



DIBATTITO APERTO SUL DIRITTO
E LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

E LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"
Catania 7-8 giugno 2013
"La famiglia davanti ai suoi giudici"

BENEDETTA LIBERALI

L'ADOZIONE DEI *SINGLE* E DELLE COPPIE OMOSESSUALI.

SOMMARIO: Premessa. - 1. Il divieto di adozione da parte dei *single*. - 1.1. I casi di adozione da parte dei *single* previsti dalla legge n. 184 del 1983. - 1.2. Il caso del *single* ammesso alla procedura di adozione - perché in possesso dei requisiti richiesti nei casi di adozione cd. speciale - omosessuale. - 1.3. Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. - 2. Il divieto di adozione da parte della coppia omosessuale. - 2.1. Il divieto per le coppie omosessuali e i casi dell'adozione, della procreazione medicalmente assistita e del matrimonio persone dello stesso sesso originario, ma non più attuale. - 2. 2. Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. - 3. L'impostazione della legge n. 184 del 1983 e gli interventi della Corte costituzionale: la necessità di una valutazione del caso concreto per la tutela del preminente interesse del minore. - 3.1. Il vincolo matrimoniale quale requisito per l'accesso alla procedura di adozione e il rilievo assunto anche dal periodo di convivenza precedente al matrimonio. - 3.2. I limiti di età fra adottanti e adottando. - Conclusioni.

PREMESSA.

La disciplina dettata in materia di adozione (legge n. 184 del 1983, poi modificata con legge n. 149 del 2001) intende garantire ai minori il diritto ad avere una famiglia, in cui crescere ed essere educati, e al fine di rendere effettivo questo diritto vengono individuate da un lato misure a sostegno sia del minore sia della famiglia e dall'altro vengono stabiliti i requisiti per accedere alla procedura di adozione, che può essere avviata nei confronti dei minori che si trovano in stato di adottabilità.

Tali previsioni intendono assicurare, nel rispetto del preminente interesse del minore adottando (artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.), una doppia figura genitoriale di tipo eterosessuale, i cui membri devono essere legati da vincolo matrimoniale, oltre a rispettare determinati limiti di età rispetto al minore (art. 1, legge n. 184 del 1983).

Come si vedrà oltre, a fronte di queste previsioni, che mirano a garantire un modello di famiglia tradizionale, fondata sul matrimonio e di tipo eterosessuale, da una lato la stessa

legge prevede una serie di deroghe, che consentono anche ai *single*, a determinate condizioni, di adottare, e dall'altro lato la Corte costituzionale è intervenuta in numerose occasioni, facendo venire meno la rigidità della previsione relativa ai limiti di età che devono essere rispettati fra adottanti e minore e dando rilevanza anche al periodo di convivenza precedente al matrimonio, al fine di stabilire la sussistenza del requisito della stabilità del rapporto medesimo.

A fronte di questo quadro normativo e delle eccezioni individuate, rispetto al modello di famiglia ritenuto migliore per lo sviluppo e la crescita del minore, e tenendo sempre in considerazione la necessità di far prevalere l'interesse del minore, ci si può soffermare sulla questione relativa al riconoscimento del diritto di adottare (*rectius*, del diritto ad accedere alla procedura di valutazione di idoneità ad adottare) anche da parte dei *single*, oltre ai casi già espressamente previsti dalla legge, e da parte delle coppie omosessuali.

La questione relativa al riconoscimento del diritto ad accedere alla procedura adottiva deve necessariamente essere affrontata separando i profili relativi alle due diverse categorie di soggetti, poiché diverse sono le considerazioni che in relazione a ciascuna di esse si intendono svolgere.

Da un lato, infatti, il divieto di adottare da parte dei *single* quale regola generale impone di riflettere sulla ragionevolezza delle deroghe che, invece, a determinate condizioni, consentono nel nostro ordinamento anche al singolo individuo di adottare (artt. 25 e 44, legge n. 184 del 1983).

In questi casi, infatti, non trova applicazione il principio generale che considera la presenza della doppia figura genitoriale di tipo eterosessuale, fondata sul vincolo matrimoniale, necessaria e idonea al fine di garantire un ambiente adeguato per lo sviluppo e la crescita del minore adottato. Occorre, dunque, valutare se simili eccezioni possano giustificare un diverso trattamento riservato a una medesima categoria di soggetti aspiranti adottanti - le persone singole - (art. 3 Cost.) e considerare se l'esclusione quale regola generale di questa categoria dall'accesso alla procedura adottiva non comprometta il supremo interesse del minore (artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.)¹.

¹ In relazione al preminente interesse del minore si vedano le osservazioni svolte a commento degli artt. 30 e 31 Cost., laddove si riconosce in queste disposizioni costituzionali e negli artt. 2 e 3 Cost. letti in combinato disposto il fondamento del cd. *favor minoris*, principio peraltro elaborato dalla stessa Corte costituzionale, proprio in relazione all'istituto dell'adozione, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008. Si veda anche P. ZICCHITTU, "La sentenza 3572/2011 della Corte di cassazione: è ancora ragionevole un'adozione per i *single* senza effetti legittimanti?", in www.rivistaaic.it, 5, con particolare riguardo al modello legislativo che consente in certi casi l'adozione da parte del *single*. L'A. si interroga se tale modello, che riserva a quest'ultimo un "ruolo residuale", limitato ai casi tipizzati dalla legge stessa, risulti "ancora la modalità più confacente per rispondere concretamente alle esigenze del minore in stato di abbandono".

A partire da queste stesse disposizioni costituzionali e tenendo conto della giurisprudenza della Corte costituzionale, peraltro, ci si può interrogare sulla conformità a Costituzione della previsione che riconoscesse, senza individuare specifici casi come quelli previsti attualmente dalla legge e dunque quale regola generale, il diritto di accedere alla procedura adottiva da parte dei *single*.

Inoltre, si pone l'ulteriore questione, che in qualche modo avvicina l'analisi del caso dell'adozione da parte del *single* a quella relativa all'adozione da parte della coppia omosessuale, della possibile rilevanza, ai fini della valutazione di idoneità ad adottare, dell'orientamento sessuale della persona singola che, pur sempre nell'ambito delle deroghe individuate dalla legge, accede al procedimento di adozione.

Dall'altro lato, in relazione alla diversa questione relativa alla condizione della coppia omosessuale, occorre necessariamente soffermarsi sulle problematiche che derivano dal riconoscimento o meno del matrimonio fra persone dello stesso sesso, nel caso in cui il rapporto di coniugio costituisca - come nel caso della legge italiana - uno dei presupposti di accesso alla procedura di adozione, potendosi prospettare la configurazione di una discriminazione determinata dall'orientamento sessuale sia nel caso in cui tale matrimonio sia ammesso sia nel caso in cui non lo sia.

Nel caso in cui il matrimonio omosessuale non sia riconosciuto, infatti, pur dovendosi considerare del tutto separati i due profili, quello relativo al matrimonio e quello riguardante l'adozione, la negazione del primo finisce per determinare necessariamente la negazione anche della seconda per le sole coppie formate da persone dello stesso sesso (da questo punto di vista la condizione delle coppie omosessuali - che non si possono sposare - coinciderebbe con quella delle coppie eterosessuali non sposate - ma che possono comunque sposarsi -, essendo precluso ad entrambe le categorie di coppie l'accesso alla procedura adottiva)².

Nel caso in cui invece il matrimonio omosessuale sia ammesso e venga vietato l'accesso alla procedura di adozione alle sole coppie omosessuali, si impone una riflessione sulla ragionevolezza del divieto di adottare in capo a una determinata categoria di coppie sposate, quelle omosessuali, che troverebbe unico fondamento in una valutazione preventiva e assoluta di inidoneità all'adozione, con ciò ponendosi una discriminazione basata sul solo orientamento sessuale (e, dunque, con ciò prospettandosi la violazione dell'art. 3 Cost.) e che non tiene in alcuna considerazione il preminente interesse del minore (determinandosi, quindi, la violazione degli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.)³.

² Si vedano le dichiarazioni contrarie al riconoscimento delle unioni omosessuali, con precisi riferimenti alla riproduzione umana, nell'ambito della discussione in Senato sui cd. DICO, riportate in C. BERGONZINI, "Il convitato di pietra. La posizione del Parlamento sulle unioni omosessuali", in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 37 ss.

³ Su questo aspetto si veda ancora S. BARTOLE - R. BIN (a cura di), *Commentario breve*, cit.



Comune a entrambi i profili - quello relativo al *single* e quello riguardante la coppia omosessuale - e argomento che, lo si anticipa fin da ora, può utilmente contribuire, anche attraverso i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, all'inquadramento (e forse all'individuazione di una possibile soluzione) delle questioni è la considerazione per la quale occorre, in materia di adozione, tenere sempre in preminente conto l'interesse del minore⁴.

1. IL DIVIETO DI ADOZIONE DA PARTE DEI SINGLE.

1.1. I CASI DI ADOZIONE DA PARTE DEI SINGLE PREVISTI DALLA LEGGE N. 184 DEL 1983.

A fronte dell'esclusione dei *single* dalla procedura di adozione quale regola generale, si prevede che i minori, in determinate circostanze, possano essere adottati anche da persone singole (artt. 25 e 44, legge n. 184 del 1983)⁵.

In primo luogo, si prevede che l'adozione possa ugualmente essere disposta, nell'interesse del minore, nel caso in cui uno dei coniugi muoia o diventi incapace durante il periodo di affidamento preadottivo. L'adozione, in particolare, può essere disposta ad istanza dell'altro

⁴ Pur non approfondendo in questa sede tale profilo, si deve richiamare la revisione della Convenzione Europea in materia di adozioni, del 27.11.2008, che prevede che gli Stati membri debbano regolare l'adozione di un bambino da parte di due persone di sesso differente (sposate o registrate ove previsto) o da parte di un *single*. Gli Stati membri, invece, sono liberi di estendere questa possibilità anche alle coppie omosessuali, sposate o registrate, oltre che alle coppie sia eterosessuali sia omosessuali conviventi (art. 7: "Conditions for adoption. 1 The law shall permit a child to be adopted: a) by two persons of different sex: i) who are married to each other, or ii) where such an institution exists, have entered into a registered partnership together; b) by one person. 2 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.", mentre il previgente art. 6 stabiliva che "1 The law shall not permit a child to be adopted except by either two persons married to each other, whether they adopt simultaneously or successively, or by one person. [...]").

L'ordinamento italiano non ha ancora provveduto alla ratifica della Convenzione riveduta, in relazione alla quale si vedano le osservazioni critiche svolte, quando ancora il testo non era stato approvato, da E. LAMARQUE, "Adozione da parte dei *single* omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?", in *Quad. cost.*, 2008, 910, che, oltre a considerare che "per fortuna, invece, come è noto, la cultura giuridica e la società italiane sono molto distanti da quelle dei paesi europei che ammettono l'adozione da parte di una persona sola", ritiene che "i vincoli costituzionali impongano all'Italia di non ratificare questa nuova convenzione" e che, in caso contrario, "si apra la via alla possibile declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione".

⁵ Peraltro, si osservi come l'art. 2, legge n. 184 del 1983, in tema di affidamento del minore consenta al minore, temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, di essere affidato oltre che ad una famiglia – preferibilmente con figli minori – ad una persona singola.

coniuge nei confronti di entrambi (per il caso in cui il coniuge muoia, tale effetto decorre dalla data della sua morte) (art. 25, comma quarto, legge n. 184 del 1983).

Inoltre, se nel periodo di affidamento preadottivo i coniugi si separano, l'adozione, su richiesta di uno o di entrambi i coniugi, può essere ugualmente disposta nei confronti di uno o di entrambi i coniugi, sempre nell'esclusivo interesse del minore (art. 25, comma quinto, legge n. 184 del 1983).

Questi tre casi – adozione disposta in caso di morte, sopravvenuta incapacità e separazione tra i coniugi⁶ – presuppongono comunque che la procedura di valutazione dell'idoneità all'adozione sia stata avviata nei confronti di una coppia sposata, come prevede l'art. 25 della legge n. 184 del 1983.

Le circostanze che si sono esaminate sono successive all'instaurazione del procedimento e non sono idonee a modificare la situazione iniziale che ha legittimato la coppia sposata ad accedervi e, dunque, non superano il presupposto di accesso alla procedura costituito dal matrimonio⁷.

Cionondimeno, si deve osservare come queste previsioni possano effettivamente condurre all'adozione da parte di uno solo dei coniugi (ma che in caso di morte o incapacità viene formalmente pronunciata nei confronti di entrambi i membri della coppia).

⁶ Nulla invece è previsto in relazione al caso in cui la coppia intenda divorziare: si veda sul punto M. DOGLIOTTI, "Conclusa la vicenda dell'adozione da parte del singolo", in *Fam. e dir.*, 1995, VI, 536 ss., che osserva, criticamente, come "è vero che [il divorzio] di regola segue al triennio di separazione, e non potrebbe certo pensarsi ad un affidamento preadottivo protratto così a lungo, e tuttavia vi sono, com'è noto, casi di divorzio (delitti, matrimonio o divorzio all'estero del coniuge straniero, inconsumazione, mutamento di sesso) che prescindono dalla separazione. Non potrebbe sussistere talora la medesima esigenza di salvare il rapporto che si è costruito con il minore per il coniuge che ha 'subito' alcuno di tali comportamenti (ad es., se soggetto passivo di un delitto o se ha visto il coniuge straniero divorziare e contrarre nuovo matrimonio all'estero)? Si potrebbe forse ipotizzare, in tal senso, una questione di legittimità costituzionale."

⁷ Si vedano le osservazioni critiche relative ai casi di adozione da parte dei *single*, di cui agli artt. 25 e 44, legge n. 184 del 1983, di M. DOGLIOTTI, "Conclusa la vicenda", cit. In particolare, in riferimento al primo gruppo di casi (art. 25) l'A. si domanda "Che cosa accadrebbe peraltro, ove l'adozione fosse pronunciata a favore di uno dei coniugi e successivamente essi si riconciliassero? Nel silenzio della norma non sembra ipotizzabile un'estensione dell'adozione all'altro coniuge: tutt'al più si potrebbe pensare, in applicazione dell'art. 44, lettera b), ad un'adozione non legittimamente a favore del genitore (anche adottivo)."

Anche in relazione ai casi di morte e incapacità di uno dei coniugi, l'A. sottolinea come vi sia "l'esigenza di mantenere il rapporto affettivo con il fanciullo" e, con particolare riguardo al primo caso, "viene altresì in considerazione il rispetto della sua volontà e l'omaggio alla sua memoria (ciò spiega perché l'adozione si pronunci a favore di entrambi i coniugi); gli effetti avranno decorrenza diversa (per il coniuge superstite) dalla data del decreto di adozione, per il defunto dalla data della morte (e ciò avrà notevole rilevanza, ad es. per i rapporti successori). In tutti i casi ogni valutazione spetta al Tribunale, che pronuncia nell'esclusivo interesse del minore (e dunque potrebbe, valutando ogni circostanza, respingere l'istanza di adozione ma pure disporla - è da ritenersi - anche soltanto a favore del coniuge capace o di quello superstite)."



La disciplina sull'adozione prevede, in secondo luogo, una serie di casi particolari in cui è consentito l'accesso alla procedura di adozione (non legittimante) ai *single* quando siano uniti al minore da un vincolo di parentela fino al sesto grado o da un preesistente rapporto stabile e duraturo, nel caso in cui lo stesso minore sia orfano di entrambi i genitori (art. 44, primo comma, lett. a), legge n. 184 del 1983); quando il minore sia il figlio, anche adottivo, del coniuge (art. 44, primo comma, lett. b), legge n. 184 del 1983); quando il minore, orfano di entrambi i genitori, sia persona handicappata⁸ (art. 44, primo comma, lett. c), legge n. 184 del 1983) e quando sia accertata l'impossibilità di affidamento preadottivo (art. 44, primo comma, lett. d), legge n. 184 del 1983)⁹.

A fronte di queste specifiche deroghe al principio della *cd. imitatio naturae* e prima di valutare la ragionevolezza delle stesse, occorre interrogarsi sulla conformità a Costituzione della previsione che, al contrario, riconoscesse in via generale il diritto di accedere alla procedura adottiva per le persone singole, quale regola generale.

A questo riguardo e come si è anticipato, vengono innanzitutto in rilievo le disposizioni costituzionali che fondano la tutela del preminente interesse del minore (artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.).

Con particolare riferimento al secondo comma dell'art. 30 Cost., si stabilisce che la legge deve provvedere all'assolvimento dei compiti dei genitori in caso di loro incapacità e, da questo punto di vista, l'intervento da parte dello Stato assume carattere sostitutivo o sussidiario¹⁰.

⁸ La legge n. 104 del 1992, recante "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate", all'art. 3 stabilisce che "È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione. [...]".

⁹ J. LONG, "I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, VI, 675, richiama anche altri due casi in cui è possibile un'adozione (legittimante) da parte di una persona singola, ovvero quando vi sia separazione personale tra i coniugi aspiranti adottanti durante l'affidamento preadottivo e quando sia pronunciata all'estero adozione, su richiesta di un cittadino italiano, residente da almeno due anni nello stesso Paese.

¹⁰ Il carattere eventuale e sussidiario delle misure atte a garantire l'adempimento dei compiti riservati ai genitori nei confronti dei figli "emerse con chiarezza già dalle prime discussioni nella I Sottocommissione, durante le quali furono avanzate alcune perplessità sul rischio di riesumare la concezione fascista per cui «lo Stato si arrogava il diritto di interferire nell'educazione della prole entro l'ambito della famiglia»", in "Art. 30", in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario*, cit., 314.

Si vedano, in relazione ai casi di incapacità dei genitori e all'intervento pubblico sostitutivo, le osservazioni di M. BESSONE, "Art. 30-31", in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1976, 126 ss.

Con specifico riguardo all'art. 30 Cost., si veda quanto osservato da E. LAMARQUE, "Art. 30", in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, UTET, Milano, 2006, 622 ss., che ricostruisce le problematiche sottese, a partire dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, che trattò specificamente il secondo comma della disposizione costituzionale nel contesto delle garanzie economiche e sociali e dei temi



Dalla medesima disposizione costituzionale non sembra potersi trarre una univoca indicazione nel senso che tali misure sostitutive, disposte in favore del minore, debbano necessariamente aderire al requisito della cd. *imitatio naturae*, anche laddove non rispondano al concreto e preminente interesse del minore, così come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale¹¹.

In particolare, in relazione allo stato di abbandono di un minore e all'incapacità di provvedervi della famiglia di origine, la Costituzione non indica quale modello debba essere adottato in relazione alle misure sostitutive quale l'adozione, demandando al legislatore la relativa disciplina in modo che venga garantito il supremo interesse del minore.

Come si è visto, da un lato il legislatore stesso ha deciso di aderire al principio dell'*imitatio naturae*, ma ha anche introdotto deroghe a questa impostazione, e dall'altro lato, come si vedrà oltre, anche la Corte costituzionale ha contribuito a modificare l'originaria impostazione della disciplina intervenendo sulla disposizione relativa ai limiti di età e riconoscendo la rilevanza del periodo di convivenza precedente al matrimonio¹².

relativi all'intervento statale a sostegno dell'infanzia e della famiglia, oltre che del ruolo dei poteri pubblici in relazione all'educazione dei minori stessi, oltre a L. CASSETTI, "Art. 31", *ivi*.

Si vedano, inoltre, M. PEDRAZZA GORLERO – L. FRANCO, "La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali", in *Dir. pubbl.*, 2010, I-II, 247 ss., con particolare riguardo ai riferimenti alla disciplina in materia di adozione, che viene definita l'"istituto familiare più intensamente e contraddittoriamente legato al carattere della naturalità. Sia perché concettualmente ne prescinde, dando vita ad un rapporto di filiazione artificiale che marginalizza o addirittura cancella, quando sia conosciuto o conoscibile, il rapporto naturale retrostante, sia perché, per contro, ad esso si ispira nella previsione dei requisiti, dei diritti e degli obblighi che formano il contenuto del rapporto di filiazione civile", 257.

¹¹ Sul punto si rinvia, oltre che alla citata decisione della CORTE COST., sent. 16.5.1994, n. 183, in *Giur. cost.*, 1994, 1642 ss., alla successiva analisi delle decisioni della stessa Corte costituzionale in materia di limiti di età che devono essere rispettati fra adottanti e adottandi e di rilevanza assegnata al periodo di convivenza della coppia precedente al matrimonio.

¹² In relazione al diritto ad avere un padre e una madre e, dunque, al paradigma di bigenitorialità e di genitorialità eterosessuale, si vedano le osservazioni di M. MANETTI, "Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali", in www.rivistaaic.it, 16 ss., in cui tale paradigma viene ricondotto pur sempre alla famiglia naturale. L'A. affronta la diversa questione relativa all'abbandono di minori da parte dei genitori e all'assunzione dei compiti da parte di terzi, in relazione ai quali "influisce inevitabilmente la valutazione del *best interest* del bambino già nato", *ivi*, 22.

Si vedano ancora M. PEDRAZZA GORLERO – L. FRANCO, "La deriva concettuale", cit., 258, in cui al contrario si afferma: "Che i genitori di un figlio adottivo debbano essere due è un tributo reso alla perfezione del rapporto educativo, che preferisce la doppia figura genitoriale, piuttosto che alla naturalità del rapporto di filiazione e alla opportunità sociale che chi è privo di genitori possa averne almeno uno piuttosto che due o nessuno. Paradossalmente: *la finzione imitatrice non giunge dove la natura è già arrivata*".

Si vedano le osservazioni di P. ZICCHITTU, "La sentenza 3572/2011 della Corte di cassazione", cit., 5, in cui si rileva come "Il supremo interesse del minore diventa allora il criterio ultimo per valutare la congruità allo scopo delle varie tipologie adottive previste dal legislatore, potendo eventualmente giustificare anche uno scostamento dal modello base che accorda [...] preferenza [al]l'adozione soltanto da parte di due persone unite



Con riferimento alla stessa possibilità che i *single* possano accedere alla procedura di adozione, con ciò derogando al principio generale dell'*imitatio naturae*, ma tenendo conto pur sempre conto del preminente interesse del minore, occorre ricordare come la Corte costituzionale, facendo riferimento agli artt. 3, 29 e 30 Cost., abbia chiarito come queste ultime disposizioni “non vincolano l’adozione dei minori al criterio dell'*imitatio naturae* in guisa da non consentire l’adozione da parte di un singolo se non nei casi eccezionali”¹³ previsti dalla legge n. 184 del 1983. Tali disposizioni, infatti, “esprimono una indicazione di preferenza per l’adozione da parte di una coppia di coniugi, essendo prioritaria ‘l’esigenza, da un lato, di inserire il minore in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità, e dall’altro di assicurarli la presenza, sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori’ (sent. n. 198 del 1986)”¹⁴.

in matrimonio”. E, ancora, l’A. rileva come l’adozione nei casi particolari “garantisce di poter ovviare all’inevitabile rigidità di un’unica modalità di adozione al fine di tutelare comunque l’interesse del minore in situazioni che, pur non potendo condurre all’adozione legittimante per carenza dei presupposti minimi richiesti, esigono ugualmente l’instaurazione di vincoli giuridici tra il fanciullo e chi si occupa stabilmente di lui”. Peraltro lo stesso A. condivide la conclusione per cui in considerazione dell’elevato numero di domande che supera il numero di minori adottabili “sembrerebbe comunque incongruo sacrificare le richieste di adozione da parte di coppie sposate per privilegiare le richieste dei singoli”, *ivi*, 6. Tale conclusione però non sembra, ancora una volta, tenere in considerazione la necessità di valutare in concreto il preminente interesse dei minori.

¹³ CORTE COST., sent. 16.5.1994, n. 183, cit., che ha dichiarato l’infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata sull’art. 2, legge n. 357 del 1974, nella parte in cui dà esecuzione all’art. 6, Convenzione europea in materia di adozione di minori del 1967, poiché quest’ultima prevede solo una facoltà, per i legislatori nazionali, di prevedere l’adozione da parte dei *single* e non un obbligo. Nell’*Explanatory Report* della Convenzione del 1967 si legge, in relazione all’art. 6, che “This article relates, in the generally accepted order of preference, first to adoption by a couple, and then to adoption by one person. In a country where the law only permits adoption by a couple, paragraph 1 would not make it obligatory to, introduce adoption by one person.”

Si veda, in senso critico, E. LAMARQUE, “Adozione da parte del ‘single’: fra Corte costituzionale e Corte d’Appello di Roma non c’è dialogo”, in *Giur. it.*, 1995, X, 541 ss., che dopo aver ricordato che nel nostro ordinamento non vi è riconoscimento del diritto di adottare per una persona non sposata e del diritto del minore in stato di abbandono “di avere, a qualsiasi costo, anche solo un genitore” (richiamando anche la sent. 281 del 1994 della Corte costituzionale, nella parte in cui nega che l’adozione da parte dei singoli sia un diritto inviolabile dell’uomo) afferma che “il principio fondamentale affermato da tutta la giurisprudenza costituzionale in materia, secondo il quale l’istituto dell’adozione è finalizzato alla tutela prevalente dell’interesse del minore, da assicurarsi necessariamente in modi diversi a seconda delle circostanze, è incompatibile con il preteso diritto del minore ad avere comunque un genitore, anche se uno solo (e la stessa sent. n. 183 dice che la Costituzione richiede che il legislatore predisponga «la soluzione in concreto più conveniente all’interesse del minore».”

Si veda, inoltre, E. CRIVELLI, *La tutela dell’orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, 50 ss., che ricostruisce puntualmente la vicenda, facendo anche riferimento all’adozione internazionale. L’A. significativamente osserva che “una volta appurato che un intervento normativo che legittimi il singolo all’adozione sarebbe ammissibile dal punto di vista costituzionale, occorre spingersi più in là e domandarsi se la mancanza di siffatta previsione possa rendere incostituzionale l’attuale legge sulle adozioni «per omissione»”, *ibidem*, 53.

¹⁴ CORTE COST., sent. 16.5.1994, n. 183, cit.



In modo significativo, il Giudice delle Leggi ritiene che, pure tenendosi fermo questo criterio di preferenza, “gli artt. 3, 29 e 30 Cost. non si oppongono a un’innovazione legislativa che riconosca in misura più ampia la possibilità che, nel concorso di speciali circostanze, tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta al prudente apprezzamento del giudice, l’adozione da parte di una persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all’interesse del minore.”¹⁵

Sembra, dunque, che la Corte costituzionale, pur non considerandola una scelta costituzionalmente obbligata, non ritenga contrario alla Costituzione la previsione normativa che consentisse ai *single* di accedere alla procedura adottiva, valorizzando, da questo punto di vista, la posizione del minore il cui concreto interesse deve guidare l’intera procedura.

Come si è detto, il legislatore nell’esercizio della propria discrezionalità ha previsto diversi casi in cui è possibile per i *single* accedere alla procedura di adozione, in considerazione delle particolari circostanze in cui si trova il minore e dei rapporti che lo legano all’aspirante adottante.

L’analisi di questi casi consente di svolgere alcune considerazioni critiche sulle medesime scelte del legislatore, che ha deciso di rinunciare al modello di famiglia tradizionale eterosessuale fondata sul matrimonio, tenendo conto anche di quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 183 del 1994¹⁶.

Con riguardo al primo caso (previsto alla lett. a) del primo comma dell’art. 44), la deroga può apparire ragionevole in considerazione della specifica qualità del rapporto che lega l’adottante e l’adottando. Si intende, infatti, assicurare al minore, a fronte della perdita di entrambi i genitori, un contesto familiare in qualche misura già conosciuto.

In ogni caso, però, si nega al minore la possibilità di vivere e crescere all’interno del modello di famiglia ritenuto “migliore”, ovvero la famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio. A questo proposito si può osservare come il rispetto della regola generale – ovvero l’adozione da parte di una coppia sposata – non necessariamente comprometterebbe o annullerebbe la possibilità che la persona già legata al minore possa continuare a essere una figura presente per il minore e anche in qualche modo aiutare la stessa coppia adottante.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ A questo riguardo, si vedano le osservazioni di A. LORENZETTI, “Matrimonio e filiazione: legame indissolubile?”, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 228 s., secondo cui “se il consentire l’adozione alla sola coppia eterosessuale potrebbe trovare un riscontro nei termini della ragionevolezza, presupponendo la necessaria duplicità delle figure genitoriali, consentirla al singolo farebbe venire meno questo presupposto, senza più ragionevolezza nel caso di esclusione per i soli *single* omosessuali”.



Con riferimento alla deroga che riguarda il minore handicappato la riflessione è in parte diversa, poiché diversa in questo caso è stata la motivazione che ha indotto il legislatore a introdurla¹⁷.

Nel caso in cui il minore orfano di entrambi i genitori sia handicappato, “la particolare difficoltà di questa situazione ha indotto a non precludergli la possibilità di un’adozione fondata su requisiti meno rigorosi”¹⁸. Sembra adombrarsi, quindi, l’idea che la condizione di partenza del minore handicappato sia di per sé già sfavorevole e, dunque, si imponga l’accettazione di requisiti meno rigorosi, nel senso di ammettere l’adozione anche da parte di un *single*, perché probabilmente nelle condizioni in cui si trova sarebbe più difficoltoso trovare una famiglia (eterosessuale e fondata sul matrimonio) disposta a occuparsene¹⁹.

A questo proposito si può osservare come, sebbene forse il fondamento della decisione del legislatore si debba trovare in considerazioni relative a dati di fatto che mostrano profili di maggiore problematicità, l’ammissione dei *single* all’accesso alla procedura di adozione di questa categoria di minori considerata svantaggiata perché disabile possa risultare

¹⁷ Si veda a questo proposito M. DOGLIOTTI, “La riforma dell’adozione”, in *Fam. e dir.*, 2001, III, 237 ss., che, oltre a rilevare come questo caso sia stato introdotto con la riforma del 2001, sottolinea che “L’intenzione è buona: è evidente il favore verso una categoria di minori che spesso verrebbero rifiutati dall’adozione legittimante, e sarebbero costretti a vivere fino alla maggiore età in istituto. Ma la previsione potrebbe rivelarsi addirittura controproducente. Da un lato la nozione di handicap, contenuta nella legge richiamata (art. 3, l. n. 104 del 1992) è estremamente ampia e generica, e dunque vi sarebbe il rischio che la deroga fosse invocata anche con riferimento a bambini che non presentino handicap gravi. Per di più trovano difficoltà all’adozione non solo gli handicappati, ma pure i minori difficili, gli adolescenti, ecc. E a tale esigenza già sopperiva la previsione di cui alla successiva lettera del primo comma dell’art. 44: la constatata impossibilità di un affidamento preadottivo. Qui, peraltro, con riferimento agli handicappati, non si richiede un tentativo di adozione legittimante rimasto infruttuoso, ma è possibile percorrere immediatamente la via dell’adozione non legittimante, e ciò potrebbe contrastare con l’interesse dell’adottando; potrebbero addirittura coesistere due procedimenti, magari presso diversi giudici, come accadeva prima della l. n. 184 tra adozione ordinaria e speciale, con esiti del tutto negativi sullo sviluppo della personalità del minore.”

¹⁸ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2009, 738.

¹⁹ Si veda ancora M. DOGLIOTTI, “L’adozione da parte del singolo e la solitudine del giudice”, in *Fam. e dir.*, 1995, I, 33 ss., che, adombrando l’idea che i minori con problematiche fisiche o psicologiche sono certamente meno desiderabili da parte delle coppie sposate eterosessuali, afferma: “Com’è noto, vi è una notevole sproporzione tra minori in abbandono e domande di adozione, e la maggior parte dei richiedenti non vedrà accolta la propria domanda. Se poi si pe[n]sa (ed è opinione comune, anche tra i più accesi sostenitori dell’adozione da parte del singolo) che, almeno tendenzialmente, la presenza di un coppia (e quindi l’esistenza di un ruolo genitoriale materno e paterno) è da preferirsi ad una persona singola, perché più confacente all’interesse del minore e allo sviluppo della sua personalità, è difficile pensare che in concreto qualsiasi persona singola abbia serie probabilità di ottenere in adozione un minore italiano. Salvo che, per le più diverse ragioni (imperfezioni fisiche, difficoltà caratteriali, vicinanza alla maggiore età) quel minore venga sistematicamente rifiutato dalle coppie richiedenti. Ci si avvicinerebbe così ai presupposti propri dell’adozione in casi particolari (per impossibilità di affidamento preadottivo) con la differenza che, in questo caso, l’adozione avrebbe effetti legittimanti.”

irragionevole proprio perché si riserva un trattamento – l’adozione da parte di una singola persona – considerato deteriore rispetto al modello di famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione alla possibilità di un *single* di adottare nel caso in cui sia accertata l’impossibilità di affidamento preadottivo²⁰. In questo caso, però, come stabilisce la disposizione, vi è una previa verifica intorno all’impossibilità di individuare una coppia sposata disposta all’adozione.

Attraverso la previsione di queste deroghe, peraltro, oltre a rinunciare, come si è visto, al modello ritenuto migliore per il minore adottando, il legislatore mostra di non ritenere idonea all’adozione in via aprioristica e generale la categoria delle persone singole aspiranti adottanti.

1.2. IL CASO DEL *SINGLE* AMMESSO ALLA PROCEDURA DI ADOZIONE - PERCHÉ IN POSSESSO DEI REQUISITI RICHIESTI NEI CASI DI ADOZIONE CD. SPECIALE - OMOSESSUALE.

Un altro profilo di riflessione, che consente di avvicinare l’analisi alla questione relativa alle coppie omosessuali, riguarda il caso in cui intenda accedere alla procedura di adozione, come *single* in possesso dei requisiti richiesti e nei casi previsti dalla legge, una persona omosessuale²¹.

²⁰ Si può, infatti, pensare al soggetto che a causa della propria età o della propria condizione personale, come ancora una volta l’handicap, non trovi una famiglia che lo adotti: in questo senso P. TRIMARCHI, *Istituzioni*, cit., 739. Si veda anche P. ZICCHITTO, “La sentenza 3572/2011 della Corte di cassazione”, cit., 6, che fa rientrare in questo caso situazioni “sostanzialmente coincidenti, da un lato, con l’esistenza di situazioni anomale del minore, che rendano impossibile trovare una coppia coniugata disposta ad adottare, dall’altro, con l’esistenza di condizioni fattuali che non appare opportuno travolgere, interrompendo legami già consolidati”.

²¹ A questo riguardo si può richiamare quanto osservato da E. LAMARQUE, “Adozione da parte dei *single* omo e eterosessuali”, cit., 907, che in relazione alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (caso E. B. c. Francia) e pur svolgendo successivamente considerazioni critiche sulla stessa decisione afferma che “se la legislazione di uno Stato non richiede la presenza della coppia genitoriale, ma consente anche di una persona sola di fare domanda di adozione, allora è certamente vietato alle autorità di quello Stato, in quanto discriminatorio, rifiutare la domanda di adozione sulla *sola* base dell’orientamento omosessuale del o della richiedente, qualora sussistano tutti gli altri presupposti previsti dalla legge”.

Riconoscono - non parlando però di diritto ad accedere alla procedura di adozione - la relazione tra riconoscimento del “diritto del *single* all’adozione legittimante, a prescindere dall’orientamento sessuale manifestato” e la conseguente “idoneità all’adozione degli omosessuali [che appunto] diverrebbe comunque possibile già attraverso l’idoneità riconosciuta al *single*” (“e potrebbe consolidarsi con l’adozione dei conviventi una volta che si ammetta la rilevanza giuridica delle coppie dello stesso sesso”), nel caso in cui si intenda aderire alla “teoria dei diritti” (in caso contrario invece, ovvero facendo riferimento al preminente interesse del minore e dunque “secondo una logica di massima protezione sociale”, sostengono che sia opportuno mantenere il requisito matrimoniale, in ragione della maggior garanzia di stabilità, con ciò però non risolvendo la questione delle coppie formate da persone dello stesso sesso che non possono sposarsi e non dando alcun rilievo alla convivenza

Occorre preliminarmente chiarire come l'orientamento sessuale di tipo omosessuale non dovrebbe poter costituire un elemento su cui fondare, in modo esclusivo e assoluto, l'esclusione dalla possibilità di accedere alla procedura di adozione, nel caso in cui siano soddisfatti i requisiti richiesti dalla legge stessa per i casi di adozione speciale. Oltre a considerare i profili di illegittimità costituzionale che potrebbero individuarsi nell'eventualità in cui la legge preveda una simile clausola (in relazione all'art. 3 Cost.), la stessa disciplina non richiede che il *single*, oltre al possesso dei requisiti previsti per le adozioni speciali, non sia omosessuale²² o abbia un determinato orientamento sessuale.

L'orientamento sessuale omosessuale, invece, potrebbe assumere rilievo nella fase di valutazione della idoneità del soggetto all'adozione, che deve tenere conto del preminente interesse del minore. Nel caso in cui fosse accertato un pregiudizio concreto per il minore derivante dall'orientamento sessuale della persona che richiede di adottarlo, sempre sulla base dei requisiti previsti dalla legge, il Tribunale dei minorenni sarebbe legittimato a dichiarare l'inidoneità del soggetto stesso all'adozione²³.

In relazione alla idoneità o meno della persona omosessuale a crescere un minore, si può richiamare quanto di recente statuito dalla Corte di cassazione, se pure la decisione si riferisca specificamente a un caso di affidamento di un minore e non a un caso di adozione²⁴.

La Corte di cassazione, chiamata a decidere un ricorso avverso la decisione della Corte d'Appello che aveva confermato la decisione del Tribunale per i minorenni che aveva disposto l'affidamento esclusivo del figlio alla madre, ha dichiarato inammissibile il motivo di gravame relativo alla mancata motivazione sulla idoneità della madre all'affidamento esclusivo, a fronte della mancata indagine “[...] ‘diretta a verificare se il nucleo familiare

protratta per anni), M. BONOMI – S. GHEZZI, “Famiglia di fatto: la libera unione”, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene editore, Napoli, 2008, 28 s.

²² In questo senso anche E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale*, cit., 54, che rileva come “se si decidesse di riconoscere al singolo la possibilità di adottare [...] sarebbe poi improprio negargli l'idoneità solo in ragione del suo orientamento omosessuale: il diniego dovrebbe essere giustificato con riferimento al caso concreto [...]. Non sarebbe cioè ammissibile, perché discriminatoria, una dichiarazione di inidoneità fondata su una presunta astratta incapacità di un soggetto omosessuale a essere «affettivamente idoneo» a crescere ed educare un figlio”.

²³ Si vedano le osservazioni di M. PEDRAZZA GORLERO – L. FRANCO, “La deriva concettuale”, cit., 266 ss., in relazione ai casi di adozione per i *single*, in cui, a fronte della possibilità che ad accedere alla procedura adottiva sia un *single* omosessuale, si sottolinea come occorra “operare con competente sensibilità affinché un'adozione particolare in favore di una persona omosessuale non determini pregiudizi a danno del minore. E tuttavia, ove tali pregiudizi non dovessero darsi e la soluzione dell'adozione particolare disposta rispetto a persona omosessuale si presentasse come la migliore possibile per il minore, ostacoli di altra natura non avrebbero ragione di frapporsi”. Peraltro gli stessi Autori rilevano come “l'ipotesi prospettata non appare tuttavia di facile realizzazione”, se si escludono gli ordinamenti che ammettono la possibilità di adozione per persone omosessuali.

²⁴ CORTE CASS., sent. I sez. civ., 8.11.2012, n. 601 del 2013, in www.federalismi.it



della madre composto da due donne, tra di loro legate da relazione omosessuale, fosse idoneo, sotto il profilo educativo, ad assicurare l'equilibrato sviluppo del minore' in relazione al suo diritto 'ad essere educato nell'ambito di una famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio'".

Ad avviso della Corte, infatti, "non risulta alcuna specificazione delle ripercussioni negative, sul piano educativo e della crescita del bambino, dell'ambiente familiare in cui questi viveva presso la madre".

Significativamente, la Corte di cassazione specifica che "Alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pre-giudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino".

Accanto alla mancata dimostrazione da parte del ricorrente della inidoneità (in concreto) della madre all'affidamento esclusivo in ragione della sua condizione di omosessuale, sempre in relazione al preminente interesse del minore la Corte di cassazione richiamando quanto stabilito dalla Corte d'Appello chiarisce che quest'ultima "ha invece ampiamente motivato [...] la ostatività del comportamento del ricorrente (aggressione alla convivente dell'intimata e diserzione delle visite al bambino) all'affidamento congiunto". La Corte d'Appello peraltro in riferimento all'aggressione ai danni della convivente della madre e alle ripercussioni sul minore aveva sottolineato come fosse irrilevante che l'episodio non avesse riguardato la madre, poiché la convivente era pur sempre una persona familiare per il figlio.

Vengono dunque in rilievo, da un lato, la considerazione per la quale l'orientamento sessuale omosessuale potrebbe rilevare nell'ambito della valutazione di idoneità all'adozione in ragione della necessità di considerare il preminente interesse del minore e, dall'altro lato, la conseguenza per cui, laddove se ne dimostrino le effettive conseguenze pregiudizievoli, lo stesso orientamento sessuale potrebbe fondare la decisione di dichiarare l'inidoneità del *single* richiedente, che pure abbia i requisiti di accesso alla procedura previsti dalla legge.

Finora ci si è soffermati sulla eventuale incidenza dell'orientamento sessuale di tipo omosessuale sulla procedura di adozione, cui acceda un *single*. Queste considerazioni, però, devono necessariamente valere anche nel caso in cui l'orientamento sessuale sia eterosessuale, a meno di non voler considerare in modo irragionevolmente diverso un certo orientamento sessuale, quello omosessuale, rispetto all'altro (in caso contrario, ancora una volta, si configurerebbe una violazione dell'art. 3 Cost.).

Tale conclusione pare imporsi, a meno di non volere sostenere aprioristicamente che una certa categoria di soggetti - i soggetti omosessuali - non siano di per sé idonei all'adozione. Ma questo assunto, a fronte della mancanza di univoci riscontri scientifici, non appare sostenibile, se non a rischio di porre in essere una discriminazione fondata esclusivamente

sull'orientamento sessuale di tipo omosessuale (art. 3 Cost.), che, soprattutto, non tiene in nessun conto il concreto e superiore interesse del minore (artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.).

La legge stessa, come si è anticipato, nel disciplinare i casi che legittimano anche i *single* ad accedere alla procedura di adozione (cd. casi speciali), non fa alcun esplicito riferimento all'orientamento sessuale di tipo omosessuale né in relazione ai requisiti di accesso, né con riguardo ai criteri che il Tribunale per i minorenni può e deve tenere in considerazione al fine della valutazione di idoneità.

Laddove, quindi, si ammetta che l'orientamento sessuale possa costituire, fra gli altri, un elemento di valutazione della idoneità ad adottare - e non quindi un ostacolo di per sé stesso all'accesso alla procedura di valutazione - dovrebbe necessariamente prendersi in considerazione l'orientamento sessuale anche di tipo eterosessuale. Una simile esclusione, infatti, determinerebbe una ingiustificata discriminazione nei confronti della categoria di soggetti *single* - in possesso dei requisiti previsti dalla legge - che hanno un orientamento di tipo omosessuale e si fonderebbe su una valutazione astratta di inidoneità all'adozione di una certa categoria di soggetti, basata esclusivamente sull'orientamento sessuale.

A questo proposito si pongono ulteriori profili di criticità, sempre ammettendo che l'orientamento sessuale (generalmente considerato e, dunque, comprendente l'orientamento sia eterosessuale sia omosessuale) possa costituire valido indice di valutazione di idoneità all'adozione.

Sotto un primo profilo, ci si può soffermare sulle modalità con cui raggiungere la stessa prova dell'orientamento sessuale, laddove il *single* non lo renda noto o dichiararsi di non volerlo rendere noto. In questo caso, sembra difficile ritenere che un simile atteggiamento possa di per sé escludere l'idoneità all'adozione.

In secondo luogo, anche laddove il *single* dichiararsi la propria inclinazione sessuale (omosessuale o eterosessuale), si pongono una serie di interrogativi: con quali modalità di indagine si può procedere, al fine della valutazione sulla idoneità o meno all'adozione, una volta che sia dimostrata una determinata inclinazione sessuale?

Inoltre, si può ritenere che vi siano elementi di differenza, sempre ai fini della valutazione di idoneità, tra l'orientamento omosessuale e quello eterosessuale? Se non vi sono studi scientifici unanimi intorno all'idoneità o meno dei soggetti omosessuali a crescere un bambino, ce ne sono forse in relazione ai soggetti eterosessuali?

Sarebbe possibile, e in che modo, tenere conto, una volta dichiarata l'idoneità o l'inidoneità del soggetto omosessuale o eterosessuale, di eventuali cambiamenti di orientamento sessuale nel corso della vita del *single* che ha adottato?²⁵

²⁵ Si veda, per esempio, quanto rileva anche A. LORENZETTI, "Matrimonio e filiazione: legame indissolubile?", in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 228, laddove, in relazione al riconoscimento dell'adozione da parte del *single*, oltre a "considerare come il divieto alla persona omosessuale si presti ad una discriminazione fondata

Se e come si potrebbe tenere conto anche dell'orientamento bisessuale?

Se e come sarebbe possibile tenere conto dell'instaurazione di relazioni sentimentali da parte del *single* cui sia stato dato in adozione un minore?

1.3. LE INDICAZIONI PROVENIENTI DALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

In relazione al divieto di accedere alla procedura di adozione da parte del *single* fondato sulla sola considerazione che il soggetto è omosessuale e senza alcuna verifica del caso concreto - poiché una effettiva verifica del caso concreto imporrebbe, per non risultare irragionevolmente discriminatoria, di indagare se non risulti pregiudizievole nei confronti del minore anche l'orientamento sessuale eterosessuale, con i profili di criticità posti in evidenza - si possono richiamare le considerazioni svolte dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Quest'ultima, peraltro, ha chiarito che, se pure non possa dedursi dalla Convenzione EDU il diritto di adottare, non deve essere esclusa la possibilità per la Corte stessa di verificare se vi siano discriminazioni irragionevoli determinate dalle legislazioni nazionali²⁶.

In particolare la Corte EDU è stata chiamata a giudicare nell'ambito di giudizi aventi per oggetto la questione del diritto di *single* omosessuali ad adottare e dalle motivazioni che fondano le rispettive decisioni si possono trarre importanti e utili indicazioni in ordine alla valutazione della ragionevolezza del divieto posto dalla normativa italiana.

Viene innanzitutto in rilievo la decisione del 2002 (caso Fretté c. Francia)²⁷, relativa al diniego – ritenuto contrastante con gli artt. 8 e 14 CEDU - disposto dalle autorità francesi all'autorizzazione ad adottare un bambino da parte di un *single*, le cui scelte di vita erano state

esclusivamente sull'orientamento sessuale”, osserva come non si esaurisca “l'ulteriore questione di come regolare l'eventuale creazione di un legame omosessuale successivo all'adozione, che aprirebbe ad esiti paradossali”.

E, ancora, M. PEDRAZZA GORLERO – L. FRANCO, “La deriva concettuale”, cit., 267, che, pur riconoscendo la possibilità di revocare l'adozione, non ritengono che si possano ricondurre ai motivi di revoca previsti dalla legge i casi di “rapporto riconducibile a quello della famiglia di fatto tra l'adottante ed un'altra persona” o di instaurazione di “una relazione di carattere omosessuale con un'altra persona” da parte dell'adottante.

²⁶ Per una ricostruzione di questi aspetti, si veda S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, con riferimento agli artt. 8, 12 e 14 CEDU.

²⁷ CORTE EDU, sent. 26.2.2002, n. 36515, a commento della quale si rinvia a E. VARANO, “La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare”, in *Fam.*, 2003, II, 537 ss.

Nel precedente Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo (1999), invece, la Corte EDU si era pronunciata in relazione a un caso in cui vi era già un rapporto genitoriale, poiché si trattava di decidere sull'affidamento di un minore, dopo il divorzio dei genitori. La Corte EDU, in particolare, aveva riconosciuto come la decisione che aveva negato l'affidamento al ricorrente (che dopo la separazione dal coniuge aveva iniziato una relazione omosessuale) non era conforme alla CEDU, poiché si basava in modo determinante sull'orientamento sessuale.



ritenute inidonee a garantire condizioni familiari, educative e psicologiche adeguate per il suo sviluppo.

La Corte EDU innanzitutto riconosce che l'omosessualità dichiarata del ricorrente ha costituito fondamento determinante della decisione di rifiutare l'autorizzazione all'adozione, che pure intendeva perseguire un interesse legittimo, ovvero l'interesse del minore (§ 38). Con riferimento alla disparità di trattamento che in questo modo si potrebbe determinare tra diverse categorie di aspiranti adottanti, in ragione dell'orientamento sessuale, la Corte EDU riconosce come in materia si debba riconoscere agli Stati un ampio margine di discrezionalità, in ragione della mancanza di un comune consenso, circostanza che però non esime dalla verifica intorno alla conformità delle discipline nazionali rispetto alla CEDU (§ 41).

Nel caso sottoposto al giudizio della Corte EDU, quest'ultima ritiene che le giustificazioni del governo francese risultino obiettive e ragionevoli e, pertanto, non vi sia alcuna discriminazione, in considerazione delle divergenze che si registrano intorno agli effetti sui bambini delle adozioni da parte di uno o due soggetti omosessuali (§§ 42-43)²⁸.

Occorre considerare come l'assunto, del tutto condivisibile, per cui il preminente interesse del minore può ragionevolmente limitare il diritto di adottare da parte di un soggetto omosessuale, non tenga conto del fatto che, nel caso di specie, non vi era stata una valutazione operata nel caso concreto e dunque in relazione a un bambino specificamente individuato, nei cui confronti le scelte di vita – omosessuali – del richiedente avrebbero potuto determinare effetti pregiudizievoli. Proprio in relazione a questa considerazione il ricorrente osservava come vi fosse una sorta di “presunzione inconfutabile che nessun omosessuale offra garanzie sufficienti per accogliere un bambino da adottare” (§ 35) e che “L'interesse dei bambini che attendono di essere adottati impone, invece, che nessuna categoria di genitori adottivi sia esclusa per motivi che non hanno nulla a che vedere con le loro qualità umane e educative” (§ 35).

Il preminente interesse del minore giustifica, quindi, ad avviso della Corte EDU, la negazione del diritto ad accedere alla procedura di valutazione di idoneità ad adottare qualsiasi bambino da parte di qualsiasi *single* omosessuale, poiché non vi è consenso della comunità scientifica sulle conseguenze di una simile adozione.

Nel successivo caso E. B. c. Francia, che risale al 2008, invece, la Corte EDU muta il proprio orientamento e ritiene che, dovendosi individuare solide giustificazioni per un trattamento differenziato fondato sull'orientamento sessuale, costituisca violazione degli artt. 8 e 14 CEDU il mancato riconoscimento dell'idoneità di un soggetto all'adozione fondato sul

²⁸ E. LAMARQUE, “Adozione da parte dei *single* omo e eterosessuali”, cit., 907, osserva come “una volta stabilito che la domanda di adozione del *single* omosessuale era stata respinta dalle autorità francesi a causa delle sue dichiarate inclinazioni sessuali, la Corte europea avrebbe dovuto senz'altro rilevare la discriminazione senza dare alcun peso alla divergenza delle legislazioni nazionali”.



fatto che sia omosessuale e sulla considerazione per la quale manca nel nucleo familiare una figura genitoriale di sesso diverso rispetto al richiedente²⁹.

In particolare, l'ordinamento consente l'accesso all'adozione da parte dei *single* e pertanto la richiesta della presenza di una seconda figura genitoriale appare del tutto contraddittoria. Ancora più contraddittoria risulta la richiesta - da parte delle autorità francesi - che questo secondo soggetto sia di sesso diverso rispetto all'aspirante richiedente, poiché in tal modo si escludono di fatto le richieste provenienti da soggetti omosessuali.

La considerazione per la quale, nel caso di specie, la convivente dell'aspirante adottante aveva dichiarato di non volere partecipare al progetto educativo del minore adottato³⁰, se pure rientra nell'ambito della valutazione concreta del preminente interesse di quest'ultimo, non è idonea a superare l'irragionevolezza dell'altra argomentazione posta a fondamento del diniego all'adozione, ovvero quella relativa alla mancanza nel nucleo familiare di un soggetto di sesso diverso rispetto a quello dell'aspirante adottante.

2. IL DIVIETO DI ADOZIONE DA PARTE DELLA COPPIA OMOSESSUALE.

2.1. IL DIVIETO PER LE COPPIE OMOSESSUALI E I CASI DELL'ADOZIONE, DELLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E DEL MATRIMONIO FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO ORIGINARIO, MA NON PIÙ ATTUALE.

La scelta di ritenere legittimate ad accedere alla procedura di adozione le sole coppie sposate esclude in via automatica l'accesso per le coppie i cui membri siano dello stesso sesso, poiché nel nostro ordinamento, come noto, non è riconosciuto il matrimonio omosessuale³¹.

²⁹ Sulla decisione si veda J. LONG, "I giudici di Strasburgo socchiudono le porte", cit., e, in senso fortemente critico, E. LAMARQUE, "Adozione da parte dei *single* omo e eterosessuali", cit.

³⁰ Peraltro in relazione a tale aspetto osserva criticamente E. CRIVELLI, "Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull'adozione da parte di coppie omosessuali", in *Quad. cost.*, 2012, III, 674, come in questo caso la Corte EDU abbia "reso possibile la costituzione di un legame di adozione con una persona singola che convive con un partner non interessato ad instaurare un rapporto affetti con l'adottato, mentre [nel caso successivamente affrontato, Gas e Dubois c. Francia] la minore non può godere del vantaggio di avere due genitori che chiedono di condividere i diritti e i doveri della potestà parentale".

³¹ Sulla questione del matrimonio fra persone dello stesso sesso, si veda R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit. A commento di CORTE COST., sent. 15.4.2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 1604 ss. - cui seguono ord. 22.7.2010, n. 276, in *Giur. cost.*, 2010, 3386 ss., e ord. 5.1.2011, n. 4, in *Giur. cost.*, 2011, 36 ss. - si vedano M. D'AMICO, "Una decisione ambigua", in *Notizie di Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche*, n. 100, 2010, 85 ss., R. ROMBOLI, "Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»", in *Giur. cost.*, 2010, 1629 ss., B. PEZZINI, "Il matrimonio *same sex* si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent.



In questo senso, la legge che regola la procedura di adozione e che ne limita l'accesso alle sole coppie sposate e dunque eterosessuali ha inteso assicurare al minore, come si è anticipato, un ambiente familiare di crescita e di sviluppo che si avvicini quanto più è possibile al modello cd. tradizionale di famiglia, i cui membri siano di sesso diverso e uniti dal vincolo matrimoniale, ritenuto maggiormente idoneo a garantire stabilità e continuità nel rapporto con l'adottando (cd. *imitatio naturae*).

Occorre a questo proposito considerare come ormai non si possano più ritenere indissolubilmente legati da un lato l'istituto matrimoniale e dall'altro la filiazione, la procreazione e la genitorialità³².

Nel nostro ordinamento, infatti, si possono individuare alcune deroghe al modello tradizionale che unisce la famiglia intesa quale società naturale fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.) alla filiazione e alla procreazione. Queste deroghe inducono, ancora una volta, a riflettere sulla ragionevolezza dell'esclusione dall'accesso alla procedura adottiva delle coppie omosessuali.

Oltre ai casi in cui le coppie sposate pure eterosessuali non vogliono o non possono avere figli³³, viene in rilievo la stessa disciplina dell'adozione, che, pur intendendo fare fronte a una situazione di fatto (quella relativa alla condizione in cui si trovano i minori in condizione di

n. 138 del 2010 della Corte costituzionale”, in *Giur. cost.*, 2010, 2715 ss., e A. MELANI, “Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta”, in www.forumcostituzionale.it.

³² A. D'ALOIA, “Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale”, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 105, dopo aver sottolineato a proposito della questione di legittimità costituzionale del divieto di matrimonio omosessuale che “una cosa è dire che il rapporto genitoriale non è co-essenziale al matrimonio, altro è dire che è escluso in radice, che non ci deve essere, che è vietato, che uno stesso istituto giuridico (vale a dire il matrimonio) può (anzi deve) avere declinazioni diverse in alcuni dei suoi elementi principali, sebbene non obbligatoriamente collegati”, rileva significativamente come “ammettere il matrimonio omosessuale pone il problema di accettare anche la genitorialità (ovviamente nelle forme possibili: adozione e procreazione medicalmente assistita) per queste coppie; o altrimenti di trovare una giustificazione razionale al fatto che (solo) ad un matrimonio sia preclusa la proiezione ‘genitoriale’ (nel caso della L. 40/04, è espressamente indicato come requisito soggettivo di accesso alla pma che la coppia deve essere formata da soggetti di sesso diverso, coniugati o conviventi). Si vuole questo risultato? Si pensa che sia costituzionalmente ragionevole o addirittura obbligato, al punto che il Giudice costituzionale possa esplicitarlo direttamente?”.

³³ Su questo aspetto, sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, “Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla Corte costituzionale”, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 210, e anche a A. PUGIOTTO, “Alla radice costituzionale dei ‘casi’: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»”, in www.forumcostituzionale.it, che arricchisce ulteriormente l'elenco delle coppie sposate “certamente destinate a non avere naturalmente figli”, aggiungendo la coppia di anziani, le nozze celebrate in punto di morte e la coppia in cui la donna sia in menopausa.

abbandono), crea un vincolo giuridico, che non è quindi biologico, fra i due componenti della coppia adottante e l'adottando. Inoltre, come si è visto, in alcuni casi è consentita anche al *single* la possibilità di adottare, con ciò configurandosi, oltre al legame giuridico e non biologico, una cd. famiglia monoparentale.

In secondo luogo, nel nostro ordinamento è consentito accedere, a determinate condizioni, alla procreazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 2004³⁴). Da questo punto di vista, il legislatore ha inteso farsi carico di una ben diversa situazione di fatto rispetto a quella relativa all'adozione, non riconducibile alla posizione dei minori, ma a quella della coppia che intende accedere alle tecniche assistite di riproduzione.

La legge n. 40, infatti, intende dare soluzione ai problemi di sterilità e infertilità (art.1) e permette esclusivamente alle coppie, coniugate o conviventi, di sesso diverso, in età potenzialmente fertile e i cui membri siano entrambi viventi e maggiorenni, l'accesso alle tecniche nel caso in cui non vi siano altri strumenti per superare questa condizione (art. 5)³⁵.

Anche in questo caso, dunque, con riferimento alla coppia coniugata viene a modificarsi la modalità della procreazione, che non è naturale, mentre con riferimento alla coppia convivente – e comunque eterosessuale, come espressamente richiesto dalla legge – si dà rilievo a una unione di fatto a cui, al contrario, non viene accordata alcuna rilevanza nella disciplina dell'adozione se non al limitato fine di considerare raggiunto il periodo di tre anni richiesto dall'art. 6, legge n. 184 del 1983, in relazione al rapporto di coniugio.

Resta, quindi, escluso per una coppia convivente anche per un tempo superiore ai tre anni (che quindi potrebbe soddisfare il requisito della stabilità del rapporto richiesto dalla legge e ritenuto soddisfatto, invece, esclusivamente attraverso il vincolo matrimoniale) di accedere alla procedura di adozione, quando invece è permesso l'accesso – sussistendone le ulteriori condizioni – alla procreazione medicalmente assistita, che, peraltro, a questo fine, non richiede un periodo di tempo minimo di convivenza³⁶.

³⁴ Legge n. 40 del 2004, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”.

³⁵ Per osservazioni critiche sui requisiti relativi alla necessaria preesistenza di una coppia eterosessuale al fine dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita, si veda anche S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzionale. Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2012, 105 ss. In particolare, l'A., *ivi*, 107, pur rilevando come taluni requisiti soggettivi di accesso siano posti in relazione a “una duplice preoccupazione: la prima, più pressante e concreta, di porre un argine almeno ai casi più altamente problematici e controversi che, pure nella pratica, frequentemente si verificano e trovano, puntualmente, grande eco e risonanza nei mass-media (si pensi, fra gli altri, alla richiesta avanzata da coppie dello stesso sesso, al fenomeno delle c.d. mamme-nonne ovvero alla fecondazione col seme del compagno defunto); la seconda, più generale – che s'intravede, invece, sullo sfondo – di riprodurre una situazione il più possibile assimilabile a quella ‘naturale’ della comune triangolazione madre-padre-concepito, riaffermando così con vigore la natura *relazionale* della procreazione a fronte di metodiche che, svincolando la riproduzione dalla congiunzione sessuale, permettono ad un sesso di poter *potenzialmente* fare a meno dell'altro”, non manca di rilevare come vi siano “nodi problematici”.

³⁶ Si vedano le osservazioni di M. MANETTI, “Famiglia e Costituzione”, cit., 15, che in relazione alla legge n. 40 del 2004 rileva come “ammettere alla fecondazione artificiale le coppie non sposate, senza richiedere una

Risulta, invece, del tutto precluso l'accesso del *single* alle tecniche di riproduzione assistita³⁷, quando invece, nell'ambito dell'adozione, è consentito – nei casi di cui si è detto – accedere alla procedura di valutazione di idoneità all'adozione.

L'esclusione delle coppie omosessuali è prevista da entrambe le discipline (legge n. 184 del 1983 e legge n. 40 del 2004), ma con formulazione diversa, poiché nel primo caso essa risulta una diretta conseguenza del mancato riconoscimento nel nostro ordinamento del matrimonio fra persone dello stesso sesso, mentre nel secondo caso essa è esplicitamente prevista attraverso il requisito della diversità di sesso dei membri della coppia convivente (per la coppia sposata, la diversità di sesso può, ancora una volta, considerarsi implicita stante il divieto di contrarre matrimonio per le persone dello stesso sesso)³⁸ e il divieto di fecondazione eterologa (che costituisce l'unica possibilità di "procreazione"³⁹ per la coppia omosessuale).

durata minima della convivenza (e quindi l'accertamento di una relativa stabilità), appare contraddittorio con lo spirito della legge, che intende assicurare ai nascituri da PMA la più ampia protezione possibile".

³⁷ Occorre comunque considerare come sia forse improprio parlare di "accesso del *single*" alla procreazione artificiale, poiché ai fini di una gravidanza è pur sempre necessaria una coppia eterosessuale. Si dovrebbe in questo caso parlare di "accesso disgiunto" alle tecniche assistite o di "accesso da parte di due persone che non formano una coppia".

³⁸ Il requisito della diversità di sesso per i componenti della coppia che intende accedere alle tecniche di procreazione assistita - stabilito espressamente dall'art. 5, legge n. 40 del 2004 - si collega anche alla previsione di cui al terzo comma dell'art. 4, in cui si pone un divieto assoluto di ricorrere alla donazione esterna alla coppia di gameti femminili o maschili. In questo senso, infatti, è necessario che la coppia sia eterosessuale, dovendosi utilizzare, se pure con l'ausilio delle tecniche assistite, gameti femminili e maschili interni alla coppia stessa.

Sulle problematiche relative alla questione di legittimità costituzionale della disposizione che vieta la cd. fecondazione eterologa, sia consentito il rinvio a M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte Costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

Da ultimo, a seguito dell'ordinanza di restituzione degli atti della Corte costituzionale ai giudici che avevano sollevato la relativa questione (ord. 7.6.2012, n. 150, in *Giur. cost.*, 2012, 2050 ss., su cui si vedano, fra gli altri, R. ROMBOLI, "[Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte EDU come *ius superveniens* e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa](#)", in *Consulta OnLine*, 2013, e I. PELLIZZONE, "Sentenza della Corte Europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale", in [www.rivistaaic.it](#)), tutti e tre i Tribunali hanno deciso di risollevarla la questione (TRIBUN. FIRENZE, ord. 28.3.2013, TRIB. MILANO, ord. 29.3.2013, TRIB. CATANIA, ord. 29.3.2013). Si segnala che il Tribunale di Catania ha deciso di risollevarla la questione in sede di reclamo al Collegio proposto contro la decisione di segno opposto del giudice monocratico (ord. 7.1.2013).

³⁹ Si deve in ogni caso osservare come in relazione alla coppia omosessuale risulti forse improprio parlare di "capacità procreativa" e di "procreazione": se da un lato si potrà verificare il caso che uno o entrambi i membri della coppia siano affetti da sterilità o infertilità, in ogni caso, come è ovvio, sono impossibilitati alla procreazione "omologa" a causa dell'appartenenza di entrambi al medesimo sesso.



In terzo luogo, si può richiamare il caso del transessualismo, in relazione al quale, come è noto, la persona che si sottoponga a una specifica operazione chirurgica può mutare il proprio sesso e, dunque, sposarsi con una persona del suo stesso sesso originario, ma non più attuale⁴⁰.

In questo caso la coppia così composta può contrarre matrimonio, con ciò potendo accedere sia alla procedura di adozione⁴¹ sia alla procreazione medicalmente assistita.

In relazione alla possibilità di accedere alle tecniche di riproduzione assistita, stante il divieto di donazione di gameti esterni alla coppia, il riconoscimento di questa possibilità risulta del tutto compromesso, sia che la coppia si sposi sia che conviva, rilevando necessariamente ai fini della procreazione anche assistita la diversità di sesso (requisito che risulterebbe invece rispettato, stando alle disposizioni di legge in materia di rettificazione del sesso).

In relazione alla possibilità di accedere alla procedura di valutazione di idoneità all'adozione si è stabilita l'irrelevanza - quantomeno in via generale e astratta - della condizione di transessualità di uno dei coniugi, come "logico corollario di due principi"⁴², ovvero il superiore interesse del minore e il divieto di discriminazione determinata dalle modalità di attribuzione del sesso⁴³ (applicando queste medesime considerazioni al caso della coppia omosessuale, si tratterebbe del divieto di discriminazione determinata non dalla modalità di attribuzione del sesso, quanto dall'orientamento sessuale).

Il riferimento al superiore interesse del minore, che deve governare l'intera procedura di valutazione di idoneità all'adozione, impone infatti che la considerazione dell'orientamento sessuale e dell'identità sessuale possa rilevare solo quando "essa non rimanga confinata

⁴⁰ Legge n. 164 del 1982, recante "Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso". A questo proposito, per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di riconoscimento del diritto di sposarsi per la persone che mutino il proprio sesso, sia consentito rinviare ancora a B. LIBERALI, "Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio", cit.

Si vedano, inoltre, le osservazioni di M. MANETTI, "Famiglia e Costituzione", cit., 19 s., in merito alla "conservazione dell'alterità dei ruoli sessuali" nel caso del matrimonio tra due persone dello stesso sesso e non più attuale.

⁴¹ Si rinvia alle osservazioni di E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale*, cit., 56, in riferimento alla decisione del TRIB. PERUGIA, 22.7.1997, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, 593 ss., che ha dichiarato l'idoneità ad adottare di una coppia sposata composta da persone dello stesso sesso originario e non più attuale. In particolare, il Tribunale ha sottolineato come fosse irrilevante la condizione transessuale ai fini della valutazione di idoneità genitoriale della stessa coppia.

⁴² In questo senso J. LONG, "Essere genitori transessuali", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, VII-VIII, 236.

Si veda, ancora, la decisione del TRIB. PERUGIA, 22.7.1997, cit.

⁴³ Si rinvia ancora a J. LONG, "Essere genitori transessuali", cit., in cui si ricostruiscono le "due diverse modalità di attribuzione del sesso meritevoli di pari dignità morale e giuridica" oltre al riconoscimento stesso, in alcuni paesi e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, del divieto di discriminazione basato su queste modalità.



esclusivamente nella sfera dell'adulto ma influisca *in concreto* sulla relazione tra genitore e figlio e dunque sulla situazione del bambino"⁴⁴. Peraltro, si è rilevato come l'aspirante adottante non possa tacere la propria condizione di transessuale, poiché deve essere acquisito da parte del Tribunale per i minorenni "ogni elemento utile alla ricostruzione della «situazione personale, familiare e sanitaria degli aspiranti genitori adottivi»"⁴⁵.

A fronte di queste considerazioni, relative a casi in cui si ammettono in via generale e astratta determinate categorie di soggetti (coppie eterosessuali che naturalmente non procreano o non vogliono procreare; coppie formate da persone dello stesso sesso originario, ma non più attuale; *single*, alle condizioni previste dalla legge) alla procedura di valutazione di idoneità all'adozione, emerge come sia sempre necessario verificare in concreto la soddisfazione del preminente interesse del minore, attraverso l'accertamento dell'idoneità degli aspiranti adottanti.

Da questo punto di vista, si possono richiamare le considerazioni svolte in merito alla possibilità per il *single* di accedere alla procedura, anche quando il suo orientamento sia omosessuale. Per il *single* che intenda accedere alla procedura di valutazione di idoneità all'adozione, anche ammettendo che l'orientamento sessuale possa rilevare ai fini di questa valutazione, necessariamente occorre considerare non solo l'orientamento omosessuale, ma anche quello eterosessuale.

Parimenti, sempre ammettendo che l'orientamento sessuale debba o possa rilevare in relazione alla necessità di tutelare il preminente interesse del minore e in relazione alla possibilità di accesso alla procedura adottiva da parte della coppia omosessuale, l'orientamento sessuale dovrebbe essere preso in considerazione anche nel caso in cui intenda accedere all'adozione la coppia eterosessuale.

Ritenere in via generale e astratta che solo in relazione alla coppia omosessuale debba essere preso in considerazione l'orientamento sessuale o che comunque l'orientamento omosessuale renda inidonee di per sé all'adozione le coppie omosessuali⁴⁶ comprometterebbe

⁴⁴ J. LONG, "Essere genitori transessuali", cit., 237.

⁴⁵ J. LONG, "Essere genitori transessuali", cit., 245.

⁴⁶ Si veda, fra gli altri, G. GRASSO, "Due tesi sull'irriducibilità del paradigma eterosessuale del matrimonio", in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 185, che ritiene che "rispetto al già citato diritto fondamentale di un bambino ad avere un padre e una madre, riconoscere alla coppia omosessuale la possibilità di avere un figlio violerebbe, questo sì, il principio di uguaglianza formale, perché il legislatore andrebbe a disciplinare in modo uguale due situazioni radicalmente diverse, basate su un tipo di relazioni affettive non commensurabili", peraltro rilevando – precedentemente alla decisione sulla questione del matrimonio omosessuale – che la Corte costituzionale "dovrebbe [...] [ribadire] l'esistenza di due vincoli costituzionali che appaiono insormontabili, relativi alla possibilità che, all'interno di tale nuovo istituto, una coppia *same-sex* possa ottenere l'adozione di un figlio o possa ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita, per avere figli".



la stessa valutazione di idoneità che, invece, deve tenere conto delle circostanze del caso concreto, in modo da garantire, nel modo migliore possibile, la tutela e l'interesse del minore.

A questo proposito e tenendo in considerazione come debba prevalere il concreto interesse del minore adottando, non si possono certamente ignorare le eventuali conseguenze negative che potrebbero ripercuotersi sul minore medesimo nel caso in cui si trovi a crescere in una famiglia omogenitoriale. Ci si riferisce, in particolare, non tanto a una oggettiva inadeguatezza della coppia omosessuale a crescere il minore, quanto al contesto sociale che le attribuisce questa inadeguatezza⁴⁷.

Anche in mancanza di studi scientifici univoci sulle conseguenze – negative o positive che siano – sul minore cresciuto da una coppia omosessuale, nell'ambito della valutazione concreta intorno alla idoneità all'adozione il contesto sociale che non accetta o considera problematico un nucleo familiare composto da persone dello stesso sesso potrebbe determinare una dichiarazione di inidoneità, proprio in considerazione delle conseguenze negative che derivano direttamente non tanto dalla coppia omosessuale quanto dalla mancata accettazione da parte della società della famiglia omogenitoriale⁴⁸.

Considerazioni di questo tenore, peraltro, potrebbero valere anche nel caso della coppia formata da persone dello stesso sesso originario, ma non più attuale, che, una volta sposate e quindi una volta in possesso del requisito del vincolo matrimoniale, possono, al contrario della coppia omosessuale, accedere alla procedura di valutazione al fine dell'adozione⁴⁹, e, ancora una volta, troverebbero la propria giustificazione solo nella prospettiva di dover garantire il preminente e concreto interesse del minore.

⁴⁷ Si veda ancora A. LORENZETTI, "Matrimonio e filiazione" cit., 229, che in relazione all'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione svolge osservazioni critiche in merito alla necessità di una doppia figura genitoriale eterosessuale, e M. MANETTI, "Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione", *ivi*, 233.

⁴⁸ Si veda quanto rileva L. IMARISIO, "L'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio civile: la strada maestra per un diritto costituzionale della famiglia 'presa sul serio'", in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 190, che parla di "disagio che potrebbe derivare al minore dalla scarsa accettazione da parte del contesto sociale esterno alla famiglia".

E, ancora, si veda E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale*, cit., 55 s., che, dopo aver sottolineato come non vi siano univoche indicazioni delle scienze psicologiche e sociali che dimostrino scompensi nei minori cresciuti da coppie omosessuali, rileva come "I maggiori problemi risiederebbero non nelle dinamiche interne del nucleo familiare, quanto in quelle esterne, prospettando un difficile inserimento del minore nella società proprio a causa della diffidenza con cui questo nuovo tipo familiare viene concepito". L'A., inoltre, rileva come "Di fronte al rischio concreto che la nostra società sia impreparata a accettare un'innovazione quale quella di un nucleo familiare con genitori dello stesso sesso, appare improprio scaricare sul minore una situazione di emarginazione, pur di far prevalere il desiderio di diventare genitori".

Occorre considerare, in ogni caso, come le cd. famiglie arcobaleno siano un fenomeno "consolidato": si veda, per esempio, il sito www.famigliearcobaleno.org

⁴⁹ A questo proposito si rinvia a quanto osservato precedentemente sul rilievo che può assumere la condizione di transessualità di un membro della coppia.



2.2. LE INDICAZIONI PROVENIENTI DALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

Anche in relazione alle coppie omosessuali, si possono richiamare le considerazioni svolte dalla Corte EDU, che possono risultare utili ai fini della valutazione del mancato riconoscimento per queste coppie del diritto di accesso alla procedura di adozione nel nostro ordinamento.

Con la decisione del caso *Gas e Dubois c. Francia*, del 2012, la Corte EDU ha riconosciuto che non costituisce violazione della CEDU (artt. 8 e 14) il mancato riconoscimento del diritto di adozione del figlio del compagno senza che ne venga eliminato il legame giuridico, come avviene nel caso di una coppia sposata, dove a seguito dell'adozione cd. semplice la responsabilità viene condivisa⁵⁰.

In questo differente trattamento riservato alla coppia formata da persone dello stesso sesso veniva ravvisata la discriminazione irragionevole, con violazione del diritto al rispetto della loro vita privata e familiare, derivante dall'impossibilità di avvalersi della eccezione prevista a favore delle coppie sposate.

La Corte EDU ritiene che la CEDU non imponga agli Stati membri l'obbligo di prevedere il matrimonio per persone di diverso sesso, godendo i legislatori nazionali di un ampio margine di discrezionalità intorno alle modalità con cui garantire un riconoscimento alle unioni omosessuali⁵¹.

Rientra infatti nella discrezionalità degli Stati disciplinare il matrimonio con esclusivo riferimento alla coppia eterosessuale e, dunque, prevedere conseguenze differenti rispetto a questo istituto, come per esempio la deroga alla regola del trasferimento della patria potestà all'adottante. Da questo punto di vista, quindi, non sussiste alcuna discriminazione, poiché la condizione della coppia sposata non è paragonabile a quella della coppia ricorrente, mentre non vi è alcuna differenziazione nel trattamento riservato a una coppia non sposata eterosessuale e quello riservato a una coppia – che non si può sposare – omosessuale,

⁵⁰ Per una puntuale ricostruzione del caso, si veda C. NARDOCCI, "Per la Corte europea l'impossibilità di adottare la figlia della propria *partner* omosessuale non costituisce trattamento discriminatorio ai sensi dell'art. 14 della Convenzione", in www.rivistaaic.it, e anche M. CASTELLANETA, "Legittimo il rifiuto delle singole autorità nazionali di consentire l'adozione a coppie omosessuali", in *Guida al dir.*, 2012, XIV, 39 ss.

⁵¹ Si veda in relazione alla questione del matrimonio omosessuale la decisione della Corte EDU sul caso *Schalk e Kopf c. Austria*, 2010, a commento della quale si veda, tra gli altri, E. CRIVELLI, "Il matrimonio e le coppie omosessuali", in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, 61 ss., oltre a D. KRETZMER, "Same sex marriage e i limiti istituzionali delle Corti internazionali", *ivi*, 71.

sebbene, ovviamente, alla prima sia accordata la libertà di scegliere se sposarsi o meno e conseguentemente di decidere se accedere alla procedura di adozione⁵².

Da ultimo la Corte EDU si è pronunciata con la decisione sul caso X e altri c. Austria, nel 2013, riconoscendo la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU in ragione dell'esclusione aprioristica delle sole coppie formate da persone dello stesso sesso dall'accesso alla procedura di adozione⁵³.

In particolare, con questa decisione si può ritenere che sia stata in qualche modo superata l'idea di una presunta e aprioristica valutazione di inidoneità - stabilita nell'interesse (presunto e non concreto) del minore - di una coppia omosessuale all'adozione⁵⁴.

L'ordinamento austriaco, infatti, a differenza di quello francese, consente l'accesso, oltre che alle coppie sposate, anche a quelle non sposate eterosessuali e in ciò si determinerebbe la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale (§ 130)⁵⁵.

Le giustificazioni addotte a sostegno delle scelte legislative dell'ordinamento austriaco, ovvero l'intento di proteggere la famiglia tradizionale e gli interessi dei minori, non esimono il Governo austriaco dal dover dimostrare che “la protezione della famiglia intesa in senso tradizionale e, più specificamente, la protezione degli interessi del bambino richiedono l'esclusione delle coppie dello stesso sesso dalla cd. *second-parent adoption*, a cui hanno accesso le coppie non sposate eterosessuali”⁵⁶ (§ 141. Peraltro, si osservi, per inciso, come la

⁵² A questo riguardo, occorre segnalare che in Francia il 23 aprile 2013 è stata definitivamente approvata la legge che consente alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio e di adottare. È stato presentato ricorso al *Conseil constitutionnel* (2013-669 CD) e, nel momento in cui si scrive, non è ancora pervenuta la decisione in merito alla legittimità costituzionale della nuova disciplina.

⁵³ La Corte EDU provvede anche a una puntuale ricostruzione delle tre diverse situazioni che si possono individuare in relazione alla questione dell'adozione da parte degli omosessuali (§ 100), richiamando anche i propri precedenti, ovvero *Fretté c. Francia*, *E. B. c. Francia e Gas e Dubois c. Francia* (§§ 102-104).

⁵⁴ Esplicitamente in questo senso A. M. LECI COCCO-ORTU, “La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio”, in www.forumcostituzionale.it, 6, che definisce la decisione “rivoluzionaria”.

Si veda, inoltre, E. CRIVELLI, “Gas e Dubois c. Francia”, cit., la quale richiama l'opinione dissenziente del Giudice Villiger, nella decisione relativa al caso Gas e Dubois c. Francia, secondo cui il risultato pratico contrasta con l'interesse superiore del minore, al quale proprio a causa dell'orientamento sessuale della coppia viene riservato un trattamento deteriore che lo priva della possibilità di avere due genitori che condividano la potestà parentale.

⁵⁵ A commento della decisione si veda ancora A. M. LECI COCCO-ORTU, “La Corte europea pone un altro mattone”, cit.

⁵⁶ Vede nel passaggio relativo al riconoscimento della tutela della famiglia tradizionale quale obiettivo legittimo un celare “tra le pieghe di una pretesa affermazione non innovativa un *obiter dictum* che ha il vago sapore di *outruling*: non è legittimo tutelare la famiglia tradizionale a discapito di ‘altre famiglie’, riconosciute e tutelate dall'art. 8 della Convenzione secondo la sua interpretazione evolutiva” A. M. LECI COCCO-ORTU, “La Corte europea pone un altro mattone”, cit. 4.



Corte EDU, successivamente, § 144, rilevi l'incoerenza dell'ordinamento austriaco nella parte in cui legittima l'adozione da parte di una persona, inclusi gli omosessuali⁵⁷).

Risulta particolarmente significativa, in relazione alla necessità di valutare concretamente la soddisfazione dell'interesse del minore, l'affermazione per cui la Corte EDU non doveva stabilire se nel caso concreto i ricorrenti avessero diritto ad adottare, ma se la coppia fosse stata discriminata in ragione del fatto che “i tribunali non hanno avuto l'opportunità di esaminare in modo significativo se la richiesta di adozione soddisfacesse gli interessi del minore” (§ 152).

La Corte EDU riconosce la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, in ragione della comparazione rispetto al caso di una coppia non sposata eterosessuale, in cui un membro della coppia intenda adottare il figlio dell'altro (§ 153).

3. L'IMPOSTAZIONE DELLA LEGGE N. 184 DEL 1983 E GLI INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LA NECESSITÀ DI UNA VALUTAZIONE DEL CASO CONCRETO PER LA TUTELA DEL PREMINENTE INTERESSE DEL MINORE.

Dopo aver inquadrato gli aspetti problematici relativi alla disciplina sull'adozione in relazione ai casi del divieto di accesso alla procedura di valutazione di idoneità all'adozione da parte di *single* e coppie omosessuali, si possono svolgere alcune riflessioni, cui si è accennato all'inizio, sull'impostazione della legge e sugli interventi della Corte costituzionale che hanno contribuito a rafforzare la tutela del preminente interesse del minore.

Tali considerazioni, infatti, dimostrano come la disciplina sia già stata sottoposta a un giudizio di ragionevolezza, che privilegia, nel bilanciamento tra le diverse posizioni giuridiche e i diritti ad esse sottese, l'interesse del minore.

Come nei precedenti di cui si rende conto in questa sede, proprio questo interesse può costituire utile parametro per valutare la ragionevolezza dei divieti di accesso alla procedura posti ai *single* e alle coppie omosessuali.

La legge n. 184 del 1983 (modificata dalla legge n. 149 del 2001) stabilisce, come si è anticipato, una serie di requisiti per l'accesso alla procedura di valutazione dell'idoneità all'adozione⁵⁸.

⁵⁷ Ancora, si veda A. M. LECI COCCO-ORTU, “La Corte europea pone un altro mattone”, cit., 6 s., che significativamente si domanda se sia “legittima, nell'interesse superiore del minore, la scelta di escludere le coppie registrate dall'accesso all'adozione, specialmente laddove l'adozione da parte dei *single* sia invece ammessa, preferendo così riconoscere al minore un solo genitore piuttosto che due genitori dello stesso sesso?”.

⁵⁸ In ogni caso la novella del 2001, come si è visto, “non ha preso in considerazione nuove forme di famiglia, quali le unioni omosessuali e le famiglie monoparentali; l'unica limitata innovazione ha riguardato l'unione *more uxorio* che, una volta regolarizzata in matrimonio, può essere conteggiata per raggiungere il periodo di tre anni richiesti dalla legge”. Così E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale*, cit., 49 s.



A fronte di queste previsioni, vi sono state importanti modifiche che hanno contribuito a rendere la stessa disciplina maggiormente aderente alla necessità di garantire il preminente interesse del minore e la cui analisi può condurre, come si anticipava, a individuare una possibile soluzione relativa alla questione dell'esclusione dei *single* e delle coppie omosessuali dall'accesso alla procedura di valutazione di idoneità all'adozione.

In particolare, in relazione al requisito del vincolo matrimoniale per la coppia che intenda accedere alla procedura di adozione e ai limiti di età che devono essere rispettati fra adottanti e adottando, a seguito degli interventi della Corte costituzionale, sono stati eliminati alcuni profili di rigidità delle disposizioni di legge, in ragione del preminente e concreto interesse del minore⁵⁹.

Da un lato, infatti, si sono introdotte deroghe al rapporto di età fra la coppia adottante e l'adottando per garantire che, in certe situazioni, l'interesse (preminente e legato al caso concreto) del minore risultasse realmente soddisfatto; dall'altro lato, si è inteso conferire rilievo anche al periodo di convivenza, precedente al matrimonio della coppia adottante.

In entrambi i casi, si sono modificate disposizioni della legge che intendevano garantire il principio della cd. *imitatio naturae*, ma che, in concreto, sacrificavano l'interesse del minore.

3.1. IL VINCOLO MATRIMONIALE QUALE REQUISITO PER L'ACCESSO ALLA PROCEDURA DI ADOZIONE E IL RILIEVO ASSUNTO ANCHE DAL PERIODO DI CONVIVENZA PRECEDENTE AL MATRIMONIO.

La disciplina in materia di adozione prevede che possano accedervi solo le coppie sposate da almeno tre anni che siano valutate affettivamente idonee e capaci di educare, istruire e mantenere i minori (art. 6, commi primo e secondo, legge n. 184 del 1983). Il legislatore ha

⁵⁹ Peraltro, in relazione al preminente e concreto interesse del minore, si vedano, in materia penale, anche le decisioni della Corte costituzionale in relazione all'applicazione della pena accessoria della perdita della patria potestà in caso di commissione di alcuni reati. In particolare si vedano CORTE COST., sent. 23.1.2013, n. 7, che richiama ampiamente quanto stabilito con la sent. 23.2.2012, n. 31, in *Giur. cost.*, 2012, 364 ss., con nota di M. MANTOVANI, "La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.", *ivi*, 377 ss.

Con la sent. n. 7 del 2013 la Corte ha dichiarato "dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 569 del codice penale, nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'articolo 566, secondo comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto."

Con la sent. n. 31 del 2012 è stata dichiarata "l'illegittimità costituzionale dell'articolo 569 del codice penale, nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'articolo 567, secondo comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto."



ritenuto che il rapporto di coniugio garantisca la migliore condizione per la crescita e lo sviluppo del minore, anche in considerazione della stabilità del rapporto tra gli adottanti, formalizzato dal matrimonio.

A fronte di questa regola e a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, che significativamente si era soffermata sulla rilevanza della convivenza di fatto al fine di garantire l'interesse del minore⁶⁰, il legislatore ha introdotto un ulteriore riferimento, che costituisce una eccezione al principio generale, idoneo a garantire comunque al minore il diritto a una famiglia stabile.

In particolare, la Corte costituzionale ha affermato di non poter “ignorare, per un verso, il sempre maggiore rilievo che, nel mutamento del costume sociale, sta acquistando la convivenza *more uxorio*, alla quale sono state collegate alcune conseguenze giuridiche (cfr. sentenza n. 404/1988). Né può per altro verso negarsi validità alla suggestiva considerazione che, proprio ai fini della tutela dell'interesse del minore, la solidità di una vita matrimoniale potrebbe risultare, oltre che da una convivenza successiva alle nozze protratta per alcuni anni, anche da un più lungo periodo, anteriore alle nozze, caratterizzato da una stabile e completa comunione materiale e spirituale di vita della coppia stessa, che assuma poi col matrimonio forza vincolante. Pertanto, fermo restando questo primo e indeclinabile presupposto matrimoniale (con i diritti e doveri che ne conseguono), la scelta potrebbe, eventualmente, cadere anche su coniugi sposati da meno di tre anni, ma con una consistente convivenza *more uxorio* precedente alle nozze.”⁶¹

Il legislatore ha precisato, quindi, che anche nel caso in cui la coppia sia sposata da meno di tre anni possa essere preso in considerazione il tempo di convivenza precedente al matrimonio, ai fini della valutazione di idoneità all'adozione⁶². A questo proposito, il Tribunale per i minorenni è chiamato ad accertare la continuità e la stabilità della convivenza

⁶⁰ CORTE COST., sent. 6.7.1994, n. 281, in *Giur. cost.*, 1994, 2484 ss., secondo cui, in relazione alla questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 6, primo comma, legge n. 184 del 1983, nella parte in cui si prevedeva che per valutare l'idoneità all'adozione la coppia fosse sposata da almeno tre anni, “Non si può invero ravvisare la violazione dell'art. 2 della Costituzione, atteso che, da un lato, l'aspirazione dei singoli ad adottare non può ricomprendersi tra i diritti inviolabili dell'uomo, e, dall'altro, che anche qualificando la famiglia di fatto come formazione sociale, non per questo deriverebbe che alla stessa sia riconosciuto il diritto all'adozione, come previsto per la famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 della Costituzione: cfr. sentenza n. 310/1989, n. 404/1988, n. 237/1986).” In relazione all'art. 2 Cost. la questione è stata dichiarata infondata, mentre in relazione all'art. 3 Cost. inammissibile.

⁶¹ CORTE COST., sent. 6.7.1994, n. 281, cit.

⁶² Definiscono, tra gli altri, tale modifica legislativa “una rivoluzione copernicana”, M. PEDRAZZA GORLERO – L. FRANCO, “La deriva concettuale”, cit., 259, che pure ritengono che il legislatore, anche se ha mostrato di apprezzare “il legame di fatto alla stregua del rapporto di coniugio”, “al fine di offrire le migliori garanzie allo sviluppo della personalità del minore, ha ritenuto opportuno fornire un puntuale presidio alla stabilità del rapporto, richiedendo il legame matrimoniale”.



precedente al matrimonio per un periodo di tre anni, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto (art. 6, comma quarto, legge n. 184 del 1983).

La novella del 2001 non ha quindi introdotto ulteriori modifiche nella direzione di riconoscere nuove forme di famiglia, stabilendo quale regola generale e non solo come eccezione il diritto di accedere alla procedura di adozione ai *single* oppure riconoscendo il medesimo diritto anche alle coppie conviventi sia eterosessuali sia omosessuali.

Il riferimento alla convivenza di fatto è stato introdotto quale elemento da tenere in considerazione nella fase di valutazione della idoneità della coppia, che deve comunque essere sposata al momento della domanda di adozione.

Da questo punto di vista – e in particolare considerando l’evoluzione e la trasformazione sociale della stessa nozione di famiglia e il consolidarsi delle unioni di fatto, che in numerosi Comuni assumono rilevanza in ragione dell’istituzione dei cd. Registri delle Unioni civili⁶³ - si potrebbe forse individuare un ulteriore profilo di irragionevolezza della disciplina, nella parte in cui si richiede che la coppia aspirante adottante sia sposata, escludendo, ancora una volta in via generale e assoluta, la categoria delle coppie conviventi, senza che assuma alcun rilievo né l’interesse concreto del minore, né una concreta valutazione intorno alla effettiva stabilità della convivenza medesima.

3.2. I LIMITI DI ETÀ FRA ADOTTANTI E ADOTTANDO.

Con riferimento al requisito della differenza di età fra adottanti e adottando, che mira a fare aderire quanto più possibile le condizioni della famiglia che intende adottare il minore al carattere della filiazione e della procreazione naturale (cd. *imitatio naturae*), l’originaria formulazione dell’art. 6, legge n. 184 del 1983, prevedeva che l’età dei primi dovesse superare di almeno diciotto anni e di non più di quaranta anni quella del secondo⁶⁴.

A fronte di questa previsione che non lasciava alcuna discrezionalità all’interprete chiamato a darvi applicazione, è intervenuta la Corte costituzionale, eliminandone la rigidità.

In diverse occasioni, a partire dalle sentt. nn. 44 del 1990⁶⁵ e 183 del 1988⁶⁶, il Giudice delle Leggi ha infatti stabilito che il giudice possa tenere conto anche di circostanze che, nel caso concreto, giustificano un superamento dei limiti di età fra adottanti e adottando.

⁶³ Sui Registri comunali delle Unioni civili si vedano le osservazioni di R. ROMBOLI - E. ROSSI, “I registri comunali delle unioni civili ed i loro censori”, in *Foro it.*, 1996, X, 525 ss., e E. CRIVELLI, *La tutela dell’orientamento sessuale*, cit., oltre alle osservazioni critiche di M. R. ALLEGRI, “Rimedi palliativi all’inerzia del legislatore: i registri comunali delle unioni civili”, in www.rivistaaic.it.

⁶⁴ Si veda F. CAGGIA, “Limiti d’età dell’adottante e interesse del minore”, in *Fam.*, IV, 2001, 1057 ss., per la ricostruzione dell’evoluzione storica della disciplina dei requisiti di età degli adottanti.

⁶⁵ CORTE COST., sent. 2.2.1990, n. 44, in *Giur. cost.*, 1990, 175 ss. Era stata sollevata questione di legittimità costituzionale sull’art. 44, ultimo comma, legge n. 184 del 1983, in relazione agli artt. 3 e 30, primo, secondo e terzo comma, Cost., nella parte in cui si prevedeva la differenza minima di età di diciotto anni anziché sedici,

Questi limiti non si pongono in un modo “così assoluto da non poter essere ragionevolmente intaccato, in casi rigorosamente circoscritti ed eccezionali, per consentire la affermazione di interessi, particolarmente attinenti al minore ed alla famiglia, che trovano radicamento e protezione costituzionale e la cui esistenza in concreto sia rimessa al rigoroso accertamento giudiziale. Tale situazione si verifica nel caso di fratelli e sorelle minori, uniti da comunità di vita e di educazione, quale parte di un nucleo familiare, e che versino in eguale stato di adottabilità”⁶⁷. In questa prospettiva, dunque, la Corte costituzionale elimina un profilo di rigidità della legge sulle adozioni, “nella parte in cui non consente l’adozione di uno o più fratelli in stato di adottabilità, quando per uno di essi l’età degli adottanti supera di più di quarant’anni l’età dell’adottando e dalla separazione deriva ai minori un danno grave per il venir meno della comunanza di vita e di educazione”⁶⁸.

come è stabilito per il riconoscimento di paternità e maternità ai sensi dell’art. 250 c.c. e per la legittimazione ai sensi dell’art. 284 c.c. La Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione, nella parte in cui, limitatamente al disposto della lett. b) del primo comma, non consentiva al giudice di valutare e quindi di ridurre, quando vi fossero validi motivi per la realizzazione dell’unità familiare, l’intervallo di età di diciotto anni.

⁶⁶ CORTE COST., sent. 18.2.1988, n. 183, in *Giur. cost.*, 687 ss. Era stata sollevata questione di legittimità costituzionale sull’art. 79, primo comma, legge n. 184 del 1983, in relazione agli artt. 3, 2 e 30, commi primo e secondo, Cost., nella parte in cui non si estendevano gli effetti dell’adozione nei confronti degli adottati con effetto di adozione ordinaria ai sensi della previgente normativa se, a norma dell’art. 6, comma secondo, la differenza di età tra adottante e adottato avesse superato i 40 anni. Il divario di età, che era stabilito dall’art. 6, legge n. 184 del 1983, in 18 anni nel minimo e in 40 anni nel massimo era derogato nel suo limite massimo dall’ultimo comma dell’art. 44 e veniva giudicata irragionevole la mancata estensione delle ipotesi previste all’art. 79, che stabilisce “l’estensione degli effetti della adozione nei confronti degli affiliati o adottati ai sensi dell’articolo 291 del codice civile, precedentemente in vigore, se minorenni all’epoca del relativo provvedimento”, su richiesta dei coniugi in possesso dei requisiti di cui all’art. 6. La Corte costituzionale dichiara l’illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui non consente l’estensione degli effetti dell’adozione legittimante nei confronti dei minori adottati con adozione ordinaria quando la differenza di età tra adottanti e adottato superi i 40 anni.

⁶⁷ CORTE COST., sent. 1.4.1992, n. 148, in *Giur. cost.*, 1992, 1195 ss., con commento di A. CERRI, “Scandagli e rilievi sulle «logiche» di un’interessante sentenza in tema di adozione”, *ivi*, 1202 ss., che ha dichiarato “l’illegittimità costituzionale dell’art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, (Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori) nella parte in cui non consente l’adozione di uno o più fratelli in stato di adottabilità, quando per uno di essi l’età degli adottanti supera di più di quarant’anni l’età dell’adottando e dalla separazione deriva ai minori un danno grave per il venir meno della comunanza di vita e di educazione.”

⁶⁸ CORTE COST., sent. 1.4.1992, n. 148, cit., in cui si precisa come “I valori costituzionali di protezione della personalità dei minori, risultanti dagli artt. 2 e 31 della Costituzione, la esigenza di un pari trattamento di essi quando versano nella medesima condizione, come pure quella di salvaguardare la unità familiare che residua o si va a comporre, impongono che sia mantenuta la loro comunanza di vita e di educazione, quando dalla separazione deriverebbe per essi un danno grave, suscettibile di rigorosa valutazione da parte del giudice. In tal caso, essendo uno dei minori adottabile o adottato, la preclusione della adozione di un fratello o di una sorella da parte degli stessi adottanti solo in ragione del superamento del divario massimo di età, non è costituzionalmente legittima.”



Successivamente questo principio è stato confermato laddove “l’età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quarant’anni l’età dell’adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre fra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore”⁶⁹. E, ancora, il principio viene applicato anche nel caso in cui “l’età di uno dei coniugi adottanti non superi di almeno diciotto anni l’età dell’adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore”⁷⁰.

Il legislatore, nel 2001 con la legge n. 149⁷¹, oltre ad innalzare il limite massimo di età da 40 a 45 anni (art. 6, comma terzo, legge n. 184 del 1983) - a seguito di un’altra decisione della Corte costituzionale con cui si riaffermava la necessità che la previsione sui limiti di età non fosse “così assoluta da non tollerare, sempre che si rimanga nell’ambito di un divario di età compatibile con la funzione dell’adozione legittimante, alcuna eccezione”, in modo tale che “il giudice possa disporre l’adozione, valutando esclusivamente l’interesse del minore, quando l’età dei coniugi adottanti superi di oltre quarant’anni l’età dell’adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre fra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore”⁷² - interviene disponendo che i limiti di età possano essere derogati nel caso in cui il Tribunale

⁶⁹ CORTE COST., sent. 24.7.1996, n. 303, in *Giur. cost.*, 1996, 2503 ss., con cui è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 6, secondo comma, legge n. 184 del 1983, nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l’adozione, valutando esclusivamente l’interesse del minore, quando l’età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l’età dell’adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

A commento della decisione si veda E. LAMARQUE, “L’eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero, il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è derogabile nell’interesse del minore)”, in *Giur. cost.*, 1996, 2509 ss., che valorizza la considerazione prestata dal Giudice delle Leggi per l’interesse del minore nell’ambito della procedura di adozione.

⁷⁰ CORTE COST., sent. 9.10.1998, n. 349, in *Giur. cost.*, 1998, 2652 ss.

⁷¹ Significativamente, la novella ha modificato anche il titolo della disciplina, prima recante “Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori”, ora “Diritto del minore ad una famiglia”.

⁷² CORTE COST., sent. 9.7.1999, n. 283, in *Giust. civ.*, 1999, 2587 ss., con nota di A. M. MARCHIO, “Il limite ‘flessibile’ per l’età dei genitori nell’adozione dei minori”, *ivi*, 2589 ss., che sottolinea come la Corte costituzionale con tale decisione abbia proseguito “la verifica – e l’opera di adattamento – alla luce dei principi costituzionali della tassativa disciplina in tema di differenze d’età” e ricostruisce anche la giurisprudenza di legittimità in materia.

Per osservazioni critiche sull’uso da parte della Corte costituzionale dell’espressione “danno grave e inevitabile per il minore”, anziché fare riferimento all’interesse del minore, poiché quest’ultima “clausola generale si presenta di contenuto più ampio rispetto alla prima e, allo stesso tempo, la ricomprende, abbracciando così più situazioni nelle quali si può presentare l’opportunità di venire incontro ad esigenze dell’adottando”, si veda F. CAGGIA, “Limiti d’età”, cit.

per i minorenni accerti “un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore” (art. 6, comma quinto), derivante dalla mancata adozione che si sarebbe determinata applicando rigidamente la disposizione. Inoltre, si specifica che l’adozione non è vietata quando il limite massimo di età venga superato da uno solo degli adottanti in misura non superiore a dieci anni o quando essi siano genitori di figli naturali o adottivi, di cui almeno uno sia minore, oppure quando si tratti di adottare un fratello o una sorella di un minore già adottato dalla coppia (art. 6, comma sesto).

CONCLUSIONI.

A fronte delle considerazioni svolte in relazione al mancato riconoscimento del diritto di accedere alla procedura di adozione per i *single* e le coppie omosessuali - e non quindi del diritto, neppure riconosciuto per le coppie sposate eterosessuali, all’adozione - emergono, come si è visto, alcuni profili di indubbia criticità della disciplina.

Questi aspetti critici, tenendo in considerazione il medesimo quadro normativo e le considerazioni provenienti dalla giurisprudenza non solo costituzionale, ma anche della Corte EDU, potrebbero essere superati attraverso il riferimento alla necessità di garantire il superiore e concreto interesse del minore, nell’ambito della procedura di adozione medesima.

Considerando la posizione del minore, infatti, nell’ambito della valutazione di idoneità all’adozione non sembra che si possano individuare aprioristicamente delle categorie di soggetti, cui non riconoscere la possibilità di accedere alla stessa procedura. Quest’ultima, infatti, è funzionale alla valutazione di idoneità e, pertanto, esclude che le categorie di soggetti ammessi alla stessa siano, per ciò solo, idonei all’adozione.

Una esclusione generale e assoluta dalla procedura adottiva di *single* e coppie omosessuali, oltre ai profili di irragionevolezza che si sono sottolineati (art. 3 Cost.), potrebbe innanzitutto risultare pregiudizievole per lo stesso minore, tenendo conto delle specifiche circostanze che caratterizzano il caso concreto (artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.).

L’interesse del minore, infatti, non verrebbe in nessuna misura preso in considerazione, a meno di non voler considerare di per sé pregiudizievole e negativa per il suo sviluppo e la sua crescita la presenza di un nucleo familiare omogenitoriale o monogenitoriale.

La possibilità di accedere alla valutazione di idoneità o meno all’adozione, oltre a non risultare irragionevole, ma soprattutto tenendo conto dell’interesse, in concreto, del minore, non implica, infatti, in via automatica e diretta il diritto all’adozione da parte di nessuna categoria di soggetti, neanche, come si è visto, delle coppie sposate eterosessuali⁷³.

⁷³ In questo senso si veda J. LONG, “I giudici di Strasburgo”, cit., 678, che ritiene che “Il diritto a essere valutati idonei all’adozione senza subire discriminazioni in ragione della propria omosessualità [o condizione di *single*] non implica tuttavia [...] il diritto a ottenere un minore in adozione”.

Pare dunque che, posta la necessità di tutelare il minore adottando, si debba riconoscere la possibilità di accedere alla procedura adottiva, che potrà condurre all'accertamento dell'idoneità o dell'inidoneità sia di un *single* sia di una coppia omosessuale, in quest'ultimo caso quando le circostanze concrete inducano il Tribunale per i minorenni a ritenere che il nucleo familiare monogenitoriale o omogenitoriale possa concretamente compromettere l'interesse del minore.

Sempre in relazione alla valutazione in concreto della idoneità ad adottare che tenga conto dell'interesse del minore, si veda anche B. PEZZINI, "Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?", in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 20, che sulla possibilità che in relazione al matrimonio omosessuale il legislatore possa introdurre una esclusione espressa della coppia stessa dall'adozione osserva di ritenere una simile esclusione "non [...] particolarmente necessaria, in quanto basta a garantire piena ed efficace tutela del minore il principio informatore dell'adozione, che affida al procedimento e al giudic[e] la valutazione del suo interesse in concreto ed in via esclusiva".

E, ancora, si veda E. LAMARQUE, "Adozione da parte dei *single* omo e eterosessuali", cit., 907, secondo la quale in considerazione della "necessità di bilanciare i diversi interessi in gioco con il preminente interesse del minore adottando, basta ricordare che la prevalenza dell'interesse del minore deve essere assicurata in concreto, e cioè derivare da un bilanciamento condotto in relazione alle specifiche circostanze del caso: e quindi una valutazione astratta come quella compiuta allora dalle autorità francesi, nel senso della inidoneità di ogni omosessuale, in quanto tale, ad allevare un minore, avrebbe dovuto essere fra ritenuta contrastante con il principio del preminente interesse dell'adottando, e non già ad essa conforme".

