottato dall'altro membro. In tal modo, la novella normativa ha espressamente disciplinato sia l'adozione congiunta che quella successiva.

La disposizione basca, tuttavia, non ha incontrato il *favor* dell'allora Presidente del Governo nazionale, José María Aznar, il quale ne ha sollevato una questione di legittimità costituzionale, sostenendone la contrarietà rispetto al parametro di cui

¹¹⁴ La medesima legge ha inteso perfezionare lo sviluppo normativo dei principi costituzionali di non discriminazione, il libero sviluppo della personalità e la tutela della famiglia, adeguando la normativa alla realtà sociale.

all'art. 39 Cost. L'ammissibilità del ricorso con la providencia del 7 agosto 2003, aveva comportato la sospensione dell'art. 8.¹¹⁵

Successivamente, il ricorso è stato dichiarato estinto con l'ATC 14 dicembre 2004, perché oggetto di rinuncia da parte del Governo Zapatero. Successivamente, con l'ordinanza del 21 febbraio 2005 del *Juzgado de Primera Instancia número dos de Gernika-Lumo*, e con l'ordinanza del 1° marzo 2005 del *Juzgado de Primera Instancia número 3 de Donostia-San Sebastián*, sono stati ammessi i primi casi di *stepchild adoption* in questa Comunità autonoma.

Quanto invece alla legge dell'Aragona, la legge n. 10 del 15 luglio 1998, sulle unioni stabili di coppia, inizialmente non contemplava l'adozione da parte di coppie di fatto dello stesso sesso. La situazione cambiò a seguito della riforma operata dalla legge delle Cortes dell'Aragona n. 2 del 23 maggio 2004, dove l'art. 10 stabilisce che “*le coppie stabili non sposate potranno adottare congiuntamente*”, intendendo per coppia stabile quella formata da due maggiorenni, a prescindere dell'orientamento sessuale, senza vincolo di parentela, né uniti affettivamente ad altre persone, che abbiano convissuto ininterrottamente per almeno due anni o abbiano manifestato l'intenzione di formalizzare la loro unione con scrittura pubblica.

¹¹⁵ Nel quadro del precitato giudizio concluso con la STC 93/2013, la legge *foral* della Navarra non era stata sospesa perché la sospensione delle leggi autonome opera solo quando è il Presidente del Governo a ricorrere (v. gli artt. 161, comma 2, Cost., e 30 della legge n. 2/1979, del 3 ottobre, sul Tribunale costituzionale).

Anche la predetta riforma era stata investita da un ricorso di incostituzionalità da parte dei deputati del partito popolare, il quale è stato poi dichiarato inammissibile per vizi processuali con l'ATC 459/2004, del 16 novembre. La decisione recava due opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali Roberto García-Calvo y Montiel e Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, che criticavano la decisione della maggioranza per l'eccessivo formalismo.

La situazione non era dissimile nel tessuto normativo della prima legge catalana regolatrice delle coppie di fatto, la quale non permetteva l'adozione da parte dei *partners* dello stesso sesso. Sul punto, è stata modificata dalla legge n. 3 dell'8 aprile 2005, di modifica della legge n. 9/1998, recante il Codice della famiglia, della legge n. 10/1998, sulle unioni stabili di coppia, e della legge n. 40/1991, recante il Codice sulle successioni, in materia di adozione e tutela, la quale ammette l'adozione congiunta e la *stepchild adoption*.

Sin dal preambolo, il legislatore ha posto come obiettivo principale l'interesse del minore, il quale deve essere valutato in concreto poiché dipende da ogni singola adozione e dalle concrete circostanze, per cui non deve essere fatto dipendere aprioristicamente dall'orientamento sessuale dei richiedenti. Nella situazione attuale, infatti, nessuno ha automaticamente il diritto di adottare, ma esistono persone o famiglie idonee all'adozione e questa legge riconosce il diritto delle persone omosessuali ad essere valutati come possibili genitori adottivi dal giudice che valuterà, caso per caso, se la richiesta giovi all'interesse superiore del minore.

Infine, è opportuno menzionare la legge cantabra del 2005, che, all'art. 11, ha ammesso l'adozione da parte di tutte le coppie iscritte nel registro di unioni di fatto, a prescindere dal loro orientamento sessuale (art. 4), con pari diritti ed obbligazioni rispetto a quelle unite in matrimonio, senza differenziare tra i casi di adozione congiunta simultanea o successiva.

3.3. Il quadro normativo attuale.

Nel panorama legislativo spagnolo, l'adozione è stata considerata come uno strumento di integrazione familiare a tutela del minore, soprattutto grazie alla legge n. 21 dell'11 novembre 1987, recante modifiche a determinati articoli del Codice civile e della legge processuale civile in materia di adozione, e la legge organica n. 1 del 15 gennaio 1996,¹¹⁶ di protezione giuridica del minore, di modifica parziale del Codice civile e della legge processuale civile.

L'articolo 24 di tale legge illustrava dettagliatamente le principali fasi del processo adottivo e definiva i requisiti necessari richiesti agli adottanti. L'art. 25 invece, esponeva i compiti specifici richiesti alle autorità competenti, fra cui: la raccolta e l'inoltro delle domande, la spedizione dei certificati di idoneità, l'accredito, il controllo e l'ispezione degli enti che ricoprono funzioni di mediazione nel relativo

¹¹⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ambito territoriale. Un Ente di mediazione viene autorizzato se svolge la sua attività senza fini di lucro, se è iscritto in un registro apposito e se ha come finalità la protezione dei minori. La legge specificava che l'adozione estingue tutti i vincoli giuridici tra l'adottato e la sua famiglia naturale e dipende da una decisione del giudice che considera prima di tutto l'interesse dell'adottato. Un'eccezione alla regola esiste quando l'adottato sia figlio del coniuge, anche se defunto, o quando l'adottato sia riconosciuto legalmente da un solo genitore, sempre che ci sia il consenso dell'adottando, se maggiore di dodici anni. L'entrata in vigore del provvedimento ha provocato in Spagna un cambiamento radicale nel concepimento dell'istituzione giuridica dell'adozione, che da quel momento veniva intesa come un elemento di piena integrazione familiare in cui l'interesse del bambino adottato ebbe la priorità assoluta.

Infatti, il faro che deve illuminare gli operatori giuridici nel settore deve sempre essere il rispetto del principio dell'interesse superiore del minore, che viene assicurato attraverso il necessario intervento dei pubblici poteri nelle varie fasi dell'adozione, oltre all'importanza da attribuire alla dichiarazione di idoneità dei richiedenti.

Dal 1987 non si distingue più, come in passato, tra adozione piena ed adozione meno piena o tra adozione piena ed adozione semplice:¹¹⁷ esiste un solo tipo di adozione, riservato di regola ai minori, che integra pienamente l'adottato nella

¹¹⁷ In tal senso, v., rispettivamente, le riforme approvate con le leggi del 24 aprile 1958 e del 4 luglio 1970.

famiglia dell'adottante o degli adottanti. Inoltre, si equiparano in toto la filiazione per adozione e la filiazione c.d. *por naturaleza* (biologica).¹¹⁸

Attualmente, l'adozione nazionale è disciplinata dagli artt. 175-180 del Codice civile, disciplina che è stata novellata con la legge organica n. 8 del 22 luglio 2015, e con la legge n. 26 del 28 luglio 2015, entrambe di modifica del sistema di tutela dell'infanzia e dell'adolescenza.

I servizi di tutela dei minori delle Comunità autonome svolgono un ruolo di rilievo, atteso che le persone che desiderano adottare dichiarano la loro disponibilità presso tali servizi, corredando la richiesta con la documentazione che attesta la loro situazione individuale o di coppia. Tali servizi sociali, infatti, svolgono un esame psicosociale e, se del caso, li dichiarano idonei all'adozione.¹¹⁹

Successivamente, possono proporre loro l'abbinamento di un minore e presentare la proposta di adozione al giudice.

¹¹⁸ L'art. 108 del Codice civile così dispone: *“la filiazione può avere luogo per natura o per adozione. La filiazione per natura può essere matrimoniale e non matrimoniale. [...] La filiazione matrimoniale e quella non matrimoniale, nonché quella adottiva, hanno gli stessi effetti, conformemente a quanto disposto da questo Codice”*. La piena equiparazione di figli biologici ed adottivi ha comportato, ad es., la dichiarazione di illegittimità dell'art. 41, comma 2, del *texto refundido* della legge relativa ai pensionati statali (*Ley de Clases Pasivas del Estado*), approvato con il regio decreto legislativo n. 670/1987, del 30 aprile, e, più di recente – con la STC 9/2010, del 27 aprile – dell'esclusione da un'eredità di due nipoti adottive.

¹¹⁹ Il parametro dell'idoneità è stato introdotto nell'art. 176 del Codice civile con la riforma del 1996. La riforma del 2015 ha precisato che per “idoneità” si intende la capacità, l'attitudine e la motivazione adeguata per esercitare la responsabilità parentale, attendendo alle necessità degli adottandi, e per accettare le peculiarità, le conseguenze e le responsabilità che comporta l'adozione. La dichiarazione di idoneità redatta dai servizi sociali richiede la previa valutazione psicosociale della situazione personale e familiare, della rete sociale degli adottanti, nonché della loro capacità di stabilire vincoli stabili e sicuri, delle loro capacità educative e della loro attitudine a prendersi cura di un minore in funzione delle sue specifiche circostanze. Infine, non possono essere dichiarati idonei coloro che siano stati privati della potestà genitoriale e che siano stati sospesi dal suo esercizio, né chi abbia figli affidati ai servizi sociali.

In base a quanto disposto dall'art. 176, comma 2, del Codice civile, invece, quando si tratta dell'adozione successiva del figlio del coniuge o del *partner* di fatto, non è necessaria la proposta degli enti pubblici né occorre essere stati dichiarati idonei.

Ciò che preme evidenziare è che il legislatore non pone alcun vincolo circa l'orientamento sessuale in materia di adozione individuale e l'adozione congiunta.¹²⁰ Sono, invece, stati fissati alcuni limiti in materia di età: l'adottante deve avere compiuto i venticinque anni di età e la differenza di età fra l'adottante e l'adottato deve essere di almeno sedici anni e non deve superare i quarantacinque anni. In base all'art. 175 del Codice civile, non è invece riconosciuta la capacità di adottare per le persone che non possono diventare tutori, il che comporta che i richiedenti devono godere dei diritti civili e non essere stati interdetti.

Come novità introdotta dalla riforma del 2015, si esige che i richiedenti frequentino gli incontri informativi e di preparazione organizzati dagli enti pubblici o dagli enti autorizzati, affinché la loro decisione sia quanto più consapevole in relazione alle peculiarità dell'istituto di cui all'art. 176 del Codice civile.

¹²⁰ Nel caso in cui l'adottando si trovi in situazione di accoglimento permanente o di affido preadottivo da parte di due coniugi o di una coppia unita da una relazione di affettività analoga a quella coniugale, la loro separazione, divorzio o rottura prima della proposta di adozione non impedisce che possa promuoversi l'adozione congiunta, purché sia provata la convivenza effettiva dell'adottando con entrambi i coniugi o con la coppia di fatto per almeno due anni (art. 175, comma 5).

In base all'art. 176 del Codice civile, l'adozione è riservata ai minori non emancipati. Nello specifico, con l'unica eccezione dei casi in cui saranno adottati dal coniuge o dal *partner* di fatto del genitore, i minori diventano adottabili una volta dichiarato il loro *estado de desamparo*.¹²¹ Tale stato si realizza in casi molto gravi, ad es. se i genitori sono stati privati giudiziariamente della potestà o se la filiazione risulta ignota per abbandono. Quanto ai maggiorenni o ai minori emancipati, eccezionalmente si permette lo loro adozione, purché, subito prima dell'emancipazione, fossero stati affidati o avessero convissuto in forma stabile con i futuri adottanti per almeno un anno. Al contrario, non possono essere adottati i discendenti, i parenti di secondo grado in linea collaterale né il pupillo dal tutore, finché non sia stato definitivamente approvato il resoconto della tutela.

Sempre in base all'art. 176 del Codice civile, l'adozione è un atto di giurisdizione volontaria e si costituisce con un'ordinanza del giudice, che deve tener conto innanzitutto dell'interesse dell'adottato e dell'idoneità dei richiedenti all'esercizio della potestà genitoriale.

L'adozione richiede che sia espresso dinanzi al giudice il consenso dell'adottante o adottanti e dell'adottando, se maggiore di dodici anni. È previsto anche che debbano assentire il coniuge o il *partner* dell'adottante (quando l'adozione avviene per uno solo dei coniugi) ed i genitori dell'adottando non emancipato, a meno che non siano stati privati della potestà o che sia stata aperta nei loro

¹²¹ Secondo l'art. 172, comma 1, del Codice civile, la situazione di *desamparo* è quella che si produce di fatto a causa dell'inadempimento o dell'impossibile o inadeguato esercizio dei doveri di tutela stabiliti dalla legge nei confronti dei minori, quando questi siano privati della necessaria assistenza morale o materiale.

confronti un procedimento per questo motivo. Alla stregua della procedura prevista dall'art. 177 del Codice civile, devono essere uditi dal giudice i genitori, quando il loro assenso non fosse necessario, il tutore o la famiglia affidataria, nonché l'adottando minore di dodici anni.

Allo stesso modo di quanto accade nell'ordinamento italiano, alla luce dell'art. 178, l'adozione estingue tutti i vincoli giuridici tra l'adottato e la sua famiglia biologica. Eccezionalmente, sussistono i vincoli corrispondenti a quelli della famiglia del genitore: quando l'adottato sia figlio del coniuge o del *partner* o quando solo uno dei genitori sia stato legalmente determinato (se richiesto dall'adottante, dall'adottato maggiore di dodici anni e dal genitore il cui vincolo debba persistere).

Altra novità introdotta dalla riforma del 2015, si sono creati altri possibili canali di comunicazione tra il minore, la famiglia adottiva e quella biologica. Sempre guardando all'interesse del minore lo consigli, in ragione della sua situazione familiare, della sua età o di qualsivoglia circostanza significativa (ad es., quando si separano fratelli biologici), il giudice, su proposta dei servizi sociali o del pubblico ministero, può accordare che si mantenga una qualche forma di relazione o contatto, attraverso visite o comunicazioni.¹²² Sempre nell'interesse preminente del minore, i contatti stabiliti potranno essere modificati o essere interrotti.

¹²² Debbono acconsentire la famiglia adottiva ed il minore, se ultradodicesime o se, comunque, sufficientemente maturo. La dichiarazione di idoneità dei futuri genitori adottivi deve esplicitare se sono aperti a questa possibilità.

Seguendo la regola generale l'adozione è irrevocabile, tuttavia è prevista l'estinzione nell'ipotesi in cui i genitori biologici non fossero intervenuti nel procedimento senza colpa, purché lo richiedano entro due anni dalla costituzione dell'adozione e ciò non pregiudichi gravemente il minore. Inoltre, alla luce dell'art. 180 del Codice civile, se ha raggiunto la maggiore età, l'adottato deve acconsentire all'estinzione.

Tra le novità introdotte dalla riforma 2015, può citarsi l'obbligo da parte degli enti pubblici di conservare l'informazione riguardo agli origini del minore (identità dei genitori e storia clinica della famiglia) per almeno cinquanta anni. Gli interessati potranno accedere a questa informazione direttamente, una volta raggiunta la maggiore età o attraverso i loro rappresentanti legali, se minorenni.

Anche in Spagna, la decisione costitutiva dell'adozione è iscritta nel registro civile al margine dell'iscrizione di nascita del minore adottato, ma è sottoposta ad un regime di pubblicità ristretta (art. 44, comma 6, della legge n. 20/2011, del 21 luglio, sul registro civile).

Quanto all'istituto dell'adozione internazionale, esso è disciplinato dalla legge n. 54 del 28 dicembre 2007.¹²³ In base all'art. 1 co. 2, con tale nozione, si suole riferirsi a quel procedimento in base al quale un minore, considerato adottabile dall'autorità straniera competente e con residenza abituale all'estero, è o sarà portato in Spagna da genitori adottivi con residenza abituale in Spagna, dopo

¹²³ Anche questa disciplina è stata novellata dalla legge organica n. 8/2015, del 22 luglio, e dalla legge n. 26/2015, del 28 luglio. È stato introdotto, ad es., il dovere dei futuri adottanti di frequentare gli incontri formativi prima di ottenere la dichiarazione di idoneità. Sono state parimenti introdotte norme riguardanti il diritto a conoscere le proprie origini.

l'adozione nello Stato di origine o con la finalità di costituire tale adozione in Spagna.

Anche in questo caso, è ritenuto prevalente il principio dell'interesse superiore dei minori, e una volta data la disponibilità all'adozione, segue una fase di formazione e di maturazione da parte del richiedente o dei richiedenti, la cui idoneità dovrà essere dichiarata in base agli stessi criteri che orientano l'adozione nazionale e la dichiarazione di idoneità avrà una validità di tre anni.

In tal caso, tuttavia, oltre alla legislazione spagnola bisognerà rispettare le norme del paese di origine del minore, che possono stabilire requisiti aggiuntivi, ad esempio, riguardo alla capacità dei richiedenti oppure non riconoscere questa capacità alle persone *singles* o alle coppie di un determinato orientamento sessuale.

Quanto alle fasi successive,¹²⁴ esse prevedono l'intervento degli enti pubblici, degli enti autorizzati spagnoli (*Organismos Acreditados para la Adopción Internacional*) e delle autorità straniere, dopodiché si costituisce l'adozione all'estero, e l'adottante o gli adottanti dovranno rivolgersi al consolato spagnolo per richiedere l'iscrizione dell'adozione nel registro civile consolare e l'incaricato del registro studierà la pratica poiché sarà responsabile dell'iscrizione dell'adozione con produzione di effetti in Spagna, ovvero il visto per ricongiungimento familiare per tornare in Spagna con il minore e il console dovrà

¹²⁴ Sulle differenti fasi di questo percorso, v. la presentazione preparata dal Ministero della salute, dei servizi sociale e di eguaglianza, reperibile alla pagina web <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/procedAdopcion/etapasTramitacion.htm>.

comprovare la sussistenza dei requisiti richiesti prima di dare il visto. Al fine del riconoscimento dell'adozione, una volta rientrati in Spagna, si dovrà chiedere l'iscrizione al registro civile nel comune di residenza abituale.

Quanto al riconoscimento dell'adozione dichiarata all'estero, il capitolo III della legge n. 54/2007 è dedicato agli effetti in Spagna dell'adozione costituita dalle autorità straniere. L'art. 25 riconosce l'applicazione prioritaria di quanto stabilito dalle norme internazionali in vigore in Spagna e, in particolare, dalla Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione fatta a L'Aja il 29 maggio 1993, ratificata dalla Spagna il 30 giugno 1995.

Laddove non vi siano norme internazionali applicabili, l'art. 26 (cui rinvia l'art. 9, comma 5, del Codice civile) fissa alcune regole.

Nello specifico, la normativa prevede che:

1. l'adozione deve essere stata costituita dall'autorità straniera competente (amministrativa o giudiziaria, a seconda dei paesi).
2. I documenti devono essere legalizzati o muniti di postilla e tradotti in lingua spagnola (a meno che non siano esentati da queste formalità in virtù di altre norme in vigore).
3. L'adozione non deve essere contraria all'ordine pubblico. Si ritiene che violino l'ordine pubblico spagnolo i processi adottivi in cui non è stato rispettato l'interesse superiore del minore, in particolare quando si è fatto a meno dei consensi e dei pareri necessari, o quando i consensi ottenuti non

erano informati e liberi o sono stati ottenuti mediante pagamento o compensazione.

4. L'adozione costituita dall'autorità straniera deve produrre effetti giuridici che, sul piano sostanziale, corrispondano negli aspetti fondamentali all'adozione nazionale spagnola, a prescindere del *nomen* dato all'istituto nel diritto straniero.¹²⁵ Il dato da controllare in via prioritaria dalle autorità spagnole è che l'adozione abbia prodotto l'estinzione dei vincoli giuridici sostanziali tra l'adottato e la famiglia biologica e che tale estinzione sia irrevocabile (in caso contrario, sarà necessario formalizzare la rinuncia formale alla revoca prima dell'arrivo del minore in Spagna).

Quanto alle caratteristiche dei soggetti che si interfacciano, si precisa che se l'adottante è spagnolo e residente in Spagna, gli enti pubblici dovranno averlo dichiarato idoneo all'adozione, a meno che ciò non fosse richiesto in caso di adozione nazionale (come nel caso di adozione del coniuge o del *partner*); viceversa, se è l'adottato spagnolo, è necessario il consenso dell'ente pubblico competente del luogo dell'ultima residenza in Spagna.

La competenza circa il controllo della validità dell'adozione costituita all'estero spetta all'incaricato del registro civile (art. 27). In particolare, se essa è costituita in un paese firmatario della Convenzione dell'Aja, l'incaricato del registro

¹²⁵ Ad esempio, un'adozione semplice o non piena non può essere iscritta come adozione nel registro civile spagnolo, ma può essere convertita attraverso un procedimento di giurisdizione volontaria nel rispetto dei requisiti sanciti dall'art. 30. Non potrà essere riconosciuta se produce effetti manifestamente contrari all'ordine pubblico internazionale spagnolo. A tale effetto, si valuterà l'interesse superiore del minore (art. 31).

controllerà la presentazione della certificazione di conformità di cui all'art. 23 della Convenzione e verificherà che non si sia incorso in una causa di mancato riconoscimento di cui all'art. 24 della Convenzione. Viceversa, negli altri casi, dovrà verificare se l'adozione adempie le condizioni di riconoscimento previste dall'anzidetto art. 26 e dall'art. 5, comma 1, paragrafi e ed f, secondo cui spetta agli enti pubblici: i) ricevere l'assegnazione del minore ed il *dossier* relativo alla sua storia ed alla dichiarazione di adottabilità, con informazione sui consensi ottenuti in conformità alla legislazione del paese di origine; ii) dare conformità rispetto all'adeguatezza delle caratteristiche del minore assegnato rispetto allo studio psicosociale che accompagna la dichiarazione di idoneità dei richiedenti.

Sempre in tema di adozione internazionale, l'adozione omoparentale dichiarata all'estero ha sollevato alcuni dubbi.

In realtà, prima dell'approvazione del matrimonio paritario e della legge n. 54/2007 sull'adozione internazionale, l'orientamento sessuale dell'adottante o degli adottanti non è mai stato motivo di negazione dell'iscrizione di un'adozione costituita all'estero, sull'assunto che essa fosse da considerarsi contraria all'ordine pubblico spagnolo.

Anzi, l'ordinamento prevedeva l'adozione da parte dei *singles*, senza alcuna limitazione, per non incorrere nel divieto di discriminazione di cui all'art. 14 Cost. Inoltre, il progresso scientifico stava portando con sé il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, con la conseguente costituzione di famiglie in cui il genitore poteva essere una donna lesbica, il che avrebbe poi condotto il

legislatore a riconoscere l'iscrizione della filiazione *natural* (biologica) in favore di due donne unite in matrimonio.¹²⁶ E, soprattutto, come si è detto, dal 2000 era permessa l'adozione congiunta e la *stepchild adoption* in alcune Comunità autonome. A questa apertura si sono aggiunti, nel 2005, il matrimonio paritario e la completa estensione della disciplina alle unioni di fatto, un riconoscimento che non trovava precedenti in altri paesi, per cui non ci sono state adozioni all'estero che abbiano posto una siffatta problematica.

Nonostante la grande apertura dell'ordinamento spagnolo, tuttavia, allo stato attuale, nell'ambito delle famiglie omoparentali, pone notevoli problemi soltanto il riconoscimento della filiazione derivata da maternità surrogata, esplicitamente vietata dall'art. 26 della legge sulla procreazione medicalmente assistita e per questo ritenuta contraria all'ordine pubblico spagnolo.

3.4. L'adozione da parte di coppie dello stesso sesso unite in matrimonio.

Al pari di quanto accadeva nell'ordinamento italiano, fino al 2005, l'adozione congiunta era riservata ai soli coniugi e l'accesso all'istituto matrimoniale era

¹²⁶ Quando la donna sottoposta alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia sposata, e non separata legalmente o di fatto, con un'altra donna, la legge permette che quest'ultima possa chiedere all'incaricato del Registro civile del domicilio coniugale che risulti che il figlio della coniuge è legato anche nei suoi confronti dal rapporto di filiazione (art. 7, comma 3, della legge n. 14/2006, come novellato dalla legge n. 3/2007, del 15 marzo). La sezione civile del Tribunale supremo, con sentenza del 15 gennaio 2014 (ric. n. 758/2012), ha permesso che fosse iscritta la filiazione nel caso della *ex* compagna di una donna che era ricorsa a queste tecniche per concepire. La decisione recava l'opinione dissenziente di tre giudici.

precluso alle coppie dello stesso sesso. La legge n. 13 del 1° luglio 2005, di modifica del Codice civile in materia di diritto a contrarre matrimonio, ha segnato un momento di svolta epocale, in quanto ha introdotto un secondo comma all'art. 44 del Codice, secondo cui *“il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di sesso differente”*. Si è consentito, in questo modo, ai coniugi dello stesso sesso oltre alla possibilità di contrarre matrimonio, anche quella di adottare congiuntamente oppure di adottare il figlio del coniuge (biologico od adottato), senza neppure operare alcuna distinzione tra i casi di adozione nazionale e quella di adozione internazionale.

Sul piano sociale e giuridico, se il riconoscimento del matrimonio ugualitario era stato fortemente contestato a livello giuridico, politico e sociale, stessa sorte, se non peggiore, era toccata all'adozione congiunta. Prima dell'approvazione della legge del 2005, il Consiglio di Stato aveva propugnato una disciplina *ad hoc* per

l'adozione in questi casi,¹²⁷ ed il Consiglio generale del Potere giudiziario si era manifestato contrario a questa possibilità.¹²⁸

Dopo la sua approvazione, la legge è stata osteggiata dai parlamentari del partito popolare, che avevano presentato un ricorso in via principale, contestando, oltre al matrimonio ugualitario, l'adozione congiunta da parte di coniugi dello stesso sesso. Ciò in quanto tale istituto era ritenuto in contrasto con l'obbligo di protezione integrale dei figli di cui all'art. 39, comma 2, Cost., giacché anteponeva la legittimazione delle relazioni omosessuali o la loro omologazione a quelle eterosessuali all'interesse del minore ed all'idoneità degli adottanti.

Al contrario, il *plenum* del Tribunale costituzionale, con la STC 198/2012, del 6 novembre, ha confermato la legittimità della legge n. 13/2005, asserendo che la legittimità costituzionale del matrimonio ugualitario ha condizionato il suo giudizio sull'adozione.

¹²⁷ Nel parere del 16 dicembre 2004 sulla bozza del progetto di legge destinato a divenire la legge n. 13/2005, il Consiglio di Stato sosteneva che, trattandosi di una questione molto complessa e molto dibattuta a livello interno ed internazionale, si richiedeva un'analisi ed un trattamento specifico, modulando se del caso la disciplina del Codice civile e delle altre leggi, partendo da una realtà diversa. Questo diverso trattamento non avrebbe dovuto comportare la restrizione dell'adozione, ma una particolare attenzione alle circostanze, onde evitare incoerenze come nel caso dell'art. 178, comma 2, paragrafo 2, del Codice civile e della terza disposizione aggiuntiva della legge n. 21/1987. Insisteva sul fatto che per arrivare all'adozione da parte delle coppie dello stesso sesso non era necessaria una modificazione dell'istituto matrimoniale come quella che era stata progettata, ma una disciplina specifica e ben ponderata della questione, di modo che non apparisse come un effetto collaterale di un cambiamento legislativo che non la affrontava direttamente.

¹²⁸ Nel parere del 18 gennaio 2004, il Consiglio generale del Potere giudiziario sconsigliava la riforma, in sintesi, perché: il corretto sviluppo del figlio richiede la presenza di un padre e di una madre; non esiste la necessità sociale di cercare nuove forme di adozione; le coppie dello stesso sesso (atipiche) sono inidonee a fornire al bambino adottato un ambiente di umanizzazione e socializzazione adeguato, data l'instabilità che caratterizza da un punto di vista sociologico le coppie omosessuali; si posterga in questi casi l'interesse del minore rispetto alla esigenza di una minoranza di vedere omologate le sue tendenze sessuali.

In particolare, nel FJ 12 ha concordato con l'avvocato dello Stato quando, nel suo scritto di contestazione nei confronti del ricorso, assumeva che l'interesse del minore adottato da una coppia dello stesso sesso unita in matrimonio doveva essere preservato conformemente a quanto disposto dall'art. 39, comma 2, Cost. E questo interesse si tutela in ogni caso concreto in funzione dello scrutinio cui si sottopongono gli eventuali adottanti a prescindere dal loro orientamento sessuale, per cui il dovere di protezione integrale dei figli derivante dall'art. 39, comma 2, Cost. non è interessato dal fatto che si permetta o si vieti alle persone omosessuali di adottare, sia in forma individuale, che congiuntamente con il coniuge.

Per fornire maggiori argomentazioni alla propria tesi, il *plenum* ha richiamato la sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Frette c. Francia, del 26 febbraio 2002 (riferito all'esclusione della possibilità di adottare di una persona single omosessuale in ragione dell'orientamento sessuale), nella quale si è riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento (come già avvenuto riguardo al riconoscimento del matrimonio omosessuale), ma si è al contempo avvertito che l'adozione consiste nel dare una famiglia ad un bambino, e non un bambino ad una famiglia e che lo Stato deve assicurarsi che le persone scelte come adottanti siano quelle che possano offrirgli, da tutti i punti di vista, le condizioni di accoglienza più favorevoli (§ 42). Partendo da tale presupposto, non vi è alcuna regola che rigidamente consenta di affermare che quelle condizioni non possano essere integrate da una coppia omosessuale.

Al contrario, alla base della scelta legislativa vi è stato l'obbligo di tutela della famiglia in generale (art. 39, comma 1, Cost.) e di tutela dei figli in particolare (art. 39, comma 2, Cost.), sancito come principio cardine della politica sociale ed economica. L'ordinamento, che non riconosce un diritto fondamentale ad adottare, prevede meccanismi sufficienti, nella normativa sull'adozione nazionale ed internazionale, per garantire la preservazione dell'interesse superiore del minore, come richiesto nella Convenzione dei diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dalla Spagna, e come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale (STC 124/2002, del 20 maggio, FJ 4).

Viceversa, si sarebbe integrata una violazione dell'art. 39, comma 2, Cost. se, come conseguenza della riforma, la legge non avesse garantito la preservazione dell'interesse del minore nel procedimento di adozione, cosa che non è accaduta. Il Codice civile stabilisce che la decisione giudiziaria che costituisca l'adozione terrà sempre conto dell'interesse dell'adottando e dell'idoneità dell'adottante o degli adottanti per l'esercizio della potestà genitoriale e questa idoneità non è collegata al loro orientamento sessuale (art. 176 del Codice civile).

Inoltre, come era già stato dichiarato nella STC 24/2002, il giudice che conosce del processo di adozione ha la facoltà di respingerla quando sia contraria all'interesse del minore, per qualsivoglia motivo e dopo che tale interesse sia stato correttamente valutato, mediante il procedimento pertinente. Ebbene, il Tribunale costituzionale si è rifatto di nuovo a quanto dichiarato allora nel FJ 7, ribadendo che non è in alcun modo ammissibile la presunzione dell'esistenza di un rischio di

alterazione effettiva della personalità del minore per il semplice fatto dell'orientamento sessuale di uno od altro dei genitori.

La decisione non è stata accolta con favore dai giudici costituzionali Ramón Rodríguez Arribas e Juan José González Rivas, che nelle rispettive opinioni dissenzienti hanno criticato, sotto un profilo, l'apoditticità della motivazione su un tema tanto sensibile, che avrebbe creato molto scalpore fra l'opinione pubblica e, altresì, sotto il profilo del merito della decisione, ritenendo la previsione legislativa incostituzionale: a loro avviso, infatti, l'adozione congiunta da parte di coniugi omosessuali si poneva in contrasto con la configurazione costituzionale della filiazione, ledendo l'interesse superiore del minore.

3.5. La parificazione dei diritti tra i partners e le coppie unite in matrimonio.

I coniugi, a prescindere dal loro orientamento sessuale, possono ricorrere all'adozione congiunta e successiva, grazie alla legge statale n. 13/2005.

Al momento dell'entrata in vigore della legge, era ancora in vigore la terza disposizione aggiuntiva della legge n. 21/1987, dell'11 novembre, che estendeva ai *partners* di fatto, in una unione eterosessuale, l'adozione congiunta, con l'avvento della nuova disciplina ha permesso l'adozione congiunta anche da parte dei *partners* di fatto dello stesso sesso a livello nazionale.

Come si è anticipato, la legge 13/2005 del 1 luglio, al primo ed unico comma presente nel codice civile: “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”. (L’uomo e la donna hanno diritto di contrarre il matrimonio in conformità alla disposizioni di questo codice), ne affianca un secondo: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*” (Il matrimonio avrà gli stessi requisiti e gli stessi effetti quando entrambi i coniugi siano dello stesso sesso).

La riforma segna un radicale cambiamento sul concetto di matrimonio. Prima del 2005, esso era fondato sull’idea di complementarietà dei sessi e consisteva essenzialmente in una relazione giuridica caratterizzata sostanzialmente dall’eterosessualità, quale elemento essenziale del paradigma del coniugio, trasformandosi, dopo il 2005, in una relazione per la quale il sesso dei contraenti è del tutto indifferente.¹²⁹

Questo cambiamento ha dato la stura al riconoscimento legale delle unioni omosessuali, permettendo a persone dello stesso sesso di sposarsi ed adottare dei figli. Anche sul piano linguistico, le espressioni “coniugi” e “consorti” hanno nell’ordinamento giuridico spagnolo il significato di persona sposata con un’altra, indipendentemente che esse siano dello stesso o di diverso sesso. Le Amministrazioni Pubbliche spagnole devono facilitare l’informazione e sapere

¹²⁹ La legge ha inoltre apportato piccole modifiche linguistiche in sedici articoli del codice civile: sostituendo alle parole “Marido” (Marito) e “Mujer” (Moglie) il termine “Conyuges”(Coniugi) e alle parole “Padre” (Padre) “Madre” (Madre) il termine “Progenitores” (Genitori). Cfr. J. DELEGADO MARTIN, M. T. MARTIN NAJAERA M. PALAY VALLESPINOSAS, *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007.

quali sono i paesi in cui è possibile l'adozione da parte di persone omosessuali e sostenerli e garantirgli questa possibilità.

La volontà esplicita del legislatore è stata appunto quella di eliminare definitivamente ogni differenza, con la motivazione che la più piccola differenza giuridica tra quei due tipi di legame sarebbe stato un atto di ingiusta discriminazione. Perciò il governo spagnolo è stato molto abile sia nel presentare la riforma come ispirata dall'imperativo etico della non discriminazione, sia nel qualificare quanti non la condividiamo come crudeli oppressori di un gruppo di cittadini innocenti. La legislazione spagnola, a differenza di quella italiana, permette anche ai soggetti *single* e a coppie formate da individui dello stesso sesso di accedere al processo adottivo.

Anche nell'ordinamento spagnolo, dunque, con riguardo all'adozione del figlio del *partner*, si è constatato in precedenza che la dottrina maggioritaria riteneva superabile l'omissione per via interpretativa, pur auspicando una menzione esplicita *de lege ferenda*. A ciò ha sopperito la recente legge n. 26/2015, del 28 luglio, di modifica del sistema di tutela dell'infanzia e dell'adolescenza, che ha novellato l'art. 175, comma 4, del Codice civile, prevedendo l'adozione congiunta e successiva da parte di entrambi i coniugi o i *partners* di una coppia unita da una relazione affettiva analoga a quella coniugale.

3.6. Analisi comparatistica della stepchild adoption in Italia e Spagna.

Dall'analisi sin qui svolta, emerge che in Spagna, come in Italia, la stella polare della disciplina dell'adozione è sempre costituita dal preminente interesse del minore e dalla sua tutela.

Tuttavia, mentre la Spagna deve annoverarsi fra i Paesi europei che hanno recepito appieno tale principio, con la compiuta previsione di una disciplina delle unioni civili e dell'adozione del figlio del *partner*, tanto per le coppie eterosessuali, quanto per quelle omosessuali, l'Italia, nonostante i continui sforzi, non riesce ancora a porsi sulla stessa lunghezza d'onda.

Come si è già ampiamente evidenziato, il testo finale, che aveva unificato le numerose proposte, presentato al Senato e comunicato alla Presidenza il 6 ottobre 2015 (n. 2081), prevedeva all'art. 5 una modifica della legge sulle adozioni e, in particolare, dell'art. 44, comma 1, lett. b), L. 4 maggio 1983, n. 184,¹³⁰ nel senso che dopo le parole "*dal coniuge*" si inseriva "*o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*" e dopo le parole "*e dell'altro coniuge*" erano aggiunte le seguenti: "*o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*".

Tuttavia, questo articolo, ha suscitato innumerevoli contrasti e prese di posizioni non solo giuridiche, ma anche politiche, al punto da essere soppresso a seguito dell'emendamento n. 1.1000, dopo un lungo e contrastato dibattito, nella seduta del 25 febbraio 2016 del Senato (n. 582), il che ha comportato, secondo coloro

¹³⁰ Cfr. sul punto CIRAULO, *Dell'adozioni in casi particolari*, in *Comm. del codice civile* diretto da Gabrielli, IV, leggi collegate, Torino, 2010, pp. 249 ss.; ORSINGHER, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. Cendon, Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, IV, Milano, 2006, pp. 489 ss.; IVONE, *L'adozione in generale*, in *Tratt. Stazione*, Torino, 2006, pp. 361 ss.; A. E M. FINOCCHIARO, *Adozione e affidamento dei minori*, Milano, 2001, pp. 135 ss.; ROSSI CARLEO, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. Rescigno*, II ed., Torino, 1997, 4, pp. 462 ss.

che hanno proposto e votato la soppressione dell'art. 5 del progetto 2081 l'esclusione della possibilità di chiedere l'adozione del figlio biologico del *partner*, la c.d. *stepchild adoption*, prevista nella stesura iniziale della proposta.

Il legislatore ha ovviato a tale lacuna prevedendo, nel nuovo testo approvato, al comma 20 dell'art. 1, la seguente norma: "*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*", tra le quali vi sono le altre ipotesi previste dall'art. 44 (oltre il richiamo all'art. 44 lett. b, respinto con l'emendamento del 6 ottobre 2015), nonché i principi generali come quello ricordato in Parlamento dall'art. 57, n. 2 della legge sulle adozioni, secondo cui il giudice deve verificare "se l'adozione realizza il preminente interesse del minore" (*the best interest of the child*).¹³¹

Sotto un profilo comparato, oltre a quanto analizzato con riguardo alla Spagna, si può rilevare che coppie dello stesso sesso possono accedere all'adozione di minori in Francia (2013), Regno Unito (2002), Belgio (2006), Paesi Bassi (2001), Austria (2015), Islanda (2010), Danimarca (2005) ed anche in Lussemburgo, Svezia e Norvegia. Altri Paesi, diversi da quelli appena menzionati, pur non consentendo l'adozione di minori da parte di coppie dello stesso sesso, riconoscono a chi è in coppia con una annoverare Germania, Finlandia e Groenlandia.

Attualmente, dunque, i capisaldi del sistema dell'adozione italiano sono il "*preminente interesse del minore*" ed il possibile ricorso ad altre disposizioni sull'adozione, perché la legge in esame precisa che "*resta fermo quanto previsto e*

¹³¹ V. sul punto DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1990, p. 319. In senso critico LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, pp. 86 ss.

consentito in materia di adozione dalle norme vigenti". Questo indirizzo normativo merita di essere confrontato con il diritto vivente giurisprudenziale, dove si rinvencono quelle pronunce, come le note decisioni del Trib. min. Roma e della Corte d'appello di Torino,¹³² tutte favorevoli all'adozione del bambino da parte dell'altro convivente, nonostante fossero a conoscenza delle polemiche e della successiva eliminazione dal testo del richiamo alla *stepchild adoption*.

L'interesse delle richiamate sentenze è dato dal fatto che i collegi sia di Roma che di Torino abbandonano consapevolmente il ricorso alla *stepchild adoption* e cioè il richiamo al caso previsto dall'art. 44, lett. b), L. n. 184 del 4 maggio 1983, così come modificato dall'art. 25, L. 28 marzo 2001, n. 149, e alla proposta poi soppressa di parificare l'adozione del figlio di un coniuge a quella del *partner* omosessuale, tuttavia sempre riportandosi al preminente interesse del minore¹³³ da parte del giudice (art. 57, n. 2, L. n. 184/1983) e alla ricerca tra "*quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*", individuano nella norma prevista per l'adozione di "*casi particolari*", (art. 44, lett. d), la regola che consente di sopperire al *vulnus* normativo e permette l'adozione del figlio del *partner* nell'unione civile. Essa, tuttavia, conferisce all'adottando minori garanzie rispetto al riconoscimento di una genitorialità piena o legittimante, perché in questo caso i minori non acquistano la parentela con le famiglie degli o delle

¹³² V. Trib. min. Roma 30 dicembre 2015, nota di SCALERA, *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vivente e prospettive di riforma*, pubblicata anche su www.altalex.com. Le due sentenze di App. Torino del 27 maggio 2016, redatte dallo stesso collegio sono apparse su tutti i giornali ed anche su www.quotidianogiuridico.it, 8 giugno 2016, *Il caso.it* e *Diritto e giustizia on line*.

¹³³ V. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 12, pp. 717 ss.; Id., *La famiglia nella società contemporanea*, in *Vita not.*, 2015, p. 95.

adottanti e non saranno fratelli o sorelle tra di loro e non avranno diritti successori nei confronti dell'adottante.

A queste, ormai celebri decisioni, bisogna aggiungere la presa di posizione della giurisprudenza di legittimità, subito dopo l'entrata in vigore della nuova legge, con la sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962. Nel caso *de quo*, la Suprema Corte ha respinto il ricorso del P.G., avverso la sentenza della Corte d'appello di Roma depositata il 23 dicembre 2015 che aveva accolto la domanda di adozione di una minore proposta dalla *partner* della madre, con lei convivente in modo stabile.

In sostanza, la Corte ha avuto interesse a confermare la decisione di merito riconoscendo la possibilità di adozione all'interno della coppia *same sex*. La Corte di cassazione ha assunto che una donna può adottare, nelle forme previste dalla legge per le adozioni in casi particolari, confermate espressamente dalla L. n. 76/2016, la figlia della propria più giovane compagna, nata a seguito di fecondazione assistita con seme di un donatore autonomo, nel contesto di un progetto genitoriale condiviso che non determina un conflitto di interessi tra i componenti la coppia e il minore adottando, come accertato in concreto da parte del giudice. Ciò è confermato dal fatto che tale tipologia di adozione non richiede un preesistente stato di abbandono del minore, ma può essere ammessa solo se realizza effettivamente - attraverso una rigorosa indagine svolta dal giudice - il preminente interesse del minore diretto a tutelare le proprie relazione affettive.¹³⁴

¹³⁴ Cfr. sul tema della tutela delle relazioni affettive del minore, CIRAOLO, *Dell'adozione in casi particolari*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da Gabrielli, *Della famiglia, Leggi collegate*, cit., 258 ss.

Tale pronuncia conferma che lo stato di abbandono del minore non è uno stato di abbandono di mero fatto, ma uno stato di abbandono giuridico perché attraverso l'adozione si riconoscono rapporti di genitorialità più completi e più utili per il minore che vive in nuove forme familiari diverse da quelle preesistenti.

La sentenza precisa che non occorre la nomina di un curatore speciale alla minore, e conferma l'operatività dell'art.44, lett. d), L. n. 184/1983 che prevede l'adozione in casi particolari, in presenza della contestata impossibilità dell'affidamento preadottivo, in ordine al *best interest* del minore, riconoscendo il diritto del minore ad una "*continuità affettiva*", in base ai principi affermati dalla Corte europea, riconosciuto esplicitamente anche dalla recente L. 19 ottobre 2015, n. 173 che ha modificato gli artt. 4, 5, 25 e 44 della legge sulle adozioni n. 184/1983 in favore degli affidatari che hanno un effettivo rapporto con il minore.

Come rileva una parte della dottrina,¹³⁵ l'art. 44 l. d) costituisce una norma di chiusura in cui l'obiettivo dell'adozione è comunque raggiunto, anche se non nel modello dell'adozione piena.

Occorre aggiungere che l'interesse del minore è alla base delle sentenze favorevoli all'adozione sia di merito che della richiamata Cass. n. 12962 del 22 giugno 2016, anche se dà luogo solo ad un'adozione semplice e non legittimante, ma che tuttavia realizza l'interesse del minore di vivere in un positivo e conosciuto contesto familiare.

¹³⁵ FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, pp. 319 ss.; LONGO, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 117. In senso contrario SESTA, *Manuale del diritto di famiglia*, VI ed., Milano, 2015, p. 427; TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione piena avvenuta all'estero, del figlio del partner di una coppia omosessuale*, in questa *Famiglia e diritto*, 2016, p. 275.

In tale contesto normativo, si assiste ad una situazione in cui la Spagna ha scelto una soluzione di tipo positivo, con la regolamentazione del fenomeno della *stepchild adoption* in modo puntuale ed espresso, al contrario dell'Italia che, non riuscendo a giungere a un compromesso fra le varie posizioni sul punto, affida la soluzione del problema al lavoro degli interpreti del caso concreto.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il presente elaborato si è posto l'obiettivo di analizzare, con occhio critico e in una prospettiva comparatistica, la vicenda nazionale dell'istituto della *stepchild adoption*, in rapporto con la disciplina di cui essa gode nell'ordinamento spagnolo.

Come si è affrontato nel corso della trattazione, nel testo definitivo della legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, la legge 20 maggio 2016, n. 76, volta a disciplinare i diritti e i doveri tra le parti che costituiscono l'unione, non è presente una norma sulla filiazione. Invero, da un lato, la *lictera legis* richiama il testo costituzionale, definendo l'unione civile come “*specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione*” (cfr. art. 1, 1° comma, L. cit.),

dall'altro, alla stregua della previsione legislativa, il rapporto si esaurisce tra le parti e non contempla la presenza di figli.

In particolare, l'art. 1 comma 20 sancisce che tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e ai coniugi, siano esse contenute in leggi, in atti aventi forza di legge, in regolamenti, in atti amministrativi o contratti collettivi, trovano applicazione all'unione civile. Detta regola consta, però, di alcune eccezioni, ossia le norme del codice civile non espressamente richiamate dalla legge, tra cui sono comprese quelle riguardanti la filiazione, nonché le norme sull'adozione previste dalla L. 4 maggio 1983, n. 184, le quali, invece, non si applicano. E infatti, la prescrizione normativa si limita a mantenere "*fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*", utilizzando un'espressione che dà luogo a molteplici perplessità e che mette tutto nelle mani dei giudici, come è effettivamente avvenuto nei menzionati casi di richiesta di adozione del figlio del (o della) *partner* nella coppia omosessuale.

Nel progetto di legge,¹³⁶ invece, era stata inserita, all'art. 5, la cosiddetta *stepchild adoption*, estendendo espressamente anche alla parte dell'unione civile quella possibilità di adottare il figlio minore dell'altra parte, che, ai sensi della legge sull'adozione, è prevista per il coniuge ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett. b), legge 4 maggio 1983, n. 184. Il presente elaborato ha messo in luce come la *stepchild adoption* sia stata oggetto di un vivace dibattito nell'opinione pubblica e di forti contrasti e dissensi a livello parlamentare, in

¹³⁶ V., in particolare, disegno di L. n. 2081 presentato al Senato d'iniziativa dei senatori Cirinnà ed altri, comunicato alla Presidenza il 6 ottobre 2015.

modo trasversale, per superare i quali e al fine di consentire l'approvazione della legge si giunti al compromesso politico di eliminare la previsione di questa forma di adozione dal testo normativo.

Si è evidenziato che, in sede di riforma legislativa dell'adozione, la prospettiva di partenza era il diritto degli omosessuali alla genitorialità e da qui è scaturita la netta contrapposizione ideologica concernente la filiazione nella coppia dello stesso sesso. La dottrina più avveduta, invece, propende per un mutamento di prospettiva, atteso che l'analisi dovrebbe prendere le mosse principalmente dai diritti dei figli e dalla constatazione dei nuovi e vari modelli familiari dell'odierna società.

Orbene, basterebbe prendere le mosse dalla legge di riforma della filiazione (legge 10 dicembre 2012, n. 219), che proclama l'unificazione dello stato giuridico e lo “statuto” dei diritti del figlio, di ciascun figlio, a prescindere dal vincolo che unisce i genitori e dal modello di famiglia in cui il minore sia inserito¹³⁷ (artt. 315 e 315 *bis* c. c.). Tra i citati diritti ne emergono, in particolare, di nuovi, come il diritto all'assistenza morale, ovvero il diritto dei figli ad essere amati, e il diritto, strettamente collegato al primo, a crescere in famiglia e ad avere rapporti significativi con i parenti¹³⁸ (art. 315 *bis*, commi 1° e 2°, c. c.).

¹³⁷ Per un'approfondita analisi del principio di unicità dello stato di figlio e, in particolare, sullo "sganciamento" dello *status filiationis* dallo *status familiae*, v. MIR. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in La riforma della filiazione, a cura di C.M. BIANCA, Padova, 2015, pp. 3 e segg.

¹³⁸ V., per tutti, P. SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, in La riforma della filiazione, C.M. BIANCA, Padova, 2015, pp. 119 e segg.

Di conseguenza, assume particolare rilievo la posizione del minore, che sia già nato e abbia vissuto all'interno del nucleo familiare fondato sull'unione omosessuale, e il suo interesse alla stabilità delle relazioni affettive e alla costituzione di uno stato giuridico di figlio corrispondente al rapporto che di fatto si è creato e consolidato nel tempo.

Ebbene, partendo da tale prospettiva, ciò che deve essere tutelato è il diritto del minore e non quello dei genitori o del futuro adottante, in quanto la decisione giudiziale riguardante l'adozione da parte del *partner* del genitore biologico o il riconoscimento dello *status* di figlio conseguito all'estero o, anche, la semplice continuazione di un rapporto preesistente basato sugli affetti deve essere guidata esclusivamente dal raggiungimento dell'interesse del minore ed essere a questo fine preceduta da accurate indagini sociali e psicologiche volte principalmente a verificare l'idoneità affettiva e la capacità educativa di chi ha svolto e svolgerà il ruolo genitoriale, oltre alla situazione personale, economica e familiare.

In questo senso, con specifico riferimento all'adozione del *partner*, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza¹³⁹ ha trovato conferma nella sentenza della

¹³⁹ V. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 109 e segg., annotata in senso adesivo da J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, *ibidem*, pp. 117 e segg. e in senso decisamente contrario da R. CARRANO E M. PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Dir. Fam.*, 2014, pp. 1550 e segg. La sentenza è stata confermata da App. Roma, Sez. min., 23 dicembre 2015, n. 7127, in www.articolo29.it. Vedi, inoltre, Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015, *ibidem*. Sull'adozione cosiddetta incrociata, ovvero proveniente da ciascun appartenente alla coppia omosessuale che richiede di adottare il figlio dell'altro, cfr. App. Napoli, 30 marzo 2016, in www.dirittoegiustizia.it, che riconosce l'efficacia in Italia delle rispettive sentenze di adozione piena emesse in Francia. V. anche, sul diritto del minore alla stabilità delle relazioni affettive, Trib. Palermo decr., 13 aprile 2015, in www.personaedanno.it. Secondo questa pronuncia il minore ha diritto a mantenere rapporti con il genitore c.d. sociale, che ha contribuito a fondare la sua identità personale e familiare, anche dopo l'interruzione della convivenza omosessuale con la propria madre.

prima sezione della Cassazione civile del 22 giugno 2016, n. 12962. Nelle fattispecie concrete esaminate dagli interpreti, si privilegia sempre la soluzione corrispondente alla realizzazione del migliore interesse del minore, giungendo ad accogliere la domanda di adozione in casi particolari attraverso il ricorso alla lett. d) del 1° comma dell'art. 44 della legge n. 184/1983.

Di conseguenza, si è rappresentato come alla scelta effettuata dal legislatore di non intervenire nella legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso sul tema caldo e delicatissimo della filiazione e di non riconoscere, quindi, il diritto dei membri della coppia omosessuale a divenire genitori fa riscontro l'opera di supplenza e "creatrice" dei giudici, che, volti unicamente al perseguimento del *best interest* del minore, si avvalgono degli strumenti forniti dall'ordinamento per garantire una copertura giuridica a situazioni di fatto, mediante la costituzione o attraverso il riconoscimento in Italia¹⁴⁰ dello stato giuridico di figlio, con i relativi diritti.

E' opportuno evidenziare come la materia della filiazione nella coppia omosessuale deve oggi essere inquadrata in una realtà sociale, culturale e

¹⁴⁰ Cfr. App. Torino decr., 4 dicembre 2014, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, pp. 441 e segg., con nota di L. FRANCO, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*. Questa decisione ha riconosciuto la trascrizione in Italia dell'atto di nascita, formato all'estero, di un minore risultante figlio di una coppia di donne (nella specie le due madri avevano contratto matrimonio omosessuale in Spagna ed erano ricorse alla procreazione assistita eterologa contribuendo entrambe alla filiazione attraverso l'impianto di gameti dall'una all'altra). I giudici hanno ritenuto che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico deve essere effettuata tenendo conto dell'interesse superiore del minore con specifico riferimento al diritto all'identità personale e allo status di figlio nello Stato italiano.

Per la trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento straniero di adozione piena di un minore da parte della convivente della madre biologica, v. App. Milano ord., 1 dicembre 2015, in *Fam. e Dir.*, 2016, pp. 199 e segg.

giuridica, che, anche in seguito all'evoluzione scientifica, ha subito nel tempo profonde trasformazioni.

Invero, nella realtà odierna, alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio si affiancano altri diversi e molteplici modelli familiari, tra i quali anche il nucleo familiare costituito da persone dello stesso sesso, che, secondo la nota sentenza della Corte cost., n. 138/2010, deve essere incluso a pieno titolo tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.

Se si guarda in una prospettiva europea, inoltre, si possono appurare le forti pressioni provenienti dall'Unione Europea per una regolazione giuridica da parte dei singoli Stati membri delle unioni tra persone dello stesso sesso, non hanno trascurato la filiazione, in particolare i profili della tutela e protezione dei figli.¹⁴¹ D'altro canto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato la discriminazione fondata sul sesso con riguardo all'adozione cogenitoriale, sostenendo che se uno Stato appartenente all'UE prevede che a questo tipo di adozione possa accedere il convivente di fatto, non potrà essere negata in quello Stato l'adozione in ragione soltanto della omosessualità del richiedente, in quanto il diniego sarebbe in contrasto con gli artt. 8 e 14 C.E.D.U., che sanciscono

¹⁴¹ V, in particolare, Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 marzo 2012, secondo la quale gli Stati membri non devono dare al concetto di famiglia definizioni restrittive allo scopo di negare protezione alle coppie dello stesso sesso e ai loro figli, al contrario sono invitati dal Parlamento Europeo ad elaborare proposte per il riconoscimento delle unioni civili e delle famiglie omosessuali.

rispettivamente il rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione.¹⁴²

A tali rilievi sociologici, occorre aggiungere anche un altro dato, cioè è che la genitorialità non è più solo ed esclusivamente quella fondata sul legame genetico, vista la possibilità di dar luogo alla procreazione assistita di tipo eterologo, ora ammessa nel nostro ordinamento in seguito all'intervento della Corte costituzionale (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162), che ha dichiarato illegittimo il divieto, nei casi di infertilità, di divenire genitori senza aver dato il proprio contributo genetico, ma con l'apporto di un donatore esterno alla coppia.

Non solo: la giurisprudenza, ad oggi, dà pieno riconoscimento ad una genitorialità non solo biologica, ma anche giuridica, atteso che è sempre più frequente la figura del "genitore sociale", che si prende cura del minore in senso morale e materiale, svolgendo un ruolo genitoriale e costituendo per il minore una persona significativa di riferimento affettivo ed educativo.

Tutto ciò sempre nell'ottica dell'interesse del figlio a un'equilibrata crescita e a un sano sviluppo psico-fisico, privilegiando la soluzione che assicuri al minore la stabilità delle relazioni affettive e il calore familiare di cui ha bisogno indispensabile nel suo processo di formazione.

¹⁴² Cfr. Corte europea dir. uomo, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, X and Others v. Austria, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, I, pp. 519 e segg., con nota di C. FATTA e M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second parent adoption*. V. anche, precedentemente, sul divieto di discriminazione sessuale in materia di adozione da parte del single, Corte europea dir. uomo, 22 gennaio 2008, ric. 43546/02, E.B. c. Francia, in *Fam. e Dir.*, 2008, pp. 221 e segg., con nota di E. FALETTI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*.

Orbene, il vicino ordinamento spagnolo ha risposto con particolare sensibilità a tali esigenze, disciplinando compiutamente l'istituto della *stepchild adoption*, sin dal 2005.

Al contrario, nel nostro ordinamento, non è riconosciuto un diritto della coppia omosessuale, pur se fondata sulla costituzione di un'unione civile, alla genitorialità.¹⁴³

Per una genitorialità intesa come progetto di coppia, comune e condiviso, le vie che dovrebbero essere percorse sono o l'adozione piena di un minore in stato di abbandono o la procreazione assistita di tipo eterologo, che, per le coppie *gay*, deve necessariamente prevedere anche il ricorso alla gestazione per altri (comunemente denominata maternità surrogata). Né l'adozione, né le tecniche di procreazione assistita sono accessibili in Italia alle coppie omosessuali, in quanto per la prima la richiesta deve provenire da una coppia unita in matrimonio, alla luce dell'art. 6, 1° comma, legge 4 maggio 1983, n. 184, per la seconda da soggetti "maggiores di sesso diverso", coniugati o conviventi, ai sensi dell'art. 5, legge 19 febbraio 2004, n. 40. La maternità surrogata, inoltre, indispensabile perché le coppie omosessuali maschili possano avere figli, incontra un divieto assoluto e generale nella legge sulla fecondazione assistita, atteso che in Italia essa assume rilievo penale.

¹⁴³ Per l'inconfigurabilità in generale, anche al di fuori della materia in esame, di un diritto soggettivo ad avere figli e, in particolare, di un diritto ad adottare, v. A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. e Dir.*, 2016, pp. 719 e segg. L'A. fonda l'affermazione sulla posizione centrale che assume nel sistema il minore dopo la riforma della filiazione e che si ripercuote anche nel rapporto con i genitori.

Pur in assenza di norme specifiche, si è sentita l'esigenza di "giuridicizzare" il rapporto di fatto creatosi all'interno del nucleo familiare, considerando preminentemente il superiore interesse del minore, così come previsto all'art. 57, commi 1°, 2°), legge n. 184/1983, e, più in generale, per ogni procedimento o atto concernente il minore, nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (v. art. 3, 1° comma), resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, e nella Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24, 2° comma).

Ciò è avvenuto facendo leva sull'istituto dell'adozione in casi particolari, che ha trovato fondamento nelle recenti pronunce dei giudici sulla lett. d) del 1° comma dell'art. 44 della legge sull'adozione, attraverso un'interpretazione estensiva della disposizione normativa. In particolare, si è posto l'accento sul presupposto richiesto per l'applicazione della norma, che è "l'impossibilità di affidamento preadottivo". Esso, originariamente, si riferiva a situazioni di impossibilità di fatto legate a particolari condizioni fisiche, psichiche, di età (minore quasi maggiorenne) degli adottandi in stato di abbandono per i quali fosse stata dichiarata l'adottabilità. Secondo l'interpretazione più attuale, invece, l'impossibilità di affidamento preadottivo viene intesa anche quale impossibilità giuridica, come tale riscontrabile in tutti i casi in cui manchi la situazione di abbandono del minore perché convivente con il proprio genitore e da esso assistito moralmente e materialmente. La "forzatura" interpretativa risponde all'esigenza di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto, distanziandolo maggiormente dai rigorosi requisiti richiesti per l'adozione piena, anche in ragione

degli effetti più limitati che da esso derivano. L'adozione in casi particolari, infatti, non si sostituisce, ma si aggiunge al rapporto di filiazione originario che permane.¹⁴⁴ È pertanto richiesto l'assenso dei genitori dell'adottando e, quindi, anche dell'altro genitore, se esiste, estraneo alla coppia omosessuale, il cui eventuale rifiuto non potrà essere superato ove eserciti la responsabilità genitoriale (art. 46, commi 1° e 2°).

In definitiva, si auspica ad una riforma della legge sull'adozione che ponga l'accento non al diritto della coppia omosessuale alla genitorialità, attualmente non legislativamente previsto in Italia, quanto al diritto del minore, effettivamente riconosciuto dai giudici, ad uno stato giuridico di figlio corrispondente ad una situazione di fatto creatasi all'interno di un nucleo familiare omogenitoriale fondato sugli affetti, sull'assistenza materiale e sulla cura del minore.

Al contrario dell'operazione di positivizzazione avvenuta in Spagna, in Italia si assiste ad una rilevanza del fatto che condiziona il diritto. La soluzione giuridica non discende, infatti, dalla pura applicazione di una norma giuridica sulla genitorialità nell'ambito delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, che, come si è visto, non esiste; ma dall'esigenza di dare risposte concrete a situazioni concrete.

In altri termini, il fatto della presenza di figli all'interno del nucleo familiare omosessuale sollecita forme di protezione dell'interesse dei minori, determinando

¹⁴⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, La famiglia, V ed., Milano, 2014, pp. 458 e segg.; C.M. BIANCA, con la collaborazione di MIR. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, pp. 797 e segg.

risposte dall'ordinamento giuridico e la produzione di effetti analoghi a quelli che si sarebbero realizzati se non fosse stata stralciata nel progetto di legge la norma sulla *stepchild adoption*, ma più estesi in quanto non necessariamente legati alla formale costituzione di un'unione civile e, soprattutto, funzionali unicamente allo sviluppo e alla tutela della personalità del minore.

Si attende a un intervento normativo che richieda, quale presupposto dell'adozione, la verifica in concreto del superiore interesse del minore ad essere amato ed inserito in un gruppo familiare. Ciò potrebbe condurre al superamento del requisito del matrimonio degli adottanti e all'apertura dell'adozione piena alle coppie non coniugate, purché stabilmente conviventi, e alla persona *single*. Una tale apertura non potrà escludere, in applicazione del principio di non discriminazione, le coppie conviventi dello stesso sesso e le persone singole in ragione esclusivamente della loro omosessualità, sempre che, in seguito alla valutazione delle particolarità del caso concreto, la decisione sia quella che meglio realizzi l'interesse del minore.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Per la stesura del presente elaborato, sono state consultate le seguenti fonti normative, bibliografiche e sitografiche:

1. Riferimenti normativi

Convenzione di Strasburgo sull'adozione dei minori del 1967

Convenzione sui diritti del minore di New York del 1989

Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993

Convenzione di Strasburgo sui diritti processuali del minore del 1996

Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Direttiva n. 38/2004

Costituzione della Repubblica Italiana

Codice Civile del 1942

Legge 4 maggio 1983, n.184

Ley organica n. 21 dell'11 novembre 1987

Legge 31 maggio 1995, n. 218

Ley organica n. 1 del 15 gennaio 1996

Legge 31 dicembre 1998, n. 476

Ley foral della Navarra 3 luglio 2000, n. 6

Legge 28 marzo 2001, n. 149

Legge 19 febbraio 2004, n. 40

Ley organica n. 13 del 1° luglio 2005

Legge 10 dicembre 2012, n. 219

Ley organica n. 8/2015, del 22 luglio

Legge 19 ottobre 2015, n. 173

Legge 20 maggio 2016, n. 76

D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196

D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396

2. Prassi

Reg. 29 maggio 2000, n. 1347 («*Bruxelles II*»)

Ordinanza del 22 gennaio 2004 del *Juzgado de primera instancia número tres* (Familia) di Pamplona

3. Dottrina

AGELL, *The Swedish Legislation on Cohabitation: A Journey without a Destination*, in *Am. J. Comp. L.*, 1981

ALPA - BESSONE - D'ANGELO - FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1980

AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014

BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992

BESSONE - DOGLIOTTI - FERRANDO, *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, Milano, 1983

BIANCA, *La revisione normativa dell'adozione*, in *Famiglia*, 2001

BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014

BIANCA M., *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, 2015

BRUCH, *Non marital cohabitation in the Common Law Countries: A Study in Judicial-Legislative Interaction*, in *Am. J. Comp. L.*, 1981

CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009*”, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2009, vol. 1, n. 2

CAMPIGLIO, “*Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*”, RDIPP, 2009

CARBONE, *Adozione di minori in Italia da parte di un singolo fra regole e aspirazioni*, in *Corriere Giur.*, 2011

CARRANO E PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Dir. Fam.*, 2014

- CARRARO, OPPO - TRABUCCHI, Padova, 1976; A. E M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984
- CIRAOLO, *Dell'adozioni in casi particolari*, in *Comm. del codice civile* diretto da Gabrielli, IV, leggi collegate, Torino, 2010
- DELEGADO MARTIN, M. T. MARTIN NAJAERA, M. PALAY VALLESPINOSAS, *El derecho de familia tras las reformas legislativas del ano 2005*, Madrid, 2007
- DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, 2016
- DOGLIOTTI, *Adozione: un progetto di riforma, accettabile, ma suscettibile di miglioramento*, in *Dir. fam. pers.*, 1982
- DOGLIOTTI, *La nuova legge sull'adozione, valutazioni e commenti*, in *Quadrimestre*, 1984,
- DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1990
- DOGLIOTTI, *La riforma dell'adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2001
- DOGLIOTTI - FIGONE, *Famiglia e procedimento*, Milano, 2001
- DOGLIOTTI , *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2002
- DOGLIOTTI, *Codice dei minori*, Torino, 2009
- DOGLIOTTI, *Adozione di minori e stato di abbandono: perché una specificazione?* in *Famiglia e diritto*, 2012
- DOGLIOTTI - ASTIGGIANO, *Le adozioni*, Milano, 2014
- DOGLIOTTI, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Famiglia e Diritto*, 2015
- EBENE COBELLI, *sub art. 44*, in *Nuove leggi civ.*, 1984
- FALETTI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Fam. e Dir.*, 2008
- FATTA E M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second parent adoption*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, I

- FERRANDO, *Il contributo della CEDU all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005
- FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013
- FERRANDO, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della Riforma*, in www.juscivile.it, 2016
- FERRARI, *La convivenza more uxorio nei paesi di lingua tedesca*, in *Dir. fam. pers.*, 1992
- FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014
- FINOCCHIARO, *Adozione e affidamento dei minori*, Milano, 2001
- FRANCO, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I
- GANANCIA ET CADOT, *Guide de l'union libre*, Paris, 1980
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, 1996
- GERMANO - TAUBER - VITRÒ, *L'adozione speciale*, Torino, 1981
- GIUSTI, *L'adozione dei minori in casi particolari*, Trattato di diritto di famiglia, diretto da Bonilini, IV, Torino, 2016
- GLENDON, *State, law and family*, London, 1977
- GUILLIEN ET VINCENT, *Concubinage*, in *Lexique des termes juridiques*, Paris, 1978
- IVONE, *L'adozione in generale*, in *Tratt. Stazione*, Torino, 2006
- JOHNSON, *Homo-sexuality and the European Court of Human Rights*, London, 2013; L. MAGI, "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio tra individui dello stesso sesso", in *Rivista di diritto internazionale*, 2011
- LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016
- LONGO, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015
- MANERA, *Ancora affidamenti familiari abusivi*, in *Giur. mer.*, 1993

- MARANO, *Le unioni di fatto*, Giuffrè, Milano, 2005
- MARELLA, *Voce Adozione*, in *Digesto*, IV ed., Disc. priv, sez. civ., Aggiornamento, Utet, 2000
- MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. e Dir.*, 2016
- MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2014
- MOSCONI, CAMPIGLIO, “*Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*. Aggiornamento, Torino, 2005
- NEUHAUS, *Finis familiae?*, in *Zeitschr. ges. Familienrecht*, 1982,
- OHLENBURGER-BAUER, *Die eheähnliche Gemeinschaft*, Köln, 1977
- ORSINGHER, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. Cendon, Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, IV, Milano, 2006
- PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA-RICHTER, DALLARI, *Codice civile, lib. I*, Milano, 1939
- PASSAGLIA (a cura di), *Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, in *Relazione Servizio Studi della Corte Costituzionale, Area di diritto comparato*, gennaio 2016
- PERLINGIERI - PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*, Napoli, 1983
- PIANTANIDA, *La stepchild adoption tra lacune del sistema e progetti di riforma*, in *Le unioni civili e la stepchild adoption 2016*, Milano, 2016
- PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2016
- PULNAIS, *Réflexions sur l'état du droit positif en matière de concubinage*, in *Juris class. pér.*, 1973, I, c. 2574
- RICCIO, *Il documento programmatico sulla sicurezza in materia di protezione dei dati personali*, in *Funz. pubbl.*, 2004
- RICCIO, *Il diritto di accesso nei confronti dei gestori di pubblici servizi*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2004
- RICCIO, *Il sistema di informazione Schengen*, in *Funz. pubbl.*, 2005

- RICCIO, *Il trattamento dei dati personali*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2006
- RICCIO, *La famiglia di fatto*, Milano, 2007
- RODIERE, *Le ménage de fait devant la loi française*, in AA. VV., *Travaux de l'Association Henry Capitant (31 maggio – 3 giugno 1957)*, XI, Paris, 1960
- ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016
- ROMEO - VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ.*, 2015
- ROPPO, *Convenzioni matrimoniali*, Enc. Giur. It., IX, Roma, 1988
- ROSSI CARLEO, *L'adozione e gli altri istituti di assistenza ai minori*, in *Tratt. Rescigno*, 1982
- ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, nel *Trattato Rescigno*, Torino, 1997
- ROSSI CARLEO, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. Rescigno*, II ed., Torino, 1997
- ROSSOLILLO, *Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell'ordinamento italiano*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, N° 2
- RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015
- RUSCELLO, *La famiglia nella società contemporanea*, in *Vita not.*, 2015
- SACCHETTI, *Commentario all'adozione e all'affidamento*, Rimini, 1988
- SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, 1937; JOSSE-RAND, *L'avènement du concubinage*, in *Dalloz hebdomadaire*, 1982
- SCALERA, *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vivente e prospettive di riforma*, su www.altalex.it
- SCHILLACI, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo 29*, 2016
- SESTA, *Manuale del diritto di famiglia*, VI ed., Milano, 2015

SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in Nuova giur. civ. comm., 2015

SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2015

SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, in La riforma della filiazione, C.M. BIANCA, Padova, 2015

TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione piena avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale*, in Famiglia e diritto, 2016

TRIMARCHI, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Artt. 6 e 7 L. 4 maggio 1983, n. 184*, in Comm. dir. it. fam., a cura di Cian - Oppo - Trabucchi, VI, 2, Padova, 1993

TRIMARCHI, *Adozione. Quaderni di diritto civile*, Milano, 2004

VELLETTI, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, a cura di M. Bianca, Milano, 2014, XVIII

VITALONE, ZAFFIRI, *La famiglia di fatto*, in Giust. civ., 1991

VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012

4. Sitografia

<http://www.altalex.com>

<http://www.articolo29.it>

http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Il_matrimonio_tra_persone_stesso_sesso_12012010.pdf

http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_fecondazione_eterologa_201406.pdf

http://www.iustel.com/diario_del_der_echo/noticia.asp?ref_iustel=1003392

<http://www.juscivile.it>

<http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/procedAdopcion/etapasTramitacion.htm>

<http://www.quotidianogiuridico.it>

RIASSUNTO

Il presente elaborato si è posto l'obiettivo di analizzare, con occhio critico e in una prospettiva comparatistica, la vicenda nazionale dell'istituto della *stepchild adoption*, in rapporto con la disciplina di cui essa gode nell'ordinamento spagnolo.

Dall'analisi svolta, emerge che in Spagna, come in Italia, la stella polare della disciplina dell'adozione è sempre costituita dal preminente interesse del minore e dalla sua tutela.

Tuttavia, mentre la Spagna deve annoverarsi fra i Paesi europei che hanno recepito appieno tale principio, con la compiuta previsione di una disciplina delle unioni civili e dell'adozione del figlio del *partner*, tanto per le coppie eterosessuali, quanto per quelle omosessuali, l'Italia, nonostante i continui sforzi, non riesce ancora a porsi sulla stessa lunghezza d'onda.

Come si è affrontato nel corso della trattazione, nel testo definitivo della legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, la legge 20 maggio 2016, n. 76, volta a disciplinare i diritti e i doveri tra le parti che costituiscono l'unione, non è presente una norma sulla filiazione. Invero, da un lato, la *lictera legis* richiama il

testo costituzionale, definendo l'unione civile come “*specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione*” (cfr. art. 1, 1° comma, L. cit.), dall'altro, alla stregua della previsione legislativa, il rapporto si esaurisce tra le parti e non contempla la presenza di figli.

In particolare, l'art. 1 comma 20 sancisce che tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e ai coniugi, siano esse contenute in leggi, in atti aventi forza di legge, in regolamenti, in atti amministrativi o contratti collettivi, trovano applicazione all'unione civile. Detta regola consta, però, di alcune eccezioni, ossia le norme del codice civile non espressamente richiamate dalla legge, tra cui sono comprese quelle riguardanti la filiazione, nonché le norme sull'adozione previste dalla L. 4 maggio 1983, n. 184, le quali, invece, non si applicano. E infatti, la prescrizione normativa si limita a mantenere “*fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*”, utilizzando un'espressione che dà luogo a molteplici perplessità e che mette tutto nelle mani dei giudici, come è effettivamente avvenuto nei menzionati casi di richiesta di adozione del figlio del (o della) *partner* nella coppia omosessuale.

Nel progetto di legge,¹⁴⁵ invece, era stata inserita, all'art. 5, la cosiddetta *stepchild adoption*, estendendo espressamente anche alla parte dell'unione civile quella possibilità, che, ai sensi della legge sull'adozione, è prevista per il coniuge ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett. b), legge 4 maggio 1983, n. 184, che intende adottare il figlio minore dell'altra parte. Il presente

¹⁴⁵ V., in particolare, disegno di L. n. 2081 presentato al Senato d'iniziativa dei senatori Cirinnà ed altri, comunicato alla Presidenza il 6 ottobre 2015.

elaborato ha messo in luce come la *stepchild adoption* sia stata oggetto di un vivace dibattito nell'opinione pubblica e di forti contrasti e dissensi a livello parlamentare, in modo trasversale, per superare i quali e al fine di consentire l'approvazione della legge si è giunti al compromesso politico di eliminare la previsione di questa forma di adozione dal testo normativo.

Si è evidenziato che, in sede di riforma legislativa dell'adozione, la prospettiva di partenza era il diritto degli omosessuali alla genitorialità e da qui è scaturita la netta contrapposizione ideologica concernente la filiazione nella coppia dello stesso sesso. La dottrina più avveduta, invece, propende per un mutamento di prospettiva, atteso che l'analisi dovrebbe prendere le mosse principalmente dai diritti dei figli e dalla constatazione dei nuovi e vari modelli familiari dell'odierna società.

Orbene, basterebbe prendere le mosse dalla legge di riforma della filiazione (legge 10 dicembre 2012, n. 219), che proclama l'unificazione dello stato giuridico e lo “statuto” dei diritti del figlio, di ciascun figlio, a prescindere dal vincolo che unisce i genitori e dal modello di famiglia in cui il minore sia inserito¹⁴⁶ (artt. 315 e 315 *bis* c. c.). Tra i citati diritti ne emergono, in particolare, di nuovi, come il diritto all'assistenza morale, ovvero il diritto dei figli ad essere amati, e il diritto,

¹⁴⁶ Per un'approfondita analisi del principio di unicità dello stato di figlio e, in particolare, sullo "sganciamento" dello *status filiationis* dallo *status familiae*, v. MIR. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, 2015, pp. 3 e segg.

strettamente collegato al primo, a crescere in famiglia e ad avere rapporti significativi con i parenti¹⁴⁷(art. 315 *bis*, commi 1° e 2°, c. c.).

Di conseguenza, assume particolare rilievo la posizione del minore, che sia già nato e abbia vissuto all'interno del nucleo familiare fondato sull'unione omosessuale, e il suo interesse alla stabilità delle relazioni affettive e alla costituzione di uno stato giuridico di figlio corrispondente al rapporto che di fatto si è creato e consolidato nel tempo.

Ebbene, partendo da tale prospettiva, ciò che deve essere tutelato è il diritto del minore e non quello dei genitori o del futuro adottante, in quanto la decisione giudiziale riguardante l'adozione da parte del *partner* del genitore biologico o il riconoscimento dello *status* di figlio conseguito all'estero o, anche, la semplice continuazione di un rapporto preesistente basato sugli affetti deve essere guidata esclusivamente dal raggiungimento dell'interesse del minore ed essere a questo fine preceduta da accurate indagini sociali e psicologiche volte principalmente a verificare l'idoneità affettiva e la capacità educativa di chi ha svolto e svolgerà il ruolo genitoriale, oltre alla situazione personale, economica e familiare.

¹⁴⁷ V., per tutti, P. SIRENA, *Il diritto del figlio minorenne di crescere in famiglia*, in La riforma della filiazione, C.M. BIANCA, Padova, 2015, pp. 119 e segg.

In questo senso, con specifico riferimento all'adozione del *partner*, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza¹⁴⁸ ha trovato conferma nella sentenza della prima sezione della Cassazione civile del 22 giugno 2016, n. 12962. Nelle fattispecie concrete esaminate dagli interpreti, si privilegia sempre la soluzione corrispondente alla realizzazione del migliore interesse del minore, giungendo ad accogliere la domanda di adozione in casi particolari attraverso il ricorso alla lett. d) del 1° comma dell'art. 44 della legge n. 184/1983.

Di conseguenza, si è rappresentato come alla scelta effettuata dal legislatore di non intervenire nella legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso sul tema caldo e delicatissimo della filiazione e di non riconoscere, quindi, il diritto dei membri della coppia omosessuale a divenire genitori fa riscontro l'opera di supplenza e "creatrice" dei giudici, che, volti unicamente al perseguimento del *best interest* del minore, si avvalgono degli strumenti forniti dall'ordinamento per garantire una copertura giuridica a situazioni di fatto, mediante la costituzione

¹⁴⁸ V. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 109 e segg., annotata in senso adesivo da J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, *ibidem*, pp. 117 e segg. e in senso decisamente contrario da R. CARRANO E M. PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Dir. Fam.*, 2014, pp. 1550 e segg. La sentenza è stata confermata da App. Roma, Sez. min., 23 dicembre 2015, n. 7127, in www.articolo29.it. Vedi, inoltre, Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015, *ibidem*. Sull'adozione cosiddetta incrociata, ovvero proveniente da ciascun appartenente alla coppia omosessuale che richiede di adottare il figlio dell'altro, cfr. App. Napoli, 30 marzo 2016, in www.dirittoegiustizia.it, che riconosce l'efficacia in Italia delle rispettive sentenze di adozione piena emesse in Francia. V. anche, sul diritto del minore alla stabilità delle relazioni affettive, Trib. Palermo decr., 13 aprile 2015, in www.personaedanno.it. Secondo questa pronuncia il minore ha diritto a mantenere rapporti con il genitore c.d. sociale, che ha contribuito a fondare la sua identità personale e familiare, anche dopo l'interruzione della convivenza omosessuale con la propria madre.

o attraverso il riconoscimento in Italia¹⁴⁹ dello stato giuridico di figlio, con i relativi diritti.

E' opportuno evidenziare come la materia della filiazione nella coppia omosessuale deve oggi essere inquadrata in una realtà sociale, culturale e giuridica, che, anche in seguito all'evoluzione scientifica, ha subito nel tempo profonde trasformazioni.

Invero, nella realtà odierna, alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio si affiancano altri diversi e molteplici modelli familiari, tra i quali anche il nucleo familiare costituito da persone dello stesso sesso, che, secondo la nota sentenza della Corte cost., n. 138/2010, deve essere incluso a pieno titolo tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.

Se si guarda in una prospettiva europea, inoltre, si possono appurare le forti pressioni provenienti dall'Unione Europea per una regolazione giuridica da parte dei singoli Stati membri delle unioni tra persone dello stesso sesso, non hanno

¹⁴⁹ Cfr. App. Torino decr., 4 dicembre 2014, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, pp. 441 e segg., con nota di L. FRANCO, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*. Questa decisione ha riconosciuto la trascrizione in Italia dell'atto di nascita, formato all'estero, di un minore risultante figlio di una coppia di donne (nella specie le due madri avevano contratto matrimonio omosessuale in Spagna ed erano ricorse alla procreazione assistita eterologa contribuendo entrambe alla filiazione attraverso l'impianto di gameti dall'una all'altra). I giudici hanno ritenuto che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico deve essere effettuata tenendo conto dell'interesse superiore del minore con specifico riferimento al diritto all'identità personale e allo status di figlio nello Stato italiano.

Per la trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento straniero di adozione piena di un minore da parte della convivente della madre biologica, v. App. Milano ord., 1 dicembre 2015, in *Fam. e Dir.*, 2016, pp. 199 e segg.

trascurato la filiazione, in particolare i profili della tutela e protezione dei figli.¹⁵⁰ Le pressioni dell'Unione Europea sono state recepite, sotto un profilo comparato, oltre che dalla Spagna, anche da altri paesi dove si può rilevare che coppie dello stesso sesso possono accedere all'adozione di minori in Francia (2013), Regno Unito (2002), Belgio (2006), Paesi Bassi (2001), Austria (2015), Islanda (2010), Danimarca (2005) ed anche in Lussemburgo, Svezia e Norvegia. Altri Paesi, diversi da quelli appena menzionati, pur non consentendo l'adozione di minori da parte di coppie dello stesso sesso, riconoscono la possibilità di adottare a chi è in coppia con un *partner* eterosessuale, fra cui possiamo annoverare Germania, Finlandia e Groenlandia.

D'altro canto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato la discriminazione fondata sul sesso con riguardo all'adozione cogenitoriale, sostenendo che se uno Stato appartenente all'UE prevede che a questo tipo di adozione possa accedere il convivente di fatto, non potrà essere negata in quello Stato l'adozione in ragione soltanto della omosessualità del richiedente, in quanto il diniego sarebbe in contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU, che sanciscono

¹⁵⁰ V, in particolare, Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 marzo 2012, secondo la quale gli Stati membri non devono dare al concetto di famiglia definizioni restrittive allo scopo di negare protezione alle coppie dello stesso sesso e ai loro figli, al contrario sono invitati dal Parlamento Europeo ad elaborare proposte per il riconoscimento delle unioni civili e delle famiglie omosessuali.

rispettivamente il rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione.¹⁵¹

A tali rilievi sociologici, occorre aggiungere anche un altro dato, cioè è che la genitorialità non è più solo ed esclusivamente quella fondata sul legame genetico, vista la possibilità di dar luogo alla procreazione assistita di tipo eterologo, ora ammessa nel nostro ordinamento in seguito all'intervento della Corte costituzionale (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162) che ha dichiarato illegittimo il divieto, nei casi di infertilità si può divenire genitori senza aver dato il proprio contributo genetico, ma con l'apporto di un donatore esterno alla coppia.

Non solo: la giurisprudenza, ad oggi, dà pieno riconoscimento ad una genitorialità non solo biologica, ma anche giuridica, atteso che è sempre più frequente la figura del "genitore sociale", che si prende cura del minore in senso morale e materiale, svolgendo un ruolo genitoriale e costituendo per il minore una persona significativa di riferimento affettivo ed educativo.

Tutto ciò sempre nell'ottica dell'interesse del figlio ad un'equilibrata crescita e ad un sano sviluppo psico-fisico, privilegiando la soluzione che assicuri al minore la stabilità delle relazioni affettive e il calore familiare di cui ha bisogno indispensabile nel suo processo di formazione.

¹⁵¹ Cfr. Corte europea dir. uomo, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, X and Others v. Austria, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, I, pp. 519 e segg., con nota di C. FATTA e M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second parent adoption*. V. anche, precedentemente, sul divieto di discriminazione sessuale in materia di adozione da parte del single, Corte europea dir. uomo, 22 gennaio 2008, ric. 43546/02, E.B. c. Francia, in *Fam. e Dir.*, 2008, pp. 221 e segg., con nota di E. FALETTI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*.

Orbene, il vicino ordinamento spagnolo ha risposto con particolare sensibilità a tali esigenze, disciplinando compiutamente l'istituto della *stepchild adoption*, sin dal 2005, disciplina che è stata oggetto di analisi del presente elaborato.

Al contrario, nel nostro ordinamento, non è riconosciuto un diritto della coppia omosessuale, pur se fondata sulla costituzione di un'unione civile, alla genitorialità.¹⁵²

Per una genitorialità intesa come progetto di coppia, comune e condiviso, le vie che dovrebbero essere percorse sono o l'adozione piena di un minore in stato di abbandono o la procreazione assistita di tipo eterologo, che, per le coppie *gay*, deve necessariamente prevedere anche il ricorso alla gestazione per altri (comunemente denominata maternità surrogata). Né l'adozione, né le tecniche di procreazione assistita sono accessibili in Italia alle coppie omosessuali, in quanto per la prima la richiesta deve provenire da una coppia unita in matrimonio, alla luce dell'art. 6, 1° comma, legge 4 maggio 1983, n. 184, per la seconda da soggetti "maggioresni di sesso diverso", coniugati o conviventi, ai sensi dell'art. 5, legge 19 febbraio 2004, n. 40. La maternità surrogata, inoltre, indispensabile perché le coppie omosessuali maschili possano avere figli, incontra un divieto assoluto e generale nella legge sulla fecondazione assistita, atteso che in Italia essa assume rilievo penale.

¹⁵² Per l'inconfigurabilità in generale, anche al di fuori della materia in esame, di un diritto soggettivo ad avere figli e, in particolare, di un diritto ad adottare, v. A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. e Dir.*, 2016, pp. 719 e segg. L'A. fonda l'affermazione sulla posizione centrale che assume nel sistema il minore dopo la riforma della filiazione e che si ripercuote anche nel rapporto con i genitori.

Pur in assenza di norme specifiche, si è sentita l'esigenza di "giuridicizzare" il rapporto di fatto creatosi all'interno del nucleo familiare, considerando preminentemente il superiore interesse del minore, così come previsto all'art. 57, commi 1°, 2°), legge n. 184/1983, e, più in generale, per ogni procedimento o atto concernente il minore, nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (v. art. 3, 1° comma), resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, e nella Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24, 2° comma).

Ciò è avvenuto facendo leva sull'istituto dell'adozione in casi particolari, che ha trovato fondamento nelle recenti pronunce dei giudici sulla lett. d) del 1° comma dell'art. 44 della legge sull'adozione, attraverso un'interpretazione estensiva della disposizione normativa. In particolare, si è posto l'accento sul presupposto richiesto per l'applicazione della norma, che è "l'impossibilità di affidamento preadottivo". Esso, originariamente, si riferiva a situazioni di impossibilità di fatto legate a particolari condizioni fisiche, psichiche, di età (minore quasi maggiorenne) degli adottandi in stato di abbandono per i quali fosse stata dichiarata l'adottabilità. Secondo l'interpretazione più attuale, invece, l'impossibilità di affidamento preadottivo viene intesa anche quale impossibilità giuridica, come tale riscontrabile in tutti i casi in cui manchi la situazione di abbandono del minore perché convivente con il proprio genitore e da esso assistito moralmente e materialmente. La "forzatura" interpretativa risponde all'esigenza di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto, distanziandolo

maggiormente dai rigorosi requisiti richiesti per l'adozione piena, anche in ragione degli effetti più limitati che da esso derivano. L'adozione in casi particolari, infatti, non si sostituisce, ma si aggiunge al rapporto di filiazione originario che permane.¹⁵³ È pertanto richiesto l'assenso dei genitori dell'adottando e, quindi, anche dell'altro genitore, se esiste, estraneo alla coppia omosessuale, il cui eventuale rifiuto non potrà essere superato ove eserciti la responsabilità genitoriale (art. 46, commi 1° e 2°).

In definitiva, si auspica ad una riforma della legge sull'adozione che ponga l'accento non al diritto della coppia omosessuale alla genitorialità, attualmente non legislativamente previsto in Italia, quanto al diritto del minore, effettivamente riconosciuto dai giudici, ad uno stato giuridico di figlio corrispondente ad una situazione di fatto creatasi all'interno di un nucleo familiare omogenitoriale fondato sugli affetti, sull'assistenza materiale e sulla cura del minore.

Al contrario dell'operazione di positivizzazione avvenuta in Spagna, in Italia si assiste ad una rilevanza del fatto che condiziona il diritto. La soluzione giuridica non discende, infatti, dalla pura applicazione di una norma giuridica sulla genitorialità nell'ambito delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, che, come si è visto, non esiste, ma dall'esigenza di dare risposte concrete a situazioni concrete.

¹⁵³ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, La famiglia, V ed., Milano, 2014, pp. 458 e segg.; C.M. BIANCA, con la collaborazione di MIR. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, pp. 797 e segg.

Invero, nel contesto normativo italiano, si assiste ad una situazione in cui la Spagna ha scelto una soluzione di tipo positivo, con la regolamentazione del fenomeno della *stepchild adoption* in modo puntuale ed espresso, al contrario dell'Italia che, non riuscendo a giungere a un compromesso fra le varie posizioni sul punto, affida la soluzione del problema al lavoro degli interpreti del caso concreto.

In altri termini, il fatto della presenza di figli all'interno del nucleo familiare omosessuale sollecita forme di protezione dell'interesse dei minori, determinando risposte dall'ordinamento giuridico e la produzione di effetti analoghi a quelli che si sarebbero realizzati se non fosse stata stralciata nel progetto di legge la norma sulla *stepchild adoption*, ma più estesi in quanto non necessariamente legati alla formale costituzione di un'unione civile e, soprattutto, funzionali unicamente allo sviluppo e alla tutela della personalità del minore.

Si attende a un intervento normativo che richieda, quale presupposto dell'adozione, la verifica in concreto del superiore interesse del minore ad essere amato ed inserito in un gruppo familiare. Ciò potrebbe condurre al superamento del requisito del matrimonio degli adottanti e all'apertura dell'adozione piena alle coppie non coniugate, purché stabilmente conviventi, e alla persona *single*. Una tale apertura non potrà escludere, in applicazione del principio di non discriminazione, le coppie conviventi dello stesso sesso e le persone singole in ragione esclusivamente della loro omosessualità, sempre che, in seguito alla

valutazione delle particolarità del caso concreto, la decisione sia quella che meglio realizzi l'interesse del minore.