

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

**IL RICONOSCIMENTO DELL'ADOZIONE
OMOPARENTALE AVVENUTA ALL'ESTERO**

a cura di P. Passaglia

con contributi di

C. Guerrero Picó

S. Pasetto

P. Passaglia

M. T. Rörig

gennaio 2016

Avvertenza

La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.

La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza [Creative Commons \(CC by SA 3.0\)](#).

Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi e Massimario, scrivendo al seguente indirizzo email: servstudi@cortecostituzionale.it.

**IL RICONOSCIMENTO DELL'ADOZIONE
OMOPARENTALE AVVENUTA ALL'ESTERO**

INDICE

FRANCIA

1. Le tipologie di adozione	9
1.1. L'adozione piena	9
1.2. L'adozione semplice	10
1.3. In particolare: adozione e coppie non coniugate	11
2. Adozione e famiglia omoparentale	14
3. L'adozione e la famiglia omoparentale anteriormente alla legalizzazione del matrimonio omosessuale	15
3.1. L'adozione dichiarata in Francia	15
3.2. Il riconoscimento in Francia dell'adozione dichiarata all'estero	17
4. Gli effetti della legalizzazione del matrimonio omosessuale sull'istituto dell'adozione	22

GERMANIA

1. Il quadro normativo sull'adozione in Germania	25
1.1. Tipologia di adozioni: l'adozione congiunta e l'adozione individuale	26
1.2. L'adozione da parte di coppie omosessuali o coppie di fatto	28
2. Il riconoscimento in Germania dell'adozione dichiarata all'estero	31
3. Segue: adozione dichiarata all'estero e coppie omosessuali (orientamenti giurisprudenziali)	36

INGHILTERRA

1. Introduzione	43
2. I tipi di adozione	44
2.1. L' <i>adoption</i>	44
2.1.1. <i>I requisiti per adottare</i>	44
2.1.2. <i>L'emanazione dell'adoption order</i>	45

2.2. La <i>open adoption</i>	47
2.3. La <i>special guardianship</i>	47
2.4. La <i>step-parent adoption</i>	48
2.5. L'adozione internazionale	49
3. L'adozione e le coppie dello stesso sesso	50
3.1. L'assetto normativo prima del 2002	51
3.2. Le adozioni avvenute all'estero	53
3.3. L'approvazione dell' <i>Adoption and Children Act 2002</i>	55
3.4. Leggi sulle unioni <i>same-sex</i>	56
3.4.1. <i>Il Civil Partnerships Act 2004</i>	57
3.4.2. <i>Il Marriage (Same-Sex Couples) Act 2013</i>	58
3.5. Altre normative rilevanti	58
3.5.1. <i>Lo Human Fertilisation and Embryology Act 2008</i>	58
3.5.2. <i>Le Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007</i>	59

SPAGNA

1. Introduzione	61
2. La configurazione attuale dell'adozione	63
2.1. L'adozione nazionale	64
2.2. L'adozione internazionale	67
2.3. Il riconoscimento dell'adozione dichiarata all'estero	68
2.4. Segue: l'adozione omoparentale dichiarata all'estero	69
3. La situazione precedente all'attuale disciplina: adozione e coppie non coniugate	70
3.1. L'apertura alle coppie di fatto eterosessuali	70
3.2. Il riconoscimento dell'adozione da parte di coppie dello stesso sesso nel diritto delle Comunità autonome	72
3.2.1. <i>La legge foral della Navarra n. 6/2000, del 3 luglio, per l'uguaglianza giuridica delle coppie stabili</i>	72
3.2.2. <i>La legge dei Paesi Baschi n. 2/2003, del 7 maggio, regolatrice delle coppie di fatto</i>	74
3.2.3. <i>La riforma, nel 2004, della legge dell'Aragona n. 6/1999, del 26 marzo, relativa alle coppie stabili non sposate</i>	75
3.2.4. <i>La legge della Catalogna n. 3/2005, dell'8 aprile</i>	76
3.2.5. <i>La legge della Cantabria n. 1/2005, del 16 maggio, sulle coppie di fatto</i> ...	76

4. L'adozione da parte di coppie dello stesso sesso unite in matrimonio	77
5. La definitiva parificazione dei diritti e doveri di <i>partners</i> e coniugi in seguito all'introduzione del matrimonio ugualitario	80

FRANCIA

di Paolo Passaglia

1. Le tipologie di adozione

Nell'ordinamento francese si distinguono due tipologie di adozione, che rispondono a presupposti diversi e che, soprattutto, hanno effetti non sovrapponibili: l'adozione "piena" (*adoption plénière*) e l'adozione "semplice" (*adoption simple*).

1.1. L'adozione piena

L'adozione piena è una forma di adozione che produce la rottura dei rapporti di filiazione tra adottando e genitori biologici: l'adottato cambia dunque il suo stato civile e viene a far parte integrante unicamente della nuova famiglia¹.

Possono ricorrere all'adozione piena sia gli individui che le coppie.

L'adozione da parte di coppie è possibile alle seguenti condizioni: l'unione tra gli adottanti deve essere di tipo matrimoniale, senza che si abbia separazione di fatto; entrambi i coniugi debbono aver compiuto i ventotto anni di età o, in caso di età inferiore, il matrimonio deve essere in corso da almeno due anni (art. 343 del Codice civile); deve sussistere una differenza di età tra adottanti e adottato di almeno quindici anni (art. 344, 1° comma).

Per l'adozione individuale, valgono le stesse condizioni anagrafiche. Se la richiesta di adozione è presentata a titolo individuale da persona coniugata (e non separata), è richiesto il consenso del coniuge, salvo che quest'ultimo sia impossibilitato a prestarlo (art. 343-1).

L'adottando deve avere meno di quindici anni (art. 345, 1° comma). A questo limite può derogarsi, in favore di un adottando che abbia comunque meno di venti anni, in due ipotesi: quella in cui l'interessato sia stato accolto nel nucleo familiare prima del compimento dei quindici anni, senza che sussistessero le condizioni per l'adozione; quella in cui si sia provveduto ad una adozione semplice prima del compimento dei quindici anni, e si intenda, quindi, semplicemente di trasformare la forma dell'adozione (art. 345, 2° comma). Se

¹ La disciplina degli effetti dell'adozione piena è contenuta nel Libro I, Titolo VIII, Capo II, Sezione 1, del Codice civile (artt. da 355 a 359).

l'adottando ha più di tredici anni, si richiede che manifesti il suo consenso all'adozione (art. 345, 3° comma).

Una disciplina particolare, sotto vari profili, è prevista per l'adozione del figlio del coniuge (c.d. "*stepchild adoption*"). In primo luogo, vengono meno i requisiti anagrafici e/o di durata del matrimonio previsti per l'adottante (art. 343-2) e la differenza di età con l'adottando è ridotta da quindici a dieci anni (art. 344, 1° comma).

All'adozione piena del figlio del coniuge può farsi luogo in una delle quattro seguenti situazioni: se il coniuge è l'unico genitore risultante dall'atto di nascita dell'interessato; se l'altro genitore è decaduto dalla potestà genitoriale; se l'altro genitore è deceduto ed i suoi genitori sono deceduti oppure si sono "manifestamente disinteressati" del nipote; se questi è già stato adottato dal coniuge con adozione piena e non ha altri rapporti di filiazione (art. 345-1). In ogni caso, è necessario il consenso da parte del coniuge dell'adottante.

1.2. L'adozione semplice

La caratteristica fondamentale dell'adozione semplice è che essa crea un nuovo rapporto di filiazione lasciando però sussistere legami di natura giuridica tra l'adottato e la famiglia d'origine². Ciò non osta a che la potestà genitoriale sia attribuita a chi procede all'adozione (con la deroga di cui si dirà tra breve).

Possono ricorrere all'adozione semplice sia gli individui che le coppie. Le condizioni anagrafiche degli adottanti sono le stesse prescritte per l'adozione piena³.

A differenza di quanto stabilito per l'adozione piena, all'adozione semplice può farsi luogo quale che sia l'età dell'adottato (art. 360, 1° comma, del Codice civile); se quest'ultimo ha compiuto i tredici anni è peraltro richiesto – come per l'adozione piena – il suo consenso all'adozione (art. 360, 4° comma).

Come per l'adozione piena, inoltre, una disciplina parzialmente derogatoria è prevista per l'adozione del figlio del coniuge. L'adozione semplice è possibile in due casi: se l'adottando ha già un rapporto di filiazione con entrambi i genitori

² La disciplina degli effetti dell'adozione semplice è contenuta nel Libro I, Titolo VIII, Capo II, Sezione 2, del Codice civile (artt. da 363 a 370-2). Cfr., in particolare, l'art. 364, 1° comma, ai termini del quale "l'adottato rimane nella sua famiglia d'origine e vi conserva tutti i suoi diritti, ed in particolare i suoi diritti successori".

³ L'art. 361 del Codice civile opera, in effetti, un rinvio a gran parte delle disposizioni che regolano l'adozione piena.

biologici (*ergo*, l'adozione produce un terzo rapporto), ed il genitore non coniugato con il potenziale adottante dà il suo consenso all'adozione; se l'adottando è già stato adottato dal coniuge (mediante adozione semplice o piena: art. 360, 3° comma). In ogni caso, resta necessario il consenso da parte del coniuge.

Altro aspetto derogatorio rispetto al regime generale concerne la potestà genitoriale, di cui diviene titolare l'adottante, ma il cui esercizio è riservato al coniuge che era già genitore, a meno che entrambi i coniugi non presentino una dichiarazione congiunta presso il *tribunal de grande instance* diretta all'estensione soggettiva dell'esercizio della potestà genitoriale (art. 365, 1° comma).

1.3. In particolare: adozione e coppie non coniugate

Una tematica particolarmente dibattuta, soprattutto nel corso degli anni duemila, è stata (e, per certi versi, è ancora) quella della possibilità di riconoscere in capo a coppie non sposate la facoltà di adottare.

Il diritto positivo non parrebbe offrire, al riguardo, grandi margini di interpretazione: le disposizioni del Codice civile sono chiare nel delimitare l'adozione congiunta alle sole coppie sposate; e, anche per quel che attiene alla adozione del figlio del o della consorte, i testi normativi sono chiari nel circoscrivere questa fattispecie all'interno delle unioni matrimoniali, così escludendo – implicitamente ma inequivocabilmente – sia le coppie di fatto (in regime, cioè, di *concubinage*) che quelle che abbiano contratto un *pacte civil de solidarité* (PACS). Al di fuori del matrimonio, in definitiva, l'unica adozione ipotizzabile è quella individuale.

Il dibattito, non solo sulla opportunità⁴, ma anche sulla legittimità di questa delimitazione è stato alimentato soprattutto in relazione alle coppie omosessuali, che, sino al 2013, non erano legittimate ad unirsi in matrimonio: in sostanza, se per le coppie eterosessuali che intendessero adottare si imponeva l'onere di

⁴ In riferimento al profilo dell'opportunità, ed a titolo meramente esemplificativo, significative sono le considerazioni contenute nell'*Exposé des motifs* della *Proposition de loi autorisant le partage de l'autorité parentale dans le cas de l'adoption simple de l'enfant du concubin ou du partenaire de pacte civil de solidarité*, n. 96, presentata alla Presidenza del Senato il 12 novembre 2009 (disponibile *on line* alla pagina <http://www.senat.fr/leg/pp109-096.html>). Analogamente, v. l'*Exposé des motifs* della *Proposition de loi autorisant l'adoption par les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou des concubins*, n. 596, presentata alla Presidenza del Senato il 9 giugno 2011 (disponibile *on line* alla pagina <http://www.senat.fr/leg/pp110-596.html>).

formalizzare la propria unione nella forma più solenne, per le coppie omosessuali il rigore normativo si traduceva in un impedimento assoluto, avendo esse a disposizione, al più, la stipulazione di un PACS. L'unica alternativa possibile per le coppie omosessuali era di ottenere l'adozione individuale, ma questa possibilità rimaneva per lo più teorica, a causa della quasi sistematica assenza di autorizzazione (v. *infra*).

In questo quadro, la giurisprudenza civile è stata sollecitata a più riprese circa la possibilità di approntare forme di tutela per le coppie non sposate. Il contenzioso che ne è derivato si è fondato principalmente sull'art. 365 del Codice civile, il quale, in tema di adozione semplice, così recitava: "l'adottante è il solo soggetto investito, nei riguardi dell'adottato, di tutti i diritti derivanti dalla potestà genitoriale, ivi incluso quello di dare il consenso al matrimonio dell'adottato, a meno che non sia il coniuge (*conjoint*) del padre o della madre dell'adottato; in questo caso, l'adottante è titolare della potestà genitoriale congiuntamente al coniuge, ma quest'ultimo ne conserva l'esercizio". Con la legge n. 2002-305, del 4 marzo 2002, l'art. 365 è stato modificato nel senso che – come si è accennato in precedenza – alla conservazione dell'esercizio della potestà in capo al solo genitore biologico può derogarsi a mezzo di "una dichiarazione congiunta [del genitore biologico] con l'adottante, indirizzata al cancelliere in capo del *tribunal de grande instance* ai fini di un esercizio in comune di tale potestà".

Facendo leva anche su questa apertura, che denotava evidentemente un *favor* nei confronti della c.d. *stepchild adoption*, nell'ambito di alcune coppie non sposate si era richiesta giudizialmente una adozione semplice del figlio del compagno, fondata su una applicazione estensiva dell'art. 365.

Istanze di questo tipo erano state incoraggiate soprattutto da una decisione del *tribunal de grande instance* parigino, che, con una decisione del 27 giugno 2001, aveva ammesso la *stepchild adoption*, tra l'altro nell'ambito di una coppia omosessuale. Dopo tale statuizione, la giurisprudenza delle corti d'appello si era però mostrata oscillante, finché non è intervenuta la Corte di cassazione, che nel febbraio 2007⁵, ha stabilito che l'art. 365 non potesse applicarsi alle coppie non sposate, con il che l'adozione del figlio del compagno o della compagna avrebbe dovuto avere gli effetti dell'adozione semplice, e dunque – nella specie –

⁵ Cass. civ, 20 febbraio 2007, n. 04-15676, consultabile nel *Dossier documentaire* (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201039QPCdoc.pdf>) allegato alla decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2010-39 QPC, del 6 ottobre 2010, alle pp. 27 ss.

ingenerare il paradosso per cui la potestà genitoriale sarebbe passata in capo all'adottante, a scapito del compagno o della compagna, genitore biologico⁶.

Una volta entrata in vigore la riforma delle vie di accesso al *Conseil constitutionnel*, la questione è finalmente giunta, in via incidentale, con *question prioritaire de constitutionnalité* della Corte di cassazione, alla cognizione del giudice costituzionale. Il dubbio sollevato riguardava l'art. 365 del Codice civile, nella parte in cui prevedeva la possibilità di procedere all'adozione semplice del figlio del coniuge, ma non anche a quella del figlio del consorte, unito in un rapporto di *concubinage* o di PACS.

Con la decisione n. 2010-39 QPC, del 6 ottobre 2010⁷, il *Conseil constitutionnel* ha tuttavia disatteso sia le doglianze connesse alla lesione del principio di eguaglianza sia quelle relative ad una asserita violazione del diritto a condurre una vita familiare normale⁸.

Sotto il primo profilo, si è rilevato che “il principio di eguaglianza non osta né a che il legislatore regoli in maniera diversa situazioni diverse, né a che deroghi all'eguaglianza per ragioni di interesse generale, purché, nell'uno e nell'altro caso, la differenza di trattamento che ne risulta sia in rapporto diretto con l'oggetto della legge che lo stabilisce” (*considérant* 6). In tal modo, il *Conseil* ha implicitamente riconosciuto, per l'un verso, l'oggettiva differenza sussistente tra l'adozione da parte di coppie sposate e l'adozione da parte di coppie non sposate, tenendo presente, presumibilmente, anche la circostanza che l'apertura dell'adozione a queste ultime avrebbe significato consentire la *stepchild adoption* da parte di coppie dello stesso sesso⁹.

Per quel che attiene al secondo profilo, il *Conseil* ha chiarito che «la disposizione contestata, nella portata che di essa dà la giurisprudenza costante della Corte di cassazione, impedisce che, attraverso l'adozione semplice, un minore possa veder creare un secondo legame di filiazione nei confronti del

⁶ Su questa evoluzione giurisprudenziale, v. il *Commentaire* allegato alla precitata decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2010-39 QPC (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201039QPCccc_39qpc.pdf), 4 s.

⁷ La traduzione in italiano della decisione è consultabile *on line* sul sito del *Conseil constitutionnel*, alla pagina <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201039QPCit201039qpc.pdf>.

⁸ Il *Conseil constitutionnel* ha ricavato tale diritto dal decimo paragrafo del Preambolo della Costituzione del 1946, secondo cui «la Nazione assicura all'individuo ed alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo» (cfr. la *décision* n. 2010-39 QPC, cit., *considérant* 7).

⁹ Queste implicazioni sono esplicitamente evocate nel *Commentaire* alla decisione, cit., 9 ss.

convivente o del *partner* di suo padre o di sua madre»; la disposizione, tuttavia, «non ostacola assolutamente la libertà del genitore del minore di vivere in regime di *concubinage* o di concludere un patto civile di solidarietà con la persona di sua scelta», né esclude “l’ipotesi che un genitore affidi al convivente o al *partner* l’educazione e la vita del figlio”. Ora, ad avviso del giudice costituzionale, “il diritto di condurre una vita familiare normale non implica che la relazione tra un bambino e la persona che ha una relazione di coppia con il padre o la madre offra il diritto alla creazione di un legame di filiazione adottiva” (*considérant* 8). Altrimenti detto, “il *Conseil* ha ritenuto che il diritto ad una vita familiare normale è da intendersi come una protezione contro i provvedimenti che impediscono o minano, direttamente o indirettamente, in via di fatto, la condotta di una vita familiare”; di conseguenza, “questo diritto deve cogliersi in relazione ai suoi effetti concreti sulla vita familiare: è un diritto di ‘condurre’ una certa vita, non è il diritto ad un certo *status* giuridico”; “è solo quando l’impossibilità di accedere ad un certo *status* giuridico ha l’effetto di impedire di condurre una vita familiare normale che la norma giuridica in questione deve essere considerata come lesiva di questo diritto”¹⁰.

Sulla scorta di tali argomentazioni, si è confermata la giurisprudenza tradizionale che vede un *discrimen* chiaro, in materia di adozione, nella sussistenza o meno di un legame formalizzato con il matrimonio. Allo stato attuale, il diritto francese mantiene la distinzione, anche se il riconoscimento, nel 2013, della possibilità per le coppie omosessuali di contrarre matrimonio ha contribuito in maniera rilevante a stemperare i problemi che erano stati evocati in passato e che in buona misura erano stati i catalizzatori delle proposte di superamento della distinzione tra matrimonio, PACS e *concubinage*.

2. Adozione e famiglia omoparentale

La disciplina dell’adozione riferita alla famiglia omoparentale ha subito un radicale cambiamento con l’entrata in vigore della legge n. 2013-404, del 17 maggio 2013, che ha esteso l’istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso.

In ragione dell’evidente mutamento della situazione normativa che la legge ha prodotto, conviene operare una analisi cadenzata sul piano diacronico, onde sinteticamente esporre il regime giuridico dell’adozione omoparentale prima e dopo la legalizzazione del matrimonio omosessuale.

¹⁰ In questi termini si esprime il *Commentaire* alla decisione, cit., 8.

3. L'adozione e la famiglia omoparentale anteriormente alla legalizzazione del matrimonio omosessuale

L'adozione nell'ambito della famiglia omoparentale ha conosciuto, prima del 2013, regimi non del tutto sovrapponibili a seconda che si fosse prodotta sul territorio francese ovvero all'estero. Conviene, dunque, trattare i due casi separatamente.

3.1. L'adozione dichiarata in Francia

In ragione di quanto si è ricordato (v. *supra*, par. 1.3.), l'impossibilità per le coppie omosessuali di contrarre matrimonio produceva l'effetto di precludere loro qualunque adozione congiunta, fosse essa semplice o, *a fortiori*, piena. Neppure era ammessa – salvo quanto stabilito nell'isolato precedente giurisprudenziale sopra menzionato – l'adozione del figlio del compagno o della compagna. L'introduzione della formalizzazione dell'unione attraverso un PACS non aveva prodotto, al riguardo, alcun effetto, essendo l'adozione esclusa dal novero dei diritti che caratterizzano questo istituto.

Restava, dunque, la sola adozione individuale, relativamente alla quale, peraltro, l'omosessualità del potenziale adottante aveva talvolta rappresentato un ostacolo non irrilevante, segnatamente per l'ottenimento dell'autorizzazione (*agrément*) ad adottare, che deve essere rilasciata, a seguito di un *iter* che contempla una valutazione sociale e psicologica dei richiedenti, dai competenti servizi dipartimentali.

Più nello specifico, ai termini dell'art. 353-1 del Codice civile, tanto per l'adozione piena che per quella semplice (in virtù del rinvio contenuto nell'art. 361), “nel caso di adozione di un *pupille de l'État*¹¹, di un minore affidato ad un organismo autorizzato per l'adozione o di un minore straniero che non sia figlio del coniuge dell'adottante, il tribunale verifica, prima di dichiarare l'adozione, che il richiedente o i richiedenti abbiano ottenuto l'autorizzazione ad adottare o ne siano dispensati” (1° comma). Anche se il tribunale può comunque pronunciare l'adozione anche in caso di mancata autorizzazione, “qualora ritenga che i

¹¹ Il minore che abbia perduto qualunque legame con la propria famiglia d'origine è affidato ai servizi sociali per l'infanzia e diviene adottabile come *pupille de l'État*. In particolare, può acquisire questo *status* il minore figlio di ignoti, l'orfano di cui nessun componente della famiglia possa o voglia assumere la tutela, il minore affidato ai servizi sociali per decisione di entrambi i genitori o per decadenza dalla potestà genitoriale di entrambi, il minore che sia stato dichiarato con pronuncia giudiziale in stato di abbandono.

richiedenti sono idonei ad accogliere il minore e che [l'adozione] è conforme al suo interesse" (2° comma), è chiaro che l'autorizzazione rappresenta una condizione *di fatto* pressoché imprescindibile, di talché il suo mancato ottenimento equivale ad un ostacolo insormontabile all'adozione.

Ora, si erano verificati, nel passato, non pochi casi nei quali l'omosessualità dell'individuo che aspirava ad adottare aveva pregiudicato l'autorizzazione. Uno di questi casi era giunto alla cognizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, nella sentenza sul caso *Fretté contre France*, ric. n. 36515/97, del 26 febbraio 2002¹², dopo aver riconosciuto che l'omosessualità del richiedente era indiscutibilmente stata la ragione fondativa della mancata autorizzazione¹³, aveva però constatato l'assenza di una uniformità di regime giuridico tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa in merito alla legittimazione all'adozione da parte delle persone omosessuali, donde la necessità di riconoscere agli Stati un ampio margine di discrezionalità in materia: "[...] la Corte [riteneva] normale che le autorità nazionali, su cui ricade anche l'onere di prendere in considerazione, nei limiti delle loro competenze, gli interessi della società nel suo insieme, [disponessero] di una grande ampiezza [di poteri] quando [erano] chiamate a pronunciarsi in queste materie. Essendo in collegamento diretto e permanente con le forze vitali del loro paese, le autorità nazionali sono, in linea di principio, meglio collocate rispetto ad una giurisdizione internazionale per valutare le sensibilità ed il contesto locale. Poiché le delicate questioni sollevate nella specie tocca[va]no materie in cui c'[era] scarsa comunanza di vedute tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa ed in cui, in generale, il diritto sembra[va] attraversare una fase di transizione, bisogna[va] lasciare un ampio margine di apprezzamento alle autorità di ciascuno Stato [...]. Un tale margine di apprezzamento non [poteva] tuttavia trasformarsi nel riconoscimento di un potere arbitrario in capo allo Stato e la decisione delle autorità resta[va] soggetta al controllo della Corte, che ne [avrebbe verificato] la conformità alle esigenze di cui all'art. 14 della Convenzione"¹⁴.

Valutato, alla luce di questa impostazione, il caso di specie, la Corte di Strasburgo aveva concluso nel senso che "se si [teneva] conto dell'ampio margine di apprezzamento da lasciare qui agli Stati e della necessità di proteggere gli interessi superiori dei minori per raggiungere l'equilibrio perseguito, il rifiuto

¹² Una traduzione italiana della sentenza è consultabile *on line* sul sito della rivista telematica *Diritti Umani in Italia*, alla pagina <http://www.duitbase.it/database-cedu/frette-c-francia>.

¹³ Cfr. la sentenza *Fretté contre France*, cit., nn. 32 e 37.

¹⁴ Sentenza *Fretté contre France*, cit., n. 41.

dell'autorizzazione [all'adozione] non [aveva] violato il principio di proporzionalità”¹⁵.

Nel giro di qualche anno, questa posizione è stata, peraltro, profondamente rivista dalla stessa Corte europea. La *Grande Chambre*, infatti, nella sentenza sul caso *E.B. contre France*, ric. n. 43546/02, del 22 gennaio 2008¹⁶, ha nuovamente affrontato un caso in cui “il peso dell'omosessualità dichiarata della ricorrente sulla valutazione della sua richiesta [era] appurato e [aveva] assunto un carattere decisivo, conducendo alla decisione di diniego dell'autorizzazione all'adozione”¹⁷. A differenza di quanto argomentato sei anni prima, però, stavolta la Corte, ricordato che “il diritto francese consente l'adozione di un minore da parte di un soggetto non sposato [...], aprendo così la strada all'adozione da parte di una persona non sposata ed omosessuale”¹⁸, ha constatato che “le autorità interne, per respingere la richiesta di autorizzazione all'adozione presentata dalla ricorrente, [avevano] operato una differenziazione dettata da considerazioni attinenti al suo orientamento sessuale”¹⁹, donde la “violazione dell'art. 14 della Convenzione, in combinato disposto con l'art. 8”²⁰.

Alla luce di questa decisione, l'omosessualità non può più fondare un diniego di autorizzazione ad adottare e quindi, nell'ordinamento francese, ben può dirsi che, di per sé, per la disciplina dell'adozione non ha alcun rilievo l'orientamento sessuale dell'adottante. In punto di fatto, ovviamente, è comunque rimasto, fino al 2013, l'ostacolo derivante dal mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale, con le conseguenze che si sono sopra riscontrate.

3.2. Il riconoscimento in Francia dell'adozione dichiarata all'estero

Le decisioni estere con cui viene dichiarata un'adozione richiedono, per la loro piena efficacia sul territorio francese, un riconoscimento, che assume forme diverse a seconda dell'esistenza o meno di fonti internazionali bilaterali o

¹⁵ Sentenza *Fretté contre France*, cit., n. 42 *in fine*.

¹⁶ Una traduzione italiana della sentenza è consultabile *on line* sul sito dell'Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, alla pagina <http://www.osservatoriocedu.eu/Database/Sentenze/EB%20c%20Francia.pdf>.

¹⁷ Sentenza *E.B. contre France*, cit., n. 89.

¹⁸ Sentenza *E.B. contre France*, cit., n. 94.

¹⁹ Sentenza *E.B. contre France*, cit., n. 96.

²⁰ Sentenza *E.B. contre France*, cit., n. 98.

multilaterali applicabili alla Francia ed al paese in cui l'adozione è stata dichiarata.

Qualora sussistano, sono le fonti internazionali a regolare le forme ed i limiti del riconoscimento in Francia dell'adozione avvenuta all'estero. In proposito, oltre ad un certo numero di trattati bilaterali stipulati specialmente con Stati africani, viene in rilievo soprattutto la Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale fatta a L'Aja il 29 maggio 1993 (in vigore per la Francia dal 1° ottobre 1998), il cui art. 23, comma 1, dispone che "l'adozione certificata conforme alla Convenzione, dall'autorità competente dello Stato contraente in cui ha avuto luogo, è riconosciuta di pieno diritto negli altri Stati contraenti". Ai termini del successivo art. 24, peraltro, "il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente", ma "solo se [l'adozione] è manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore".

Nel caso in cui fonti di diritto internazionale non siano applicabili, il riconoscimento delle decisioni straniere assume la tradizionale forma dell'*exequatur*, da richiedere nelle forme stabilite agli artt. 509 ss. del Codice di procedura civile. Le condizioni in presenza delle quali al riconoscimento può concretamente farsi luogo sono state "codificate", per così dire, dalla Corte di cassazione nella sentenza *Cornelissen*, del 2007: "per accordare l'*exequatur* al di fuori di ogni convenzione internazionale, il giudice francese deve assicurarsi che tre condizioni siano integrate, e cioè la competenza indiretta del giudice straniero, fondata sulla spettanza del giudizio al giudice adito, la conformità all'ordine pubblico internazionale sostanziale e procedurale e l'assenza di frode alla legge"²¹.

Per quanto specificamente rileva ai presenti fini, delle tre condizioni enucleate è chiaramente quella inerente alla non contrarietà con l'ordine pubblico internazionale a venire in gioco: del resto, "attualmente, il controllo dell'ordine pubblico è divenuto preponderante in materia di *exequatur*"²². Al riguardo, la giurisprudenza civile ha mostrato – quanto meno fino al momento in cui il matrimonio omosessuale non è stato legalizzato – un orientamento alla luce del

²¹ Cass. civ. I, 20 febbraio 2007, n. 05-14082, consultabile *on line* sul sito di *Legifrance* alla pagina <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017636147>.

²² Sul tema, v., anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2013*, Livre 3: *Étude – L'ordre public*, Paris, La Documentation française, 2014, consultabile *on line* alla pagina http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_de_cassation_rapport_2013.pdf, 462.

quale risultava una parziale discrepanza tra l'adozione omoparentale avvenuta all'estero e quella avvenuta in Francia.

Se per le adozioni che venivano dichiarate in Francia non erano offerte, fino al 2013, opzioni ulteriori rispetto all'adozione puramente individuale, per il riconoscimento delle adozioni pronunciate all'estero, a partire dal 2010, le maglie si erano parzialmente allargate. In proposito, conviene però distinguere tra l'adozione semplice e l'adozione piena, giacché la valutazione dell'una e dell'altra conduceva a conclusioni divergenti.

Avendo riguardo all'adozione semplice, il *leading case* era rappresentato da una sentenza resa nel luglio 2010 dalla prima sezione civile della Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sull'*exequatur* di una decisione straniera che aveva dichiarato l'adozione (semplice) di un minore da parte della compagna della madre biologica²³. Come si è visto, con una decisione del 2007, la stessa Cassazione aveva escluso la legittimità della *stepchild adoption* dichiarata in Francia²⁴; in questa diversa fattispecie, lo scrutinio giurisdizionale era più limitato: non si trattava, infatti, di fornire la corretta interpretazione all'art. 365 del Codice civile, ma solo di stabilire se l'art. 365 medesimo poteva essere invocato per opporsi all'*exequatur*. Una siffatta opposizione avrebbe evidentemente implicato l'affermazione per cui il doppio rapporto di filiazione e lo sdoppiamento della potestà genitoriale derivanti dall'adozione del figlio della compagna si ponevano in contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

La Cassazione ha escluso che un tale contrasto sussistesse, poiché lo sdoppiamento della potestà genitoriale non si poneva in contrasto con *principi essenziali del diritto francese*: “il rifiuto di *exequatur* fondato sulla contrarietà con l'ordine pubblico internazionale francese della decisione straniera presuppone che quest'ultima comporti disposizioni contrastanti con principi essenziali del diritto francese; [...] non è ciò che si ha con la decisione che suddivide la potestà genitoriale tra la madre [biologica] e l'adottante di un minore”²⁵. Tale soluzione giurisprudenziale può spiegarsi nella misura in cui il divieto, nel diritto interno, dell'adozione da parte della convivente della madre omosessuale non è fondata su valori costituzionalmente rilevanti, ma solo sulla potenziale privazione dell'autorità parentale della madre che deriva dal fatto che la coppia non sia sposata. Di conseguenza, appare logico che un'adozione nell'ambito del diritto

²³ Al riguardo, v., sin da ora, COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2013*, cit., 343 s.

²⁴ V. *supra*, par. 1.3.

²⁵ Cass. civ., I, 8 luglio 2010, n. 08-21740, consultabile nel precitato *Dossier documentaire* allegato alla decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2010-39 QPC, alle pp. 32 ss.

straniero che non privi la madre della sua autorità parentale non possa essere considerata contraria all'ordine pubblico internazionale.

La Corte di cassazione, in una decisione resa contestualmente alla precitata²⁶, ha interrogato il *Conseil constitutionnel* sulla legittimità costituzionale dell'impossibilità di una tale adozione nel diritto francese, trasmettendo una questione prioritaria di costituzionalità. Di conseguenza, non sarebbe stato coerente, in presenza di dubbi a proposito dell'ordinamento interno stesso, di considerare l'*exequatur* come una violazione dei principi fondamentali dell'ordine pubblico internazionale²⁷.

In buona sostanza, una forma di adozione semplice che in Francia non era (e non è) ammessa, e cioè la *stepchild adoption* nell'ambito di coppie non coniugate, dal luglio 2010 è divenuta possibile, per l'ordinamento transalpino, qualora la dichiarazione di adozione fosse stata dichiarata all'estero.

L'apparente paradosso si giustifica in relazione al fatto che, nella verifica circa il rispetto dell'ordine pubblico, "il giudice francese deve assicurarsi che la decisione straniera non si ponga in contrasto con i valori fondamentali del diritto francese»: deve distinguersi, quindi, tra «le regole fondamentali, opponibili alle decisioni straniere» e «le regole ritenute meno essenziali, che si possono disapplicare in favore di situazioni» che si sono consolidate all'estero. In particolare, il giudice, nell'applicare il diritto internazionale privato, deve anche tener conto "del contesto generalmente favorevole al riconoscimento delle situazioni familiari, sotto la pressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del diritto alla libera circolazione», al punto che «i casi di rifiuto di riconoscimento di situazioni createsi all'estero divengono eccezionali e meritano una particolare attenzione»²⁸.

Tra siffatti casi eccezionali si annoverava, prima del 2013, anche l'adozione piena da parte di coppie omosessuali. Due sentenze della prima sezione civile della Corte di cassazione del giugno 2012 avevano esplicitato questa posizione, sia pure facendo leva su argomenti declinabili più sul piano formale che su quello sostanziale²⁹. La Cassazione confermava il principio secondo cui "l'articolo 346 del Codice civile, che riserva[va] l'adozione congiunta a coppie unite in matrimonio non consacra[va] un principio fondamentale riconosciuto dal diritto

²⁶ Cass. Civ. I, 8 luglio 2010, n. 10-10.385.

²⁷ V. A. DIONISI-PEYRUSSE, *La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger*, in *AJ Fam.*, 2011, 250 ss.

²⁸ Così COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2013*, cit., 462.

²⁹ V. COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2013*, cit., 469 s.

francese”: a determinare il rifiuto dell’*exequatur* era, però, il fatto che fosse “contrario ad un principio essenziale del diritto francese della filiazione il riconoscimento in Francia di una decisione straniera la cui trascrizione sui registri dello stato civile francese, valida come atto di nascita, implica[sse] l’iscrizione di un minore come nato da due genitori dello stesso sesso”³⁰.

Le due fattispecie sottoposte al giudizio della Cassazione riguardavano entrambe coppie omosessuali che avevano validamente adottato un minore, in un caso nel Regno Unito e nell’altro nella provincia canadese del Québec. Per entrambe, la Corte d’appello di Parigi aveva accolto la richiesta di *exequatur*.

La Corte di cassazione ha tuttavia rilevato, con riferimento all’adozione dichiarata nel Regno Unito, che essa si configurava, in base al diritto francese, alla stregua di un’adozione piena, con il che i rapporti di filiazione dell’adottato con la sua famiglia d’origine venivano recisi e la trascrizione dell’adozione sul registro dello stato civile avrebbe condotto alla redazione di un atto di nascita francese recante l’iscrizione del minore come nato da due genitori del medesimo sesso, ciò che si poneva in contrasto con “un principio essenziale del diritto francese della filiazione”³¹. Nell’altra fattispecie, a fondamento della cassazione con rinvio della decisione d’appello si poneva la circostanza che non si fosse provveduto alla doverosa verifica se la trascrizione della adozione avesse prodotto l’effetto dell’iscrizione del minore come nato da due genitori dello stesso sesso: in sostanza, la Corte d’appello di Parigi non aveva verificato se si desse luogo ad una adozione piena ovvero ad una adozione semplice³².

Alla luce di queste statuizioni, poteva rilevarsi che, “secondo la Corte di cassazione, non [era] il difetto del matrimonio tra gli adottanti che [era] d’ostacolo all’*exequatur* della decisione straniera (il matrimonio degli adottanti non [era] un principio essenziale del diritto francese della filiazione), ma [era] l’impossibilità per una persona, allo stato del diritto positivo, di figurare nello stato civile come nata da due persone dello stesso sesso”: ai giudici si chiedeva, dunque, essenzialmente (solo) “di interrogarsi sulle conseguenze delle loro decisioni con riguardo allo stato civile francese”³³.

³⁰ Cass. civ., I, 7 giugno 2012, nn. 11-30261 e 11-30262, ambedue consultabili *on line* sul sito di *Legifrance*, rispettivamente alla pagina <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025993694> ed alla pagina <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025993709>.

³¹ Cfr. Cass. civ., I, 7 giugno 2012, nn. 11-30261, cit.

³² Cfr. Cass. civ., I, 7 giugno 2012, nn. 11-30262, cit.

³³ Così COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2013*, cit., 469.

La posizione espressa dalla Corte di cassazione, nel giro di meno di un anno, sarebbe stata superata dal legislatore. Del resto, alla luce del diritto positivo allora vigente, anche in base all'interpretazione consolidata delle disposizioni del Codice civile in tema di adozione, soltanto un intervento con cui il legislatore facesse impiego della sua libertà conformativa di istituti giuridici come il matrimonio e l'adozione avrebbe potuto condurre a novità rilevanti.

4. Gli effetti della legalizzazione del matrimonio omosessuale sull'istituto dell'adozione

L'introduzione nell'ordinamento francese del matrimonio tra persone dello stesso sesso, con la legge del 17 maggio 2013, ha inevitabilmente apportato sensibili innovazioni alla tematica in esame, nella misura in cui la semplice estensione dell'istituto matrimoniale ha avuto l'effetto di offrire alle coppie omosessuali la possibilità di procedere all'adozione congiunta e/o all'adozione del figlio del coniuge. Un'adozione che può essere semplice, ma anche piena³⁴.

Per agevolare la effettiva realizzazione dell'aspirazione delle coppie omosessuali, si è anzi provveduto ad operare modifiche specifiche al Codice civile, relativamente all'art. 345-1 ed all'art. 360 (rispettivamente, per l'adozione piena e per l'adozione semplice), nel senso di permettere che un minore già adottato da una persona a titolo individuale possa essere poi adottato dal coniuge: si è trattato di una deroga al principio secondo cui un minore non può essere adottato due volte. Una deroga, questa, che “non [era] riservata alle coppie sposate dello stesso sesso, ma che [avrebbe dovuto], per queste coppie che non potevano procreare in ragione dell'identità di sesso dei coniugi, agevolare lo stabilimento di un doppio rapporto di filiazione con riguardo ad un minore”³⁵.

La legge è stata oggetto di un ricorso da parte di oltre sessanta deputati ed oltre sessanta senatori, che hanno adito il *Conseil constitutionnel*, in base all'articolo 61 della Costituzione, perché si pronunciasse sulla costituzionalità della legge.

³⁴ Lo studio di impatto della legge, sul punto, era stato inequivocabile: “Saranno possibili, alle stesse condizioni previste per una coppia eterosessuale sposata, sia l'adozione semplice che l'adozione piena, sia l'adozione congiunta che l'adozione del figlio del coniuge” (cit. nel *Commentaire* allegato alla decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2013-669 DC, del 17 maggio 2013 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013669DCccc_669dc.pdf), 28).

³⁵ Cfr. il *Commentaire* ult. cit., 28.

Tra le molteplici censure sollevate, figuravano anche alcune asserite incostituzionalità delle disposizioni che provvedevano all'estensione dell'adozione alle coppie omosessuali³⁶.

In proposito, il *Conseil constitutionnel*, nella decisione n. 2013-669 DC, del 17 maggio 2013, ha sottolineato di non avere il potere di sostituire la propria alla discrezionalità del legislatore, ritenendo che l'identità di genere dei genitori adottivi non costituisca un ostacolo alla creazione di un collegamento nella filiazione adottiva.

Ha poi rilevato che la normativa contestata non aveva né l'obiettivo né l'effetto di riconoscere alle coppie dello stesso sesso un «diritto al figlio». Ha però emesso una riserva di interpretazione, onde precisare che il decimo paragrafo del preambolo della Costituzione del 1946³⁷ impone il rispetto dell'esigenza di conformità dell'adozione all'interesse superiore del minore.

Ha quindi verificato il rispetto di tale requisito da parte delle disposizioni applicabili, sia per le coppie dello stesso sesso, sia per quelle costituite da un uomo ed una donna. In particolare, ha soffermato la sua attenzione, nella procedura di adozione, sulla necessità per le coppie che intendano adottare di ottenere un'autorizzazione. Il *Conseil constitutionnel* ha precisato che le amministrazioni, per rilasciare siffatta autorizzazione, dovranno, in ogni caso, verificare il rispetto dell'esigenza di conformità dell'adozione all'interesse superiore del minore. Inoltre, ha rilevato che la legge oggetto del giudizio non ha apportato deroghe all'art. 353 del codice civile, che impone al giudice ordinario di non concedere alla coppia l'autorizzazione all'adozione se ciò si riveli in contrasto con l'interesse del minore. Ha così ritenuto che questa norma attuasse la sua riserva di interpretazione con cui imponeva che l'adozione fosse concessa solo nell'interesse superiore del minore.

Il *Conseil* ha rilevato che, anteriormente alla Costituzione del 1946, la disciplina relativa alle condizioni di adozione ed alle condizioni per istituire legami di maternità e di paternità ha sempre incluso norme che disciplinavano o limitavano le condizioni alle quali un minore poteva accedere a o individuare le proprie origini biologiche. Nessun principio fondamentale riconosciuto dalle leggi

³⁶ I passi che seguono nel testo sono tratti dalla segnalazione a cura di C. Bontemps di Sturco contenuta nel numero di giugno 2013 del *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, 9 s.

³⁷ Sul quale, v. *supra*, nota 8.

della Repubblica su questo tema poteva dunque considerarsi violato dalle relative disposizioni contenute nella legge.

Il *Conseil* ha inoltre convenuto sul fatto che l'apertura dell'adozione alle coppie dello stesso sesso non ha come effetto di rendere inintelligibili (*id est*, di creare confusione circa il significato de) le altre disposizioni del Codice civile, comprese quelle riguardanti la filiazione.

Non ha neanche ritenuto che sussistesse alcun obbligo costituzionale di accompagnare questa riforma con un cambiamento del Codice della salute pubblica nella parte inerente alla procreazione medicalmente assistita, la quale è limitata ai casi di sterilità patologica, medicalmente accertata, di una coppia composta da un uomo ed una donna, uniti o meno in matrimonio. Lo stesso valeva per le disposizioni del Codice civile che vietano la maternità surrogata.

GERMANIA

di Maria Theresia Roerig

1. Il quadro normativo sull'adozione in Germania

Nell'ordinamento tedesco, l'adozione, specie di minori (alla cui illustrazione il presente contributo si limita), è disciplinata in particolare negli artt. 1741-1766 del Codice civile (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*)¹ e nella legge sulla intermediazione in materia di adozione del 3 luglio 1976 (*Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG*) e successive modificazioni. Mentre il codice civile regola soprattutto i presupposti sostanziali dell'adozione, la *Adoptionvermittlungsgesetz* contiene la normativa sul procedimento di adozione ed i poteri delle autorità preposte. All'art. 2 si individuano gli uffici responsabili per il procedimento di adozione, cioè specifiche agenzie presenti sia a livello federale che a livello di *Land*. Tali uffici, oltre a curare l'*iter* del procedimento di adozione, che prevede un periodo di prova di durata variabile, svolgono funzioni di consulenza alla famiglia che richiede l'adozione e producono per il tribunale competente un rapporto di valutazione.

Altre disposizioni procedurali, anche sulla partecipazione delle rispettive autorità al procedimento giudiziario delle adozioni, si trovano nella legge sul procedimento in materia di famiglia e di questioni di volontaria giurisdizione (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-FamFG*) e nei artt. 50 ss. dell'Ottavo libro del Codice sociale (*8. Sozialgesetzbuch*).

Principio cardinale della disciplina è che l'adozione è ammessa solo se finalizzata al benessere del minore e se si instaura un vero rapporto familiare tra l'adottante e l'adottato (cfr. 1741 BGB).

Infine, la Germania ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, riguardante la protezione dei bambini e la cooperazione nel settore dell'adozione internazionale. Come noto, la Convenzione, anch'essa ispirata al principio del superiore interesse del minore, regola in particolare il consenso dei genitori naturali, la regolarità del procedimento, il controllo dello Stato ed il divieto assoluto di ogni forma di traffico di bambini con lo scopo dell'adozione.

La ratifica della Convenzione, avvenuta con la legge del 5 novembre 2001, ha condotto a modifiche alla legge del 1976 sull'intermediazione in materia di adozione (*Adoptionsvermittlungsgesetz*) ed ha portato ad un nuovo quadro

¹ Cfr., per la versione inglese, la pagina web http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.

normativo composto dalla legge di attuazione della Convenzione dell'Aja (*Adoptionsübereinkommens-Ausführungsgesetz – AdÜbAG*) e dalla legge sugli effetti dell'adozione pronunciata secondo il diritto straniero (*Adoptionswirkungsgesetz – AdWirkG*). Quest'ultima legge trova applicazione, non solo alle adozioni estere che rientrano nella disciplina convenzionale, ma anche ad adozioni avvenute in Stati che non hanno ratificato alcuna convenzione.

In Germania, le autorità responsabili per le adozioni internazionali, come definite dalla Convenzione dell'Aja, sono, a livello federale, l'Ufficio centrale per le adozioni internazionali e, a livello di *Land*, gli uffici della gioventù (*Landesjugendämter*).

1.1. Tipologia di adozioni: l'adozione congiunta e l'adozione individuale

In ossequio al suddetto principio ispiratore del benessere del bambino, in Germania è consentita sia l'adozione congiunta di un minore da parte di una coppia sposata che l'adozione individuale da parte di una persona che non è coniugata (un *single*). Per effetto di quest'ultima, essendo vietata ogni discriminazione nell'accesso all'adozione che sia fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale, anche le persone omosessuali possono – quantomeno in via teorica – adottare individualmente un minore.

Tramite l'adozione individuale si conosce inoltre, quantomeno indirettamente, anche l'adozione cosiddetta coparentale, mediante la quale ad un individuo è concesso di adottare il figlio biologico del proprio *partner* (nell'ambito di un'unione di fatto, registrata oppure coniugale), affiancando la propria potestà genitoriale così acquisita a quella del *partner* e pervenendo così ad un esercizio congiunto della stessa, con il figlio che godrà dunque di due legami genitoriali legalmente riconosciuti.

In ogni caso di adozione, l'adottante di un minore deve avere la piena capacità giuridica ed una età minima di venticinque anni (art. 1743 BGB). La legge tedesca non dispone nulla riguardo ad un tetto massimo di età per il richiedente, né requisiti specifici di età dei minori adottati in relazione all'età di chi adotta². La

² Il Codice civile, però, stabilisce che l'adozione di persona che ha raggiunto la maggiore età è possibile solo quando essa sia “moralmente giustificata” (*sittlich gerechtfertigt*, art. 1767 del Codice civile). Ciò dovrebbe prevenire eventuali abusi, ad esempio l'elusione della normativa sull'immigrazione.

legge tedesca non prevede quindi una determinata differenza di età tra adottato e adottante né una durata minima del matrimonio da parte di coppie sposate.

Le coppie sposate possono generalmente adottare il minore solo congiuntamente: i casi di adozione singola all'interno della coppia sono limitati, dal Codice, ad alcune ipotesi di carattere eccezionale (incapacità di uno dei coniugi, adozione del figlio naturale del *partner*, etc.).

Nel caso dell'adozione congiunta è sufficiente che uno dei due coniugi abbia almeno venticinque anni e l'altro deve aver compiuto almeno ventuno anni di età.

In caso di adozione di un proprio figlio naturale o del figlio del proprio coniuge, l'età minima è ridotta a ventuno anni.

Per l'adozione si presuppone che i genitori naturali abbiano dato il loro consenso, ma solo se il bambino abbia otto settimane di vita. I genitori naturali non possono quindi acconsentire a dare il proprio figlio in adozione prima del compimento delle otto settimane di vita del bambino. È richiesto anche il consenso del minore, espresso dal suo rappresentante legale fino all'età di quattordici anni (artt. 1746 ss. BGB).

Con la pronuncia dell'adozione, il minore acquista lo stesso *status* giuridico di un figlio biologico e riceve il cognome dei genitori adottivi, con i diritti e i doveri legati al nuovo *status*; di conseguenza, si estinguono i legami di parentela con la famiglia di origine. Si parla, con riferimento al sistema tedesco, anche di adozione "completa", poiché la legge dispone che, attraverso l'adozione, l'adottato ottenga lo *status* giuridico di figlio biologico dell'adottante. Questo include anche l'acquisizione dello *status* giuridico di parentela con i parenti dell'adottante ed il completo annullamento del rapporto giuridico con la famiglia biologica.

Il bambino mantiene, tuttavia, il diritto fondamentale di conoscere le proprie origini. Il Tribunale costituzionale federale ha infatti sancito, in una decisione del 31 gennaio 1989 (BVerfGE 79, 256), il diritto dell'adottato a conoscere i propri genitori naturali: tale diritto incontra quale unico limite la protezione riconosciuta alla famiglia ed al matrimonio dall'articolo 6 della Legge fondamentale, per il caso in cui tale ricerca metta a repentaglio l'unità della propria o altrui famiglia.

L'adozione viene pronunciata dal giudice tutelare, generalmente al termine di un opportuno periodo di affidamento e dopo che allo stesso giudice l'Ufficio regionale della gioventù (*Landesjugendamt*) ha presentato un parere sulla sussistenza dei requisiti dell'adozione.

L'art. 1741 del Codice civile stabilisce esplicitamente che il benessere dell'adottando nel suo complesso deve essere il parametro fondamentale da assumere nelle decisioni riguardanti gli esiti della procedura di adozione.

Gli aspetti procedurali sono regolati dalla Legge sul procedimento in materia di famiglia e di questioni di volontaria giurisdizione (*FamFG*).

1.2. L'adozione da parte di coppie omosessuali o coppie di fatto

Nel caso di coppie omosessuali, anche se trattasi di unioni di coppie omosessuali registrate (riconosciute dalla legge tedesca nel c.d. *Lebenspartnerschaftsgesetz*)³, l'adozione *congiunta* non è ad oggi possibile in Germania, così come non lo è, del resto, per qualunque coppia di fatto, anche eterosessuale.

Anche a seguito della novella del 2005 della legge sulle riunioni registrate, il divieto di adozione congiunta da parte dei *partners* registrati è rimasto fermo; la novella ha però previsto sia la necessità del consenso del *partner* qualora uno dei due conviventi intenda adottare un bambino, sia la possibilità che il *partner* adotti il figlio del proprio convivente (art. 7)⁴.

³ In Germania esistono tre forme di convivenze (variamente) riconosciute. Atteso che il *matrimonio* è riservato costituzionalmente alle persone di sesso diverso, le coppie omosessuali, allo stato, non possono far altro che scegliere per la loro regolamentazione la via della menzionata *convivenza registrata* di cui al LPartG ovvero quella della convivenza di fatto (che però gode di un limitato riconoscimento e di una minor tutela).

L'istituto giuridico della "convivenza registrata" (*eingetragene Lebenspartnerschaft*) è stato introdotto in Germania dalla LPartG, approvata dal *Bundestag* come parte integrante (art. 1) della Legge per la cessazione della discriminazione nei confronti delle unioni di vita dello stesso sesso (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*) del 16 febbraio 2001, ed entrata in vigore il 1° agosto successivo. La LPartG – più volte oggetto di modifiche ed integrazioni – consente alle coppie in questione di registrare la loro unione dinanzi all'Ufficiale di Stato Civile od altra autorità competente come definita nei regolamenti dei singoli *Länder*. La legge sulla convivenza registrata non equipara a tutti gli effetti la convivenza al matrimonio, pur applicando alle persone che decidono di unirsi in tale forma di convivenza disposizioni analoghe e, in parte, identiche a quelle contenute nel *BGB* per la disciplina del matrimonio. In altri termini, mentre altre legislazioni hanno fatto un mero rinvio alle norme che regolano il matrimonio, il legislatore tedesco ha optato per una disciplina di dettaglio dell'istituto formalmente autonoma, anche se sostanzialmente simile a quella matrimoniale (salvo il rinvio a norme del codice civile per regolamentare aspetti specifici).

⁴ In merito a tale disposizione è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale in via incidentale che, con ordinanza del 10 agosto 2009 (1 BvL 15/09), è stata respinta dal *Bundesverfassungsgericht* per inammissibilità (cfr., per ulteriori dettagli, le *Segnalazioni concernenti l'attività del Bundesverfassungsgericht*, luglio-ottobre 2009, del Servizio Studi, Sezione di Diritto Comparato, a cura di M.T. Rörig).

La legge sulle Unioni registrate (*Lebenspartnerschaftsgesetz*) prevede inoltre, in riferimento al genitore che abbia l'affidamento esclusivo di un figlio e che sia parte di un'unione registrata, che il suo convivente abbia il diritto di codecisione (“*kleines Sorgerecht*”) nelle vicende della vita quotidiana del bambino, in accordo con il genitore affidatario (art. 9, comma 1). In caso di pericolo imminente, il convivente è inoltre legittimato a compiere tutti gli atti giuridici che sono necessari per il bene del bambino (ad esempio, autorizzare un trattamento medico urgente); il genitore affidatario deve però essere immediatamente informato⁵. Infine, i due *partners* possono decidere di attribuire al figlio di uno dei due, che però viva con entrambi, il nome prescelto per l'unione (art. 9, comma 5, LPartG).

Per le persone che fanno parte di un'unione registrata o, più in generale, per coppie non sposate, l'unica adozione ipotizzabile è, comunque, quella individuale.

La questione della costituzionalità del divieto di adozione congiunta da parte di un'unione registrata è stata sollevata in via incidentale davanti al *Bundesverfassungsgericht*, ma quest'ultimo ha ritenuto inammissibile il relativo ricorso di un giudice berlinese, in quanto scarsamente motivato (ordinanza del 23 gennaio 2014, 1 BvL 2/13, 1 BvL 3/13). In particolare, il giudice non aveva tenuto conto della giurisprudenza costituzionale in materia di adozione successiva da parte di coppie omosessuali registrate ovvero della sentenza del 19 febbraio 2013 (1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09)⁶. Con essa si era stabilito, nell'ambito di due ricorsi diretti, che il diniego della possibilità, per una persona unita da un vincolo di *partnership*, di adottare i figli già adottati del compagno (diniego che era indirettamente sancito dall'art. 9, comma 7, LPartG), era in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Legge fondamentale.

In Germania, il c.d. diritto di “adozione successiva” (l'adozione di figli già adottati dal *partner*) era previsto fino a quel momento esclusivamente per le persone unite in matrimonio, ma non per le coppie omosessuali. I *partners* omosessuali potevano adottare soltanto il figlio naturale del loro *partner*⁷.

⁵ Il tribunale della famiglia può limitare o escludere tali poteri, quando ciò si renda necessario per il bene del bambino.

⁶ La sentenza seguiva di qualche settimana quella della Corte EDU del 19 febbraio 2013 nel caso *X e altri contro Austria* (ric. n. 19010/07), che aveva stabilito che due donne omosessuali, una delle quali madre di un figlio avuto da un uomo da cui si era successivamente separata, avevano il diritto di creare un nuovo nucleo familiare, ammettendo così l'adozione del bambino da parte dell'altra compagna.

⁷ Era questa, del resto, la posizione adottata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza ricordata alla pagina precedente; il *Bundesverfassungsgericht* era dunque andato oltre i contenuti della pronuncia europea.

Il diniego della possibilità di adozione del figlio adottato da un *partner* registrato implicava, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, una discriminazione dei bambini coinvolti rispetto ai bambini adottati da parte di una coppia unita in matrimonio o rispetto ai figli naturali di uno dei *partners*; del pari, la discriminazione sussisteva ai danni dei *partners* uniti in *partnerships* civili rispetto ai coniugi sposati. Una siffatta discriminazione non trovava giustificazione, nemmeno considerando il dettato dell'art. 6, comma 1, Legge fondamentale circa la particolare tutela del matrimonio e della famiglia. Le ragioni soggiacenti al divieto dell'adozione successiva, che si poneva l'obiettivo di impedire che un bambino "passato da famiglia a famiglia" venisse esposto a vari diritti genitoriali tra loro contrastanti, non sussistevano né in relazione alle coppie unite in matrimonio né a quelle legate da una *partnership*, in quanto entrambe le forme di convivenza erano finalizzate ad una unione duratura.

Il Tribunale aveva inoltre respinto la tesi secondo la quale la vita in una famiglia con genitori dello stesso sesso potrebbe pregiudicare l'equilibrata crescita dei bambini, stabilendo, in considerazione dei pareri di psicologi e degli interventi di esperti al riguardo, che la *partnership* civile può favorire la crescita di un bambino esattamente quanto un matrimonio. Veniva del resto evidenziato come il divieto dell'adozione successiva da parte di un *partner* omosessuale registrato non sarebbe stato comunque idoneo ad impedire la convivenza *de facto* del bambino con la coppia omosessuale.

Eventuali pericoli che potessero occorrere nelle singole fattispecie sarebbero stati superati con le dovute verifiche, effettuate obbligatoriamente in ogni caso di adozione. Infine, anche la situazione patrimoniale del figlio adottato (mantenimento, successione, etc.) sarebbe stata ulteriormente tutelata in presenza di un secondo genitore adottivo (ad es., nel caso di morte o separazione dei *partners*).

Il divieto dell'adozione successiva integrava dunque una violazione del principio di uguaglianza; non integrava, però, una violazione del diritto del bambino ad una tutela statale, alla cura genitoriale ed alla educazione, né di un asserito diritto genitoriale dei *partners* (costituzionalmente non riconosciuto, almeno in casi come quello di specie), né, infine, del diritto ad avere una famiglia (rispetto al quale spetta al legislatore un certo margine di manovra nella regolamentazione) di cui all'art. 6 Legge fondamentale.

Il *Bundesverfassungsgericht* aveva infine precisato che la decisione non avesse riguardato alla generale questione dell'adozione congiunta di bambini da parte di coppie omosessuali secondo le modalità consentite agli eterosessuali. Al riguardo,

si era comunque evidenziato che l'ammissione dell'adozione del figlio adottato del *partner* (appunto, l'adozione successiva) non poteva essere interpretata come un aggiramento del divieto per le coppie omosessuali di adottare un bambino.

Il Tribunale di Karlsruhe aveva invitato il legislatore a porre rimedio alla situazione legislativa dichiarata incostituzionale entro il 30 giugno 2014 ed aveva comunque stabilito che la normativa allora in vigore dovesse essere interpretata nel senso che gli omosessuali legati da un'unione civile avrebbero potuto sin da subito adottare il bambino precedentemente adottato dal proprio *partner*. Nel frattempo, il legislatore ha ottemperato all'invito del Tribunale ed ha esplicitamente ammesso, con la nuova formulazione dell'art 9, comma 7, LPartG, anche la c.d. adozione successiva.

2. Il riconoscimento in Germania dell'adozione dichiarata all'estero

Le decisioni estere con cui viene dichiarata un'adozione richiedono, per la loro piena efficacia sul territorio tedesco⁸, un riconoscimento. Le procedure e forme

⁸ Sebbene il tema non possa essere approfondito in questa sede si segnala, con riferimento ai rapporti di coppia instaurati all'estero, come l'applicabilità o meno della legge tedesca alle unioni registrate si determini sulla base dell'art. 17b EGBGB (preleggi contenenti la normativa tedesca sul diritto internazionale privato). Secondo tale disposizione, la creazione, gli effetti generali e patrimoniali nonché lo scioglimento di una convivenza registrata sono soggetti alle disposizioni dello Stato che tiene il registro. Tale scelta si ritiene giustificata dall'esigenza di consentire l'accesso all'istituto ai cittadini di paesi esteri che non contemplano le convivenze registrate.

La determinazione ai sensi dell'art. 17b EGBGB della legge applicabile alle convivenze registrate si distingue da quella prevista dall'art. 13 EGBGB per la legge applicabile ai matrimoni. Infatti, mentre l'art. 17b EGBGB fa riferimento al luogo di registrazione, risulta decisiva, ai sensi dell'art. 13 EGBGB, la legge nazionale dello Stato di origine di ciascun coniuge.

Le convivenze omosessuali registrate all'estero presso un'autorità straniera vengono riconosciute in Germania qualora si tratti di unioni la cui forma giuridica risulti simile alle convivenze registrate tedesche. In tal caso, l'unione è regolata dalla legge straniera dello Stato che tiene il registro, ma non avrà comunque, in Germania, effetti più estesi della convivenza registrata tedesca (art. 17 b, comma 4, EGBGB). Se, invece, gli effetti giuridici dell'unione registrata all'estero sono meno estesi di quelli previsti in Germania per le convivenze registrate, si applica, ai sensi dell'art. 17b comma 1, periodo 1, il principio secondo cui trova applicazione la legge meno favorevole.

La norma di conflitto consente inoltre di ripetere la registrazione in Germania, previsione probabilmente senza precedenti in altre legislazioni. Se vi sono tra le stesse persone convivenze registrate in Paesi diversi, la convivenza creata per ultimo è determinante.

del riconoscimento variano a seconda dell'esistenza o meno di fonti internazionali bilaterali o multilaterali applicabili alla Germania, del paese in cui l'adozione è stata dichiarata e del tipo della dichiarazione di adozione.

Quanto alle fonti internazionali che regolano le forme ed i limiti del riconoscimento in Germania dell'adozione avvenuta all'estero, viene in rilievo soprattutto la Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale fatta a L'Aja il 29 maggio 1993 (in vigore per la Germania dal 1° marzo 2002: v. *supra*), il cui art. 23, comma 1, dispone che "l'adozione certificata conforme alla Convenzione, dall'autorità competente dello Stato contraente in cui ha avuto luogo, è riconosciuta di pieno diritto negli altri Stati contraenti". Ai termini del successivo art. 24, peraltro, "il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente", ma "solo se [l'adozione] è manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore".

Quanto al tipo dell'adozione, in questa sede si farà riferimento alla sola decisione di adozione adottata *per decreto* da un giudice o da un'autorità all'estero (*Dekretadoption*). Per completezza, si ricorda tuttavia come esistano in alcuni ordinamenti anche le c.d. "adozioni convenzionali" o "adozioni per contratto" (*Vertragsadoptionen*). Esse possono, se avvenute in Stati contraenti, rientrare nel campo di applicazione della Convenzione dell'Aja se sono state sottoposte ad un esame giudiziale o di un'autorità e se sono state certificate ai sensi dell'art. 23 della Convenzione (altrimenti si parla invece di "pure adozioni per contratto" che fuoriescono del tutto dal campo di applicazione, non solo della Convenzione dell'Aja, ma anche della AdWirkG e della FamFG, non trattandosi appunto di "decisioni" ai sensi di tali normative)⁹.

Per quanto concerne, infine, i matrimoni omosessuali contratti validamente all'estero, non sussiste unanimità circa la loro qualificazione ed il loro riconoscimento in Germania. Se qualificati come matrimoni, non sarebbero validi e riconoscibili in Germania ove uno dei coniugi fosse tedesco (in Germania, infatti, il matrimonio omosessuale è nullo): la validità del matrimonio si determina ai sensi dell'art. 13 EGBGB, e quindi, in base alla legge nazionale di ciascun *partner*/coniuge, per cui dal riconoscimento del matrimonio omosessuale negli Stati di origine di entrambi gli sposi. Se, tuttavia, i matrimoni venissero qualificati come convivenze registrate, non sussisterebbero particolari problemi: una parte della dottrina propone quindi di qualificarli come convivenze – applicando art. 17 b EGBGB in via analogica o anche in via diretta –, fermo restando il disposto del quarto comma dell'art. 17 b EGBGB, per cui gli effetti dell'unione rimarrebbero limitati a quelli previsti per le convivenze registrate.

⁹ Per le c.d. *adozioni per contratto*, nella misura in cui rientrino nel campo di applicazione della Convenzione dell'Aja, la certificazione dello Stato di origine di cui all'art. 23, comma 1, per. 1, fa venir meno la necessità nello Stato di accoglienza di un esame della validità dell'adozione.

Qualora sussistano le fonti internazionali, sono queste a regolare, per l'essenziale, le forme ed i limiti del riconoscimento in Germania dell'adozione avvenuta all'estero.

Si segnala come il diritto procedurale interno, prima della ratifica della Convenzione dell'Aja e dell'emanazione delle relative leggi (in particolare della AdwirkG), non prevedeva alcun particolare meccanismo di riconoscimento formale per l'atto di adozione estero (ragione per cui solitamente l'adozione estera veniva ripetuta in Germania per avere maggiori certezze).

Il riconoscimento dell'adozione estera era più che altro oggetto di un esame incidentale ai sensi dell'art. 16a FGG (ora degli artt. 108, comma 1¹⁰, 109 FamFG¹¹), nel caso in cui la validità dell'adozione fosse rilevante alla stregua di

Non esiste, infatti, alla luce della certificazione, alcuno spazio per un proprio esame da parte dello Stato di accoglienza circa l'interesse del minore e l'aspettativa di un rapporto durativo di genitore-figlio tra adottante ed adottato. Rimane solo la possibilità di un esame della compatibilità dell'adozione con l'ordine pubblico interno (art. 6 EGBGB e art. 24 della Convenzione dell'Aja).

Diversamente, la validità di *adozioni per contratto* avvenute in Stati *non contraenti* deve essere esaminata pienamente da parte di un giudice o di un'autorità nello Stato di accoglienza, in quanto manca una garanzia equivalente alla certificazione dell'autorità centrale dello Stato di origine di cui all'art. 23 della Convenzione. L'esame si estende a tutti i presupposti del diritto estero sull'adozione. In Germania si applicano, infatti, le norme di conflitto di cui agli artt. 22 e 23 EGBGB, che conducono generalmente all'applicabilità della legge straniera. L'art. 23, per. 2, EGBGB prevede però, in merito ai necessari consensi e dichiarazioni, qualora fosse indicato per motivi del bene del bambino, l'applicazione del diritto materiale interno tedesco. Inoltre, deve essere tenuto conto, in particolare, dell'ordine pubblico interno (Art. 6 EGBGB).

Infine, le c.d. *pure adozioni per contratto*, per cui manca una certificazione ai sensi dell'art. 23 della Convenzione dell'Aja, anche ove fossero avvenute in Stati contraenti, e che fuoriescono dal campo di applicazione della Convenzione dell'Aja, devono parimenti essere esaminate ai sensi degli artt. 22, 23 EGBGB, in vista del riconoscimento giudiziario in Germania. Tale tipo di adozione non può essere riconosciuto nel territorio tedesco in maniera incidentale, poiché in mancanza di partecipazione di autorità statali ciò si porrebbe in contrasto con l'ordine pubblico interno.

¹⁰ § 108: “*A prescindere dalle sentenze in materia matrimoniale, le decisioni straniere sono riconosciute, senza che occorra un particolare procedimento.*”

Per le adozioni si applicano i §§ 2,4, e 5 della legge sull'efficacia delle adozioni.” (Tali disposizioni hanno carattere meramente processuale e configurano a Berlino la competenza della Pretura di *Schöneberg* in primo grado e del *Kammergericht* in appello).

¹¹ § 109: “*Il riconoscimento di una sentenza straniera è escluso: a) se i giudici dell'altro Stato non sono competenti secondo il diritto tedesco; b) [ingiustizia del processo] c) [conflitto con altra sentenza tedesca o, se precedente, straniera] d) se il riconoscimento della decisione porta ad un risultato che sia palesemente inconciliabile con i principi fondamentali del diritto tedesco, specialmente quando la decisione è inconciliabile con i diritti fondamentali.*”

una questione pregiudiziale. Ciò non è in realtà cambiato con la ratifica della Convenzione e la AdWirkG. Tuttavia, le decisioni estere sull'adozione rese ai sensi della Convenzione dell'Aja vengono ora riconosciute *per legge* in tutti gli Stati membri della Convenzione (cfr. art. 23, comma 1 della Convenzione). Esse devono essere scrutinate nel territorio nazionale solo in merito alla loro efficacia/validità e sono direttamente rilevanti senza ulteriore accertamento incidentale. Le regole della Convenzione e la relativa procedura convenzionale garantisce in principio che i requisiti di cui all'art. 108, comma 1, 109 FamFG¹² siano ottemperati. In particolare, nello Stato di accoglienza possono essere esaminati solo gli *effetti* di un'adozione estera avvenuta in uno Stato contraente. L'esame dei presupposti sostanziali per l'adozione non è invece consentito.

Nonostante il riconoscimento "automatico" previsto dalla Convenzione, si può comunque instaurare un apposito ed ulteriore procedimento di riconoscimento ai sensi della AdWirkG al fine di chiarire in maniera vincolante la sussistenza, il contenuto, gli effetti e l'efficacia in Germania di un'adozione avvenuta all'estero – pur se dichiarata in uno Stato contraente –, e quindi al fine di ottenere una maggiore certezza giuridica, anche alla luce della previsione di cui all'art. 24 della Convenzione (che si riferisce ad un manifesto contrasto con l'ordine pubblico). Tale procedimento è appunto anche previsto con riferimento alle decisioni rese in Stati membri della Convenzione dell'Aja.

Nell'ambito di detto procedimento di riconoscimento vengono accertati, ai sensi dell'art. 2 AdWirkG, solo i rapporti giuridici che sono stati creati tramite la decisione estera e la loro efficacia in Germania. Si tratta del c.d. *procedimento di riconoscimento ed accertamento degli effetti dell'adozione estera*. L'art. 3 della stessa legge prevede poi un ulteriore procedimento mirato alla "trasformazione" di un'adozione estera "debole"¹³ in una adozione "forte"¹⁴ ai sensi della legge materiale tedesca.

¹² Cfr. *supra* le note 10 e 11.

¹³ Si parla di *adozione debole* quando, attraverso l'adozione, si forma un rapporto giuridico duraturo tra adottato e adottante, ma rimangono contemporaneamente i rapporti sostanziali giuridici con i genitori biologici dell'adottato. Questo causa alcune conseguenze per ciò che concerne l'acquisizione della cittadinanza tedesca da parte dell'adottato (art. 6 della legge tedesca in materia di cittadinanza – *Staatsangehörigkeitsgesetz*).

¹⁴ Si parla di *adozione forte* quando, a seguito dell'adozione, vengono meno i rapporti giuridici tra l'adottato ed i genitori biologici e l'adottato acquisisce i relativi diritti e doveri nei confronti dell'adottante. In caso di adozione forte, il tribunale tedesco, secondo l'art. 2, comma 2, per. 1, n. 1, della legge sulle conseguenze dell'adozione (*AdWirkG*), stabilisce, nella sua sentenza di riconoscimento, che, con l'annullamento del rapporto giuridico originario fra genitori biologici e

Qualora il giudice accerti in una prima fase il riconoscimento dell'adozione estera, procede poi in base all'art. 2, comma 2, AdWirkG con la determinazione dell'estensione degli effetti dell'adozione. Esamina in questo senso se il rapporto del bambino con i genitori precedenti si è estinto con l'adozione o se tale rapporto continua a sussistere. Nel primo caso, accerta che il rapporto di adozione equivale pienamente ad un rapporto di adozione così come è previsto dalla legge materiale tedesca. Nel secondo caso, constata che il rapporto di adozione equivale al rapporto di adozione di cui alla legge tedesca solo in riferimento alla responsabilità genitoriale ed all'obbligo di mantenimento dell'adottante. Nell'ultimo caso, sussiste la possibilità di richiedere la trasformazione della posizione giuridica (più debole) del bambino in una posizione (più forte) regolata dalla legge materiale tedesca. Ciò presuppone, oltre ai necessari consensi ed alle dichiarazioni dei soggetti coinvolti, la considerazione dei rispettivi interessi, ed in particolare quella per il superiore interesse del minore.

Le ordinanze giudiziali che, in accoglimento dell'istanza, accertano il riconoscimento (o la validità) dell'adozione (artt. 2, 4, comma 2, per. 3, AdWirkG) o dichiarano la trasformazione (art. 3 AdWirkG) non sono impugnabili né modificabili. Esse diventano efficaci e formano giudicato con la notifica all'adottante e, dopo il suo decesso, al bambino (art. 5, comma 4 per. 1 AdWirkG, art. 197, commi 2, 3 FamFG). Le ordinanze che, invece, respingono l'istanza sono impugnabili entro un mese dalla loro emanazione.

L'accertamento del riconoscimento ai sensi degli artt. 2, 4 comma 2, per. 3, AdWirkG non conduce, in linea di base, all'estinzione o alla creazione di diritti. Ciò è piuttosto la conseguenza giuridica dell'adozione estera e del suo riconoscimento nel territorio interno. Tuttavia, la dichiarazione di riconoscimento dell'adozione convenzionale, sebbene sia già per legge riconosciuta nel territorio nazionale, non è solo dichiarativa, ma anche costitutiva del suo vincolo per e contro tutti (art. 4, comma 3, per. 1, AdWirkG), con la conseguenza dell'inammissibilità di futuri accertamenti incidentali.

Per le adozioni avvenute in Stati non contraenti, la dichiarazione di riconoscimento dell'adozione ha infine un effetto pienamente costitutivo. L'ordinanza, quando sia diventata formalmente *res giudicata*, è vincolante *erga omnes*, in ossequio ai principi relativi alla certezza del diritto (art. 4, comma 2, per. 1, AdWirkG).

adottato, si acquisisce il rapporto giuridico fra adottato ed adottante e che il medesimo è equivalente a qualsiasi rapporto giuridico di filiazione presente nel diritto tedesco.

Una pronuncia sulla trasformazione ai sensi dell'art. 3 della legge è sempre costitutiva, in quanto esplica effetti che vanno oltre quelli dell'adozione estera.

Per riassumere quanto si è venuti dicendo, possono ribadirsi i seguenti concetti.

– Il procedimento di cui alla AdWirkG è facoltativo, poiché un'adozione avvenuta all'estero esplica i suoi effetti giuridici in Germania anche senza l'accertamento giudiziale ai sensi di tale normativa, nella misura in cui sussistano i presupposti legali per il suo riconoscimento o la sua efficacia.

– La AdWirkG non fornisce veri e propri parametri per il riconoscimento dell'adozione.

– Per stabilire in base a quali norme l'esame deve essere effettuato è necessario distinguere tra le adozioni avvenute in base alla Convenzione dell'Aja (per le quali si deve escludere una violazione dell'ordine pubblico interno ai sensi dell'art. 24 della Convenzione) e adozioni avvenute al di fuori di questo ambito.

Nel caso in cui le fonti di diritto internazionale non siano applicabili, il riconoscimento delle decisioni straniere sull'adozione (*Dekretadoptionen*) è regolato dalla AdWirkG – che si estende, come detto, anche alle adozioni estere avvenute in Stati non contraenti della Convenzione dell'Aja – e dalla FamFG del 17 dicembre 2008, ovvero dalla legge sul procedimento in materia di famiglia e di questioni di volontaria giurisdizione (che ha sostituito, a far tempo dal 2009, la FGG). Vengono in rilievo, in particolare, i parametri di cui agli artt. 108 e 109 FamFG, secondo cui *le decisioni sull'adozione sono riconosciute a meno che il riconoscimento di una decisione conduca ad un risultato che sia palesemente inconciliabile con i principi fondamentali del diritto tedesco, specialmente quando la decisione è inconciliabile con i diritti fondamentali*. Anche in questo caso, quindi, si pone la questione della compatibilità dell'adozione con l'ordine pubblico interno al momento della decisione sul riconoscimento.

3. Segue: adozione dichiarata all'estero e coppie omosessuali (orientamenti giurisprudenziali)

Con particolare riferimento alle adozioni estere effettuate da parte di una coppia omosessuale o di *partners* registrati, la giurisprudenza tedesca tende ad affermare la compatibilità delle stesse con l'ordine pubblico interno come si evince dalle recenti pronunce giurisprudenziali che di seguito si segnalano.

[A] Una sentenza della *Corte suprema federale tedesca (BGH)* del 10-19 dicembre 2014 definisce con estrema chiarezza la nozione del “*manifesto contrasto con l’ordine pubblico*” ai sensi dell’art. 109 FamFG. La pronuncia appare in questo senso rilevante ai presenti fini anche se non riguarda in particolare il tema dell’adozione, bensì quello del riconoscimento dell’atto di nascita di un bambino nato all’estero grazie alla donazione dell’ovocita (vietata in Germania) da donna rimasta anonima ed al seme di uno dei *partners* di una coppia omosessuale.

Nel caso di specie, infatti, una coppia omosessuale, unita da un vincolo di *Lebenspartnerschaft* (unione registrata), si era recata in California, dove aveva stipulato un contratto di maternità surrogata; a gestazione iniziata, era avvenuto il riconoscimento della paternità ed era stata adita la competente Corte californiana, che aveva stabilito – anche in base alle dichiarazioni rese al giudice dalla madre surrogata – che il bambino fosse figlio dei due genitori committenti. L’atto di nascita non era stato però riconosciuto dal competente Ufficio di Stato Civile tedesco. I giudici aditi in primo e secondo grado avevano respinto il ricorso avverso detto diniego.

La Corte suprema federale ribaltava queste ultime decisioni e, decidendo nel merito, stabiliva, tra l’altro, che la trascrizione dell’atto di nascita non fosse in contrasto con l’ordine pubblico tedesco:

“27. [...] *Al riconoscimento non si oppone alcun contrasto con l’ordine pubblico. Secondo il paragrafo 109 FamFG, il riconoscimento di una sentenza straniera è escluso se esso conduce ad un risultato che sia palesemente inconciliabile con i principi essenziali del diritto tedesco, in particolare quando il riconoscimento è incompatibile con i diritti fondamentali (violazione dell’ordine pubblico).*

“28. *Per la domanda di riconoscimento di una sentenza straniera non ci si deve adeguare all’ordine pubblico nazionale ai sensi del paragrafo 6 delle preleggi (EGBGB), al quale devono attenersi i giudici tedeschi nell’applicazione del diritto straniero, ma al più liberale principio giuridico di riconoscimento dell’ordine pubblico internazionale. Una sentenza straniera non è incompatibile con esso se il giudice tedesco, se avesse deciso il processo, sarebbe giunto a un altro risultato sulla base di norme imperative del diritto tedesco (divieto di revisione del merito). Piuttosto, è determinante se il risultato della applicazione del diritto straniero nel caso concreto sia in una contraddizione talmente forte con i principi di fondo dell’ordinamento tedesco ed i presupposti di giustizia in esso contenuti, da apparire intollerabile secondo la concezione tedesca.*

“29. Il diritto, per il riconoscimento delle decisioni giudiziarie, persegue come scopo prefissato l’assicurazione dell’armonia delle decisioni internazionali ed in particolare nelle questioni che hanno oggetto lo stato delle persone di limitare le cosiddette situazioni giuridiche claudicanti. Secondo la costante giurisprudenza della Sezione, il paragrafo 109 FamFG è perciò da interpretare restrittivamente nell’interesse dell’armonia internazionale delle decisioni, così che il diniego di riconoscimento per contrasto con l’ordine pubblico rimanga circoscritto a casi eccezionali”¹⁵.

[B] Più specificamente in merito al riconoscimento dell’azione congiunta da parte di una coppia omosessuale si è poi pronunciata la Corte d’appello (OLG) di Schleswig, con ordinanza del 23 gennaio 2014 – 12 UF 14/13 –.

Nel 2008, due donne che vivevano in California, una di cittadinanza tedesca e l’altra di cittadinanza americana, avevano adottato negli Stati Uniti un bambino nato nello stesso anno. Le donne non erano sposate all’epoca né legate in un’unione legalmente riconosciuta, avendo costituito una semplice coppia di fatto. La Corte distrettuale dello Stato del Minnesota, dove il bambino era nato, aveva reso la decisione sull’adozione secondo il diritto interno di tale Stato.

La donna di cittadinanza tedesca aveva successivamente richiesto il riconoscimento dell’adozione in Germania. La pretura competente di Schleswig aveva però respinto la richiesta in ragione dell’assenza di una garanzia legale della unione (di fatto) delle donne. Al riguardo, era seguita la presa di posizione dell’Ufficio federale della giustizia (BAJ) secondo cui il collocamento del bambini presso una unione di fatto, quindi presso una coppia non legalmente riconosciuta e garantita per legge, era da ritenersi in contrasto con i principi cardine dell’ordinamento tedesco. Le due donne, ancora residenti negli Stati Uniti, impugnavano tale decisione presso la competente corte di appello. Nel frattempo, nel novembre 2013, la coppia si era sposata in California. Proprio quest’ultimo passo conduceva a ritenere superati, nell’ambito del procedimento d’appello, gli ostacoli al riconoscimento dell’adozione dichiarata negli Stati Uniti.

In effetti, la Corte di appello ha, in primo luogo, confermato che il riconoscimento non rientrava nel campo di applicazione della Convenzione

¹⁵ I passaggi della sentenza qui riportati sono tratti dalla traduzione di R. de Felice, allegata a R. DE FELICE, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*, in *Persona e danno* (3 febbraio 2015), [http://www.personaedanno.it/attachments/article/47068/berlino%20roma%203\[1\].doc](http://www.personaedanno.it/attachments/article/47068/berlino%20roma%203[1].doc).

dell'Aja del 29 maggio 1993 (ratificata sia dalla Germania che dagli Stati Uniti), poiché si trattava di una adozione meramente interna dichiarata negli Stati Uniti (California): la coppia adottante, infatti, viveva in quel paese al momento dell'adozione e continuava a risiedervi. Pertanto, si trattava di una decisione estera di adozione ai sensi dell'art. 1 AdWirkG, il cui riconoscimento era da determinarsi in base agli artt. 108 e 109, comma 1, n. 4, FamFG, che escludono il riconoscimento nel caso in cui l'adozione estera contrasti manifestamente con i principi fondamentali dell'ordinamento tedesco.

Nel merito, la corte ha ritenuto che il fatto che in Germania non sia consentito alle coppie omosessuali, la cui unione è registrata, di adottare congiuntamente un minore non implica un manifesto contrasto con l'ordine pubblico tedesco. Una tale conclusione dovrebbe escludersi in particolare alla luce della sopra ricordata decisione del Tribunale costituzionale tedesco del 19 febbraio 2013, che ha riconosciuto la possibilità di adozione successiva da parte di un *partner* registrato.

Decisivo, poi, era il fatto che la coppia si fosse unita in matrimonio: anche l'Ufficio federale della gioventù, del resto, non aveva avuto più dubbi in merito al riconoscimento una volta che le donne si erano sposate e che quindi l'ostacolo della carenza di una unione legalmente riconosciuta degli adottanti era venuto meno.

[C] La Corte suprema federale (BGH), in una recentissima ordinanza del 17 giugno 2015 (XII ZB 730/12), è andata ancora oltre, affermando, incidentalmente, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto l'autenticazione dell'atto di nascita di un minore adottato all'estero da una coppia omosessuale, il riconoscimento dell'adozione anche in assenza di qualunque vincolo giuridico nella coppia adottante.

Nel caso di specie, i ricorrenti, cittadini tedeschi, avevano convissuto dal 2007 al 2009 in Sudafrica, dove nel 2009 avevano validamente adottato un minore nato nel 2008. In Sudafrica, anche in considerazione dell'esistenza di forme poligamiche di convivenza, l'adozione è consentita a coppie omosessuali o ad altre persone (non necessariamente coppie) che convivano e che abbiano *de facto* un legame familiare.

I ricorrenti, assieme al loro figlio, si erano successivamente (ri)trasferiti in Germania, dove il giudice di famiglia competente aveva riconosciuto l'adozione dichiarata nel Sudafrica ai sensi dell'AdWirkG, tra l'altro con un'ordinanza diventata *res giudicata*, ritenendo estinto il rapporto del bambino con i suoi genitori biologici ed equiparando il rapporto di adozione estero ad un rapporto di adozione alla stregua del diritto tedesco.

Nonostante ciò, l'Ufficio dello Stato Civile del luogo dove i ricorrenti avevano richiesto successivamente l'autenticazione dell'atto di nascita del loro figlio aveva esposto dubbi circa l'ammissibilità dell'autenticazione dell'atto in questione: a fondamento di questa posizione si era adottato che l'ordinamento tedesco non consente l'adozione da parte di una coppia omosessuale (nemmeno registrata). L'Ufficio aveva quindi sottoposto la questione alla pretura competente, che aveva tuttavia disposto che l'Ufficio *non* rifiutasse l'autenticazione richiesta per il fatto che due persone senza legame giuridico e familiare avessero adottato il minore. L'Ufficio e la rispettiva autorità di sorveglianza, essendo dell'avviso che il riconoscimento dell'adozione da parte del tribunale di famiglia fosse nullo e pertanto non vincolante, impugnavano detta decisione, sino a giungere alla Corte suprema federale.

Il BGH ha sottolineato come, nello scenario scrutinato, l'Ufficio dello stato civile era in linea di principio vincolato alla non impugnabile decisione del giudice di famiglia circa il riconoscimento di un'adozione dichiarata all'estero, decisione avente effetti *erga omnes* e quindi vincolante anche per l'amministrazione pubblica.

Solo in casi estremamente eccezionali l'effetto vincolante della decisione del giudice di famiglia può venire meno nonostante sia una *res giudicata*: in presenza di un palese errore molto grave nella decisione, quando questa è priva di qualsiasi base legale ovvero abbia un contenuto del tutto estraneo alla legge. Nel caso in esame, ciò, secondo il BGH, non era riscontrabile.

Il Sudafrica è uno Stato membro della Convenzione dell'Aja. Questa, peraltro, non trovava applicazione nel caso di specie, poiché all'epoca della decisione di adozione non era ancora intervenuto un trasferimento in Germania della coppia. Pertanto, il giudice di famiglia adito aveva esaminato la questione del riconoscimento in particolare in base agli artt. 108, 109 FamFG. Ad avviso dei giudici supremi, il tribunale di famiglia, che doveva limitarsi a verificare la sussistenza di un eventuale contrasto dell'adozione con l'ordine pubblico materiale, non aveva commesso alcun grave e palese errore nella valutazione della questione.

Al riguardo, la Corte suprema ha ribadito la sua giurisprudenza precedente (rifacendo riferimento, in particolare, alla suddetta sentenza del 10 dicembre 2014) secondo cui, per il riconoscimento di una decisione estera, non deve essere presa in considerazione la nozione dell'ordine pubblico di cui ai sensi dell'art. 6 EGBGB (preleggi) quindi quella della norma nazionale sulle regole di conflitto, ma piuttosto la nozione più ampia e liberale dell'"ordine pubblico internazionale", più propensa al riconoscimento. Alla luce di ciò, non rilevava, ai fini del

riconoscimento, se la decisione straniera fosse in contrasto con la normativa interna, a meno che non si riscontrasse un conflitto intollerabile con i valori ed i principi essenziali dell'ordinamento nazionale. Per tale ragione, l'art. 109 FamFG doveva essere interpretato in maniera restrittiva, con il risultato di condurre al rifiuto del riconoscimento solo in casi eccezionali. Al riguardo, era senz'altro da porre al centro dell'*iter* decisorio la valutazione dell'interesse del minore.

Secondo il BGH il fatto in sé che un ordinamento straniero attribuisca, nell'ambito della decisione di adozione da parte di una coppia omosessuale, il diritto di adozione congiunta non lede l'ordine pubblico internazionale. In proposito, la Corte suprema ha richiamato la propria sentenza del 10 dicembre 2014 e la decisione del Tribunale costituzionale federale sull'adozione successiva da parte di un *partner* registrato. Da quest'ultima decisione è emerso chiaramente che il diritto tedesco consente, attraverso l'adozione successiva, che *partners* omosessuali divengano genitori.

Nemmeno il fatto che tali *partners* non siano ufficialmente e giuridicamente legati per tramite di appunto un matrimonio o di un'unione registrata osta, ad avviso il BGH, al riconoscimento.

Sul punto, il BGH ha ammesso che l'ordinamento tedesco attribuisce una particolare importanza al riconoscimento giuridico dell'unione che adotta (unione nella forma del matrimonio), nell'ottica di assicurare il rispetto dell'interesse del minore. È quanto emerge, del resto, anche dai lavori preparatori della riforma del diritto di adozione del 1976: il legislatore intendeva assicurare che il bambino venisse accolto in una situazione familiare duratura, equilibrata e funzionale per il migliore sviluppo dello stesso, situazione che il legislatore aveva ravvisato e assunto di regola sussistente presso una coppia coniugata. Altre forme di convivenza non garantite e tutelate dalla legge non sarebbero invece state adatte ad un accoglimento congiunto del minore. Del resto, lo stesso Tribunale costituzionale non ha finora messo in discussione la descritta valutazione del legislatore secondo cui il collocamento di un minore presso una coppia legata da matrimonio – che tende di regola a garantire maggiormente l'auspicata stabilità dell'unione rispetto alle mere unioni di fatto non vincolanti, facilmente risolvibili e senza tutele ed agevolazioni legali – sia la soluzione che tenga meglio conto dell'interesse del minore. In altri termini, il legame ed il vincolo giuridico dell'unione matrimoniale attribuiscono, anche secondo la giurisprudenza costituzionale, una sicurezza maggiore al bambino sotto vari aspetti (anche economici).

Tuttavia, non si può negare, secondo il BGH, che negli anni le cose siano cambiate nell'ambito europeo. Vari Stati europei hanno introdotto la possibilità

dell'adozione congiunta anche per le coppie omosessuali di fatto o per le unioni registrate, possibilità contemplata anche nella Convenzione sull'adozione dei minori del 27 novembre 2008, destinata a sostituire la precedente Convenzione sulla stessa materia del 24 aprile 1967, a condizione che si tratti di unioni stabili.

Alla luce del continuo mutamento delle tipologie di “famiglia”, il divieto dell'adozione congiunta da parte di coppie non coniugate e la concezione tipicizzante del legislatore, che prescinde da una valutazione nel caso singolo, viene messa sempre più in discussione in Germania.

Sulla scorta di questi rilievi, il BGH ha quindi ritenuto giuridicamente sostenibile, nel caso di specie, la valutazione del giudice di famiglia secondo cui l'adozione in questione non contrastava manifestamente con l'ordine pubblico tedesco (tra l'altro considerando che il giudice di famiglia aveva valutato che il diritto sudafricano esigesse comunque una certa durata e stabilità dell'unione adottante, accertata da un'apposita autorità).

INGHILTERRA

a cura di Sarah Pasetto

1. Introduzione

L'ordinamento britannico prevede la possibilità per le coppie dello stesso sesso di adottare congiuntamente, in quanto coppia, sposata, unita in una *civil partnership* oppure semplicemente di fatto. L'adozione da parte di coppie omosessuali era già di fatto praticata nell'ordinamento da tempo (mediante diversi *escamotages* giuridici basati sull'adozione da parte di un *single*), ma è stato l'*Adoption and Children Act 2002*, che ha operato una assai profonda riforma della disciplina sull'adozione, a costituire un vero punto di svolta (anche) in proposito, introducendo la possibilità di adozione da parte di coppie *same-sex* e di fatto in quanto tali.

La legge del 2002 ha posto il principio secondo cui l'interesse del fanciullo deve essere il criterio più importante nella determinazione di questioni relative all'adozione¹. Con la nuova disciplina i minori da adottare sono posti, per molti versi, sullo stesso piano (concettuale) dei minori di famiglie divorziate: in entrambi i casi manca una famiglia, circostanza che pone i fanciulli potenzialmente a rischio; ed il loro benessere dipende dal collocamento in una famiglia.

Strettamente legato a questa nuova impostazione era, naturalmente, l'obiettivo esplicito dell'*Act* di aumentare il numero di adozioni. A tal fine, si sono poste in essere numerose misure, tra cui l'ampliamento delle categorie di persone che possono adottare: il concetto di "famiglia" è stato interpretato in senso lato, onde includere anche le coppie non sposate, eterosessuali ed omosessuali, proprio

¹ In precedenza, l'ordinamento concepiva l'adozione come un "rimedio" tanto per le famiglie senza figli quanto per i minori senza famiglia; l'interesse dei fanciulli non godeva di alcuna priorità. Al riguardo appare indicativo il confronto tra la formulazione della *section 6* dell'*Adoption Act 1976* ("*Dovere di promuovere il benessere del bambino. Nel giungere a qualsiasi decisione relativa all'adozione di un minore, la corte o un'agenzia per l'adozione deve aver riguardo a tutte le circostanze, dando primaria considerazione al bisogno di salvaguardare e promuovere il benessere del fanciullo per la durata della sua infanzia*") con quella della *section 1(2)* della legge del 2002 ("*Considerazioni che si applicano all'esercizio dei poteri. [...] La considerazione preminente della corte o dell'agenzia per l'adozione deve essere il benessere del fanciullo, per tutta la durata della sua vita*").

nell'ottica di agevolare in concreto il raggiungimento dell'interesse del fanciullo². L'innovazione è anche stata realmente indicativa della forte apertura nei confronti delle coppie omosessuali che si è avuta con l'ascesa al potere del Partito laburista nel 1997, marcando una differenza notevole rispetto alla posizione del Governo conservatore precedente³, anche se non sono mancate constatazioni del carattere sovente solo formale di questa apertura⁴.

Pertanto, in Inghilterra, non è stato tanto il riconoscimento civile delle unioni *same-sex* ad essere stato il prodromo dell'apertura all'adozione da parte delle coppie dello stesso sesso, quanto semmai l'innovativo approccio adottato nella disciplina della adozione *ut sic*⁵.

2. I tipi di adozione

2.1. L'adozione

2.1.1. I requisiti per adottare

Oggi, i requisiti per poter diventare un genitore adottivo sono i seguenti: il compimento dei ventuno anni di età, soglia che scende a diciotto anni se è un genitore naturale ad adottare il proprio bambino⁶; ciascun genitore adottivo deve essere stato abitualmente residente in una delle Isole britanniche per un periodo non inferiore ad un anno alla data della richiesta; l'individuo o, nel caso di

² A. DIDUCK, *Law's Families*, LexisNexis UK, 2003, 205.

³ C. COCKER, *Social work and adoption: the impact of civil partnership and same-sex marriage*, in N. BARKER – D. MONK (a cura di), *From Civil Partnership to Same-Sex Marriage: Interdisciplinary reflections*, Routledge, Abingdon, 2015.

⁴ COCKER, *op. cit.*; si v. anche *infra*, nota 22.

⁵ Come è stato sottolineato, il dibattito sull'opportunità di introdurre la *civil partnership* non è stato segnato, a differenza di altri paesi (si pensi ad es. alla Francia), da opposizioni fondate sul rifiuto di legittimare l'adozione per le coppie *same-sex*: J. MURPHY, *The Recognition of Same-Sex Families in Britain: The Role of Private International Law*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, vol. 16, n. 2, 181 ss.

⁶ *Section 50 dell'Adoption and Children Act 2002*. Un genitore può adottare il proprio figlio. Ciò avviene generalmente allorché si intenda escludere la presenza dell'altro genitore nella vita del minore. Si tratta, peraltro, di una situazione che si verifica alquanto raramente.

adozioni in coppia, almeno un componente della coppia richiedente deve essere domiciliata in una delle Isole britanniche⁷.

Le coppie che desiderano adottare devono essere sposate, unite in *civil partnerships*⁸, oppure “conviventi come *partners* in una relazione familiare stabile”. Le coppie che non rientrano in una di queste categorie non possono adottare congiuntamente⁹; ciò non preclude, comunque, che un componente della stessa possa adottare individualmente. Per l’adozione congiunta, le coppie non devono necessariamente convivere nella stessa abitazione; occorre semplicemente che vi sia una “intenzione non ambigua di creare e mantenere la vita familiare e [...] un assetto di fatto coerente con questa intenzione”¹⁰.

L’adozione è possibile anche per i *singles*, a far tempo dal 1926. Una persona sposata può adottare in quanto *single* ma solamente se è in grado di dimostrare al giudice che il coniuge è disperso o è incapace di partecipare alla richiesta di adozione per motivi di salute, oppure se i coniugi si sono separati e la separazione è probabilmente permanente. Può adottare in via individuale anche una persona che è un *partner* del genitore del bambino in questione (*section* 51 della legge del 2002; v., *infra*, par. 2.4.).

La persona adottata deve essere di età inferiore ai diciotto anni; l’eventuale ordinanza di adozione deve essere emessa prima del compimento del suo diciannovesimo anno di età. L’adottato non può mai essere stato sposato. Non è necessario che l’adottato consenta all’adozione; se però è dotato di capacità di comprensione, deve essere consultato durante il processo di adozione e deve avere sostegno psicologico.

2.1.2. L’emanazione dell’*adoption order*

L’adozione diventa ufficiale con l’emanazione di un’ordinanza (giudiziale) di adozione, il c.d. *adoption order*. Prima di emettere un tale *order*, la corte deve accertarsi che le seguenti condizioni siano state soddisfatte:

⁷ *Sections* 49(2) e (3) dell’*Adoption and Children Act 2002*.

⁸ Istituto introdotto dal *Civil Partnerships Act 2004*; v. *infra*, par. 3.4.1.

⁹ La *section* 144(6) dell’*Adoption and Children Act 2002* chiarisce, in particolare, che la nozione di “coppia” non può applicarsi alle persone legate da stretti rapporti di consanguineità.

¹⁰ *T & M v OCC* [2010] EWHC 964 (Fam).

- a) se l'adozione è stata organizzata da un'agenzia di adozione, il bambino deve aver vissuto con i richiedenti per almeno dieci settimane prima della richiesta dell'ordinanza;
- b) se l'adozione non ha visto il coinvolgimento di un'agenzia ed il richiedente è uno *step-parent* o un *partner* del genitore, il periodo minimo di convivenza col bambino è di sei mesi;
- c) se il richiedente è un genitore affidatario, è necessario un periodo continuativo minimo di un anno;
- d) se il richiedente è un parente, il bambino deve aver vissuto con il richiedente per un periodo continuativo di tre anni nei cinque anni precedenti la richiesta;
- e) l'emanazione dell'ordinanza di adozione deve essere fondata sul superiore interesse del fanciullo;
- f) il genitore o i genitori naturali acconsentono all'adozione, quando il loro consenso è necessario (non lo è, ad es., quando i genitori non sono legalmente in grado di prestare il consenso, sono irreperibili oppure se ciò è necessario per salvaguardare l'interesse del fanciullo); non è necessario ottenere il consenso del padre biologico se non è sposato con la madre di nascita.

Se il padre non era sposato con la madre al momento della nascita del bambino, egli non può essere ritenuto un "genitore" ai sensi dell'*Adoption and Children Act 2002* a meno che non avesse la responsabilità genitoriale per lo stesso¹¹; affinché il padre possa acquisirla, deve recarsi a registrare la nascita insieme con la madre.

A differenza di quanto avviene per l'adozione internazionale (v. *infra*, par. 2.4.), non è necessario che il fanciullo sia *domiciled* o *habitually resident* in Inghilterra. Tuttavia, è necessario adempiere alle condizioni, elencate sopra, relative alla convivenza del minore con i richiedenti.

Con l'emanazione dell'ordinanza di adozione, il bambino adottato viene considerato alla stregua di un "figlio legittimo dell'individuo o della coppia che lo adotta"¹². I genitori adottivi ottengono la responsabilità genitoriale (*parental responsibility*)¹³ e possono adottare tutte le decisioni riguardo al bambino che

¹¹ *Section 52(6)* dell'*Adoption and Children Act 2002*.

¹² *Section 67(1-3)* dell'*Adoption and Children Act 2002*.

¹³ *Section 46(1)* dell'*Adoption and Children Act 2002*.

possono adottare altri genitori. Lo *status* e la responsabilità genitoriali di qualsiasi altra persona vanno così ad estinguersi, ad eccezione della circostanza in cui uno *step-parent* adotti il figlio del proprio *partner*: in questo caso, il *partner* conserva responsabilità e *status* genitoriali. L'ordinanza di adozione estingue qualsiasi diritto successorio dell'adottato nei confronti dei genitori naturali.

Se uno degli individui che adotta è un cittadino britannico, l'adottato potrà acquisire la cittadinanza britannica, qualora non la abbia già.

L'ordinanza di adozione non perde efficacia quando l'adottato raggiunge la maggiore età. Essa può però decadere se viene emanata un'altra ordinanza di adozione.

2.2. La *open adoption*

La c.d. *open adoption* prevede la possibilità, per l'adottato, di mantenere i contatti con la famiglia di origine. L'opportunità di questo assetto è generalmente deciso dalla corte adita per la richiesta dell'ordinanza di adozione, e solitamente ricalca la soluzione adottata dal giudice nel momento in cui, preso in affidamento il bambino, si era predisposta o meno la possibilità di contatto.

2.3. La *special guardianship*

La *special guardianship* è un'alternativa all'adozione che dà certezza ed uno *status* giuridico adeguato a coloro che si occupano del minore, ma che non elide del tutto lo *status* dei genitori naturali. Introdotto dall'*Adoption and Children Act 2002* per ovviare alle difficoltà dovute all'impossibilità di "tradurre" l'istituto della *kafalah* nella normativa esistente sull'adozione, l'istituto potrebbe rivelarsi idoneo (anche) nel caso, ad es., di bambini grandi o di richiedenti asilo di minore età e non accompagnati (che desiderano mantenere i legami con la famiglia di origine).

Non venendo meno lo *status* genitoriale dei genitori naturali, gli *special guardians* non sono del tutto equiparabili ai genitori legali. Essi godono però di molti dei diritti inerenti alla genitorialità e possono adottare praticamente tutte le decisioni importanti relative alla crescita del minore. La condizione di *special guardian* permane finché non venga emessa un'ordinanza giudiziale allo scopo di far cessare il rapporto di *special guardianship*.

Chiunque può chiedere di essere riconosciuto *special guardian*, persino lo stesso minore. Ai termini della *section 14A* dell'*Adoption and Children Act 2002*,

possono fare domanda senza bisogno di permesso da parte della corte coloro che dispongono già di un'ordinanza di residenza nei confronti del bambino, coloro con cui il bambino ha vissuto per tre degli ultimi cinque anni e coloro che hanno il consenso di tutti i soggetti titolari di responsabilità genitoriale. I componenti di una coppia di fatto possono richiedere di essere nominati *special guardians*, purché siano di età superiore ai diciotto anni.

Non può fare domanda il genitore naturale del bambino. Possono invece farla altre figure nella vita del bambino, ma esse devono ottenere il permesso della corte. Una corte ha altresì il potere di nominare uno *special guardian* d'ufficio.

Nel valutare l'opportunità di emettere un'ordinanza per la *special guardianship*, la corte deve considerare il legame del richiedente con il minore e, se il minore è nelle cure di un'autorità locale, i piani che la stessa autorità ha delineato per il suo futuro.

2.4. La *step-parent adoption*

Un numero crescente di adozioni vede il coinvolgimento di *step-parents*. Il caso più tipico è quello della donna con figli che si risposa ed il nuovo coniuge desidera il riconoscimento giuridico del suo nuovo *status* relativamente ai figli nati dalla precedente unione. Le soluzioni possibili, in questi casi, sono due: o l'uomo conclude con la donna un accordo di responsabilità genitoriale (*parental responsibility agreement*) oppure chiede l'adozione vera e propria.

Nella seconda ipotesi, il diritto offre una alternativa tra due strade. Innanzi tutto, la madre ed il nuovo marito adottano entrambi il bambino della madre. In questo caso, si ha il risultato paradossale che la madre adotta il proprio bambino. La soluzione ha però l'effetto di escludere del tutto lo *status* genitoriale del padre biologico. In alternativa, l'*Act* del 2002 permette al *partner* di un genitore di adottarne il figlio, senza che ciò influisca sullo *status* genitoriale dei genitori di nascita. Questa ipotesi è aperta anche alle coppie omosessuali e di fatto. In questi casi, nel decidere l'opportunità di emanare l'ordinanza di adozione, le corti seguono gli stessi principi che si applicano nei casi di adozione "ordinaria". In particolare, l'adozione deve promuovere il benessere del bambino ed è necessario ottenere il consenso dei genitori, o accertarne la non-necessità.

2.5. L'adozione internazionale

Vi sono tre tipi di adozione internazionale: quelle eseguite ai sensi della Convenzione dell'Aja sull'adozione internazionale; le adozioni da paesi della c.d. *designated list*; e quelle che non rientrano in queste categorie.

Le adozioni eseguite ai sensi della Convenzione dell'Aja sono quelle adozioni da paesi (diversi dallo stesso Regno Unito) in cui è in vigore la Convenzione dell'Aja sulla tutela dei fanciulli e sulla cooperazione in tema di adozione internazionale. Il Regno Unito ha attuato la Convenzione dell'Aja il 1° giugno 2003. Queste adozioni sono trattate dalle relative autorità e certificate ai sensi delle previsioni della Convenzione dell'Aja. Esse sono riconosciute automaticamente dal diritto britannico, e non è necessario ripetere l'*iter* adottivo anche nel Regno Unito. Questo tipo di adozione permette al fanciullo adottato di acquisire la cittadinanza britannica se, al momento dell'adozione, i genitori adottivi erano abitualmente residenti nelle Isole britanniche e almeno uno di essi era di nazionalità britannica. È da sottolineare che, là dove il Regno Unito si sia opposto all'accessione di un paese alla Convenzione dell'Aja, quest'ultima non è allora "in vigore" tra i due paesi.

Le adozioni da paesi della *designated list* fanno riferimento a quelle dai paesi elencati nell'*Adoption (Designation of Overseas Adoptions) Order 2013*. Anche queste adozioni sono riconosciute nel Regno Unito, e non vi è alcun bisogno di adottare nuovamente il bambino dinanzi alla giurisdizione britannica. Tuttavia, la concessione della cittadinanza britannica non è automatica, come invece nei casi di adozione eseguita ai sensi della Convenzione dell'Aja; è necessario presentare allo scopo una richiesta al Ministro degli Interni, che ha la discrezionalità per decidere.

Gli altri tipi di adozione non sono automaticamente riconosciute nel Regno Unito. I genitori adottivi dovranno dunque chiedere ad una corte britannica l'emanazione di un'ordinanza di adozione. Tale ordinanza può conferire la cittadinanza britannica al fanciullo se almeno uno dei genitori adottivi è di nazionalità britannica.

Nei casi di adozione da paesi presenti nella *designated list* e di altri tipi di adozione, quando almeno uno dei genitori adottivi è abitualmente residente nelle Isole britanniche, si applica la *Section 83* dell'*Adoption and Children Act 2002*. I genitori adottivi devono essere valutati da un'agenzia per l'adozione (in concreto, da un'autorità locale o da un'agenzia per l'adozione autorizzata, ai fini

dell'adozione internazionale, di compiere una tale valutazione). Essi devono ricevere una notifica che il Ministro competente ha emesso un certificato alla propria controparte straniera in questione. Inoltre, essi devono dare all'agenzia informazioni e relazioni sul bambino che intendono adottare ed incontrare l'agenzia per discuterne; infine, essi devono visitare il bambino nel suo paese, darne conferma all'agenzia per l'adozione, confermare la loro volontà di procedere con l'adozione ed avvisare l'agenzia della probabile data di ingresso del bambino nel Regno Unito.

Se l'adozione non riguarda un paese della *designated list*, entro due settimane dalla data di ingresso del minore nel Regno Unito, i genitori adottivi devono avvisare l'autorità locale circa la loro intenzione di far domanda di emanazione di un'ordinanza di adozione.

Ai sensi della *section 89(2)* dell'*Adoption and Children Act 2002*, la *High Court* può, su richiesta,

(a) per mezzo di un'ordinanza, far sì che un'adozione all'estero o una determinazione ai sensi della *section 91* (relativa a revoche o annullamenti di ordinanze di adozione) cessino di essere valide per contrasto con la *public policy* o per difetto di competenza dell'autorità che le ha emesse; oppure

(b) ai fini dell'eventuale revoca o annullamento di un'ordinanza di adozione, decidere la misura in cui (se del caso) una determinazione ai sensi della *section 91* è stata influenzata da una determinazione successiva resa ai sensi della stessa previsione.

La *section 91* dell'*Adoption and Children Act 2002* si applica là dove un'autorità di qualsiasi territorio britannico d'oltremare abbia il potere di autorizzare o rivedere l'autorizzazione ad ottenere un'ordinanza di adozione emessa in quel paese o territorio, o concedere o rivedere una decisione che revoca o annulla tale ordinanza. Se un'autorità adotta una tale determinazione nell'esercizio di questo potere, la determinazione ha dunque efficacia allo scopo di dichiarare o di confermare l'adozione o di revocarla o confermare la revoca.

3. L'adozione e le coppie dello stesso sesso

Come accennato *supra* (par. 1.), in Inghilterra, è stato l'*Adoption and Children Act 2002* ad aver aperto la strada all'adozione da parte delle coppie omosessuali; le leggi che hanno introdotto la *civil partnership* ed il *same-sex marriage* hanno semplicemente modificato le norme esistenti in tema di adozione affinché i

riferimenti ivi contenuti alle coppie sposate fossero estesi anche alle unioni tra persone dello stesso sesso.

3.1. L'assetto normativo prima del 2002

Ai sensi dell'*Adoption Act 1976*, l'adozione poteva essere richiesta solamente da coppie sposate (*section 14*), in quanto si riteneva che il matrimonio (eterosessuale, naturalmente) fosse l'ambiente preferibile nel quale far crescere i fanciulli.

Il rigore della soluzione legislativa è stato attenuato dalla giurisprudenza. Se l'adozione in quanto coppia era preclusa alle altre tipologie di rapporto, queste potevano comunque richiedere un'adozione individuale per uno dei componenti della coppia, con l'altro che poteva chiedere un'ordinanza di residenza congiunta con il minore. Nel caso *Re AB (Adoption: Joint Residence)*¹⁴, del 1996, una coppia di genitori affidatari, eterosessuali e non sposati, avevano convissuto per oltre vent'anni. Essi avevano due figlie proprie ed avevano preso in affidamento un bambino di cinque anni. Il padre affidatario aveva chiesto di adottare il bambino. L'ordinanza di adozione era stata concessa. Successivamente, la compagna del padre aveva chiesto, assieme al padre, un *joint residence order*¹⁵. Secondo il giudice, non vi era nulla di incoerente nella concessione dei due tipi di ordinanza: sebbene l'ordinanza di residenza desse anche alla madre la responsabilità genitoriale, non le conferiva tutti i diritti di cui avrebbe goduto se fosse stata emessa un'ordinanza di adozione¹⁶.

¹⁴ [1996] 1 FLR 27.

¹⁵ Questo tipo di ordinanza opera in base al principio che la persona che si prende concretamente cura del bambino dovrebbe avere i poteri e l'autorità giuridica necessari per poterlo fare. Nel perseguimento di questo obiettivo, la corte emette un *residence order* (un'ordinanza che stabilisce con chi far vivere il bambino). Nei casi in cui una tale ordinanza sia emessa a favore di una persona che non è un genitore o un *guardian* del bambino, quella persona avrà dunque la responsabilità genitoriale per quel bambino fin quando il *residence order* rimane in vigore.

¹⁶ In alcuni (eccezionali) casi, le corti hanno emesso un *residence order* allo scopo precipuo di assegnare la responsabilità genitoriale. *Re G (Residence: Same-Sex Partner)* [2005] EWHC Civ 462. Un *joint residence order* è stato emesso nei confronti dell'*ex-partner* della madre (che era la co-genitrice dei bambini, nati a seguito di inseminazione artificiale con donazione di sperma durante il rapporto tra le donne).

In *Re A (Joint Residence: Parental Responsibility)* [2008] EWCA Civ 867, la corte ha emesso un *joint residence order* a favore della madre (e principale persona responsabile della cura del fanciullo) e del suo *ex-convivente*, che credeva di essere il padre del bambino finché il loro rapporto era giunto al termine. La corte ha sottolineato le differenze tra la titolarità della

Un anno dopo, la giurisprudenza ha stabilito la possibilità di avvalersi di questa soluzione anche per le coppie omosessuali: in *Re W (Adoption: Homosexual Adopter)*¹⁷, del 1997, il giudice ha stabilito che non vi fossero considerazioni di *public policy* contrarie atte a respingere la richiesta. Per il giudice, le corti adite con questo genere di richieste avrebbero dovuto aver riguardo a tutte le circostanze dei singoli casi, tra cui soprattutto il benessere ed il superiore interesse del fanciullo.

Nella specie, quest'ultimo era stato preso in affidamento ed assegnato ad una donna *single* che conviveva con la propria compagna omosessuale, e la donna desiderava adottare il bambino. Il giudice ha prima ricordato che la previsione applicabile al caso era la *section 15(1)(a)* dell'*Adoption Act 1976*, secondo cui “un’ordinanza di adozione può essere concessa nei casi di richiesta da parte di un individuo soltanto là dove quest’ultimo abbia compiuto i ventuno anni e [...] non sia sposato”. “Ad un primo sguardo, – ha sottolineato il giudice – “si [poteva] fondatamente pensare [che] quelle parole [fossero] chiare ed il loro intento non ambiguo [...]. Non vi [era] alcuna indicazione in quelle parole nel senso che un richiedente *single* non [potesse] essere in grado di far richiesta ed ottenere un’ordinanza di adozione a causa di circostanze peculiari relative a quello stesso individuo, come ad esempio il suo orientamento sessuale e/o se convive[sse] con una persona dello stesso sesso o del sesso opposto”.

Il giudice ha respinto la tesi secondo cui l’intenzione del Parlamento, nell’emettere la legge, non poteva certo essere quella di permettere l’adozione da parte di un componente di una coppia di conviventi omosessuali; e che “in concreto” la stessa legge prevedeva l’adozione solo da parte delle coppie sposate. Il giudice ha ricordato che, innanzi tutto, vi era giurisprudenza, quale la sentenza menzionata sopra, che apriva l’adozione anche a coppie di fatto (sebbene solamente in un rapporto eterosessuale). Egli era disposto ad accettare il fatto che l’adozione, nel 1976, non fosse aperta alle coppie omosessuali; questo però, non tanto in base alla formulazione della disposizione, quanto al fatto che “gli accordi per l’adozione dei fanciulli [...] erano responsabilità delle agenzie di adozione [il cui atteggiamento, allora], sarebbe probabilmente stato nel senso di impedire

responsabilità genitoriale e l’essere genitore: l’ex-convivente “non [era] padre per paternità biologica o per adozione, né patrigno tramite matrimonio. Egli [era] una persona avente diritto, in ragione del ruolo che [aveva] svolto e che [avrebbe dovuto] continuare a svolgere nella vita [del bambino], ad un’ordinanza che gli conferi[sse] la responsabilità genitoriale... ma non [sarebbe divenuto] così il padre del bambino”.

¹⁷ [1997] 2 FLR 406.

l'adozione da parte di coloro la cui omosessualità fosse palesata". Tuttavia, "i tempi e l'atteggiamento delle agenzie di adozione [erano] chiaramente cambiati, e sebbene non [fosse] comune affidare bambini a persone omosessuali [...], non [era] certo una circostanza sconosciuta".

Il mutamento nella sensibilità sociale era confermato anche da una relazione redatta da un gruppo di lavoro incaricato della revisione del diritto sull'adozione dal Ministero della salute e dal *Welsh Office*, nel 1992, in cui non si era ritenuto opportuno modificare il diritto vigente relativamente alle adozioni da parte di individui omosessuali *single*; con riferimento all'adozione da parte di individui conviventi, dalla neutralità del linguaggio adottato, il giudice, nel caso di specie, ha desunto che il gruppo di lavoro intendesse mantenere anche l'assetto giuridico applicabile a beneficio delle coppie conviventi omosessuali. A detta del giudice, la varietà degli approcci adottati in un periodo di tempo relativamente ristretto indicava la grande mutevolezza di qualsiasi *public policy* in questo contesto. Pertanto, l'*Act* non poteva essere interpretato nella maniera restrittiva e discriminatoria proposta dal Governo; peraltro, la definizione di considerazioni di *public policy* non sarebbe dovuta rientrare tra le competenze dei giudici, dovendo essere riservata al Parlamento. Alla luce delle circostanze del caso, tra cui anche il fatto che la donna fosse ben inserita nella società, il giudice ha quindi emanato l'ordinanza di adozione a favore della donna *single*¹⁸.

3.2. Le adozioni avvenute all'estero

Per quanto riguarda l'assetto giuridico applicabile al riconoscimento delle adozioni avvenute all'estero prima dell'entrata in vigore del *Civil Partnership Act 2004*, e dunque prima che vi fosse in Inghilterra una formalizzazione giuridica dei rapporti *same-sex* che potesse ritenersi sostanzialmente equivalente a quelle già poste in essere in altri paesi (quali, ad esempio, la Danimarca, i Paesi Bassi e taluni Stati degli Stati Uniti d'America), la relativa esiguità del numero di ordinamenti in cui l'adozione omoparentale era ammessa è probabilmente la causa dell'assenza di una giurisprudenza significativa in materia.

In difetto di espliciti interventi legislativi e di significative statuizioni giurisprudenziali, può quindi essere utile richiamare un articolo di John Murphy

¹⁸ M. DODDS – LORD TEMPLEMAN, *Family Law*, Old Bailey Press, 2^a ed., 2000, 365-66.

Si v. anche *In AMT (Known as AC) (Petitioner For Authority to Adopt SR)* [1997] *Family Law* 225, in cui la *Court of Session* scozzese ha emanato una *adoption order* a favore di un uomo omosessuale convivente da lunga data con il proprio *partner* di fatto.

del 2002, di cui si traduce un breve estratto. Nell'affrontare espressamente la questione, l'Autore sottolinea la illogicità della perdurante impossibilità delle coppie omosessuali di adottare in quanto tali, alla luce del fatto che essi potevano comunque adottare in quanto *single* (nelle forme descritte *supra*, par. 3.1.). Murphy affronta il caso ipotetico in cui le corti britanniche venissero chiamate a decidere se riconoscere un'adozione da parte di una coppia *same-sex* avvenuta in conformità al diritto straniero, evenienza che, a suo avviso, era "quasi certamente solo una questione di tempo"¹⁹.

J. MURPHY, *The Recognition of Same-Sex Families in Britain: The Role of Private International Law*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, vol. 16, n. 2, 181 ss.

«Per quanto riguarda il riconoscimento di un'adozione straniera (non-internazionale), la questione giuridica fondamentale è incentrata sullo *status*; ed il punto di partenza nell'identificazione del probabile approccio delle corti inglesi è [...] lo *Human Rights Act 1998*. Per cominciare, ricordiamo i due obblighi sanciti nelle *sections 2* e *6* dell'*Act*. Il combinato disposto di queste previsioni è nel senso di richiedere alle corti di decidere in maniera tale che tengano conto dei diritti sanciti nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo, e che vi si conformino. In secondo luogo, è importante capire che, mentre i rapporti *same-sex* non sono ancora stati riconosciuti in quanto "vita familiare" ai fini della Convenzione, coloro che abbiano formato tali rapporti hanno comunque il diritto allo stesso rispetto per la vita privata di tutti gli altri. Ed in una serie di decisioni della Corte europea dei diritti umani, in cui è stata adottata una lettura disgiunta dell'art. 8, comma 1, questa considerazione è stata svolta con grande autorevolezza. Dunque, in base al fatto che il loro *status* genitoriale sarà importante per gli adottanti quanto il loro rapporto, pare inconcepibile che una corte inglese possa omettere di riconoscere una famiglia adottiva immigrata [in cui i genitori sono] dello stesso sesso. Come minimo, essa non potrà certamente farlo in maniera coerente con il suo obbligo di osservare quanto sancito dalla legge

¹⁹ Prima dell'entrata in vigore del *Civil Partnerships Act 2004*, le coppie dello stesso sesso che desideravano essere ricongiunte potevano esserlo in base al *Concession Outside the Immigration Rules for Unmarried Partners*, emessa informalmente dal Governo laburista. All'uopo, si richiedeva un periodo di convivenza minimo di quattro anni, successivamente ridotto a due. La *Concession* è poi stata formalizzata con l'incorporazione nelle *Immigration Rules* nell'ottobre 2000.

del 1998. E anche se una corte tentasse di evitare [l'applicazione de] la legge del 1998 (e dunque l'art. 8), invocando il principio dell'interesse – il principio secondo cui l'interesse del fanciullo è la considerazione preminente della corte, e sicuramente un obiettivo legittimo, ai fini della deroga – risulta comunque difficile immaginare un esito diverso dal riconoscimento».

3.3. L'approvazione dell'*Adoption and Children Act 2002*

Uno degli aspetti più controversi dell'*Adoption and Children Act 2002* è stato proprio quello della apertura all'adozione da parte di coppie dello stesso sesso. In realtà, per i motivi visti sopra, l'innovazione era di portata più formale che sostanziale. Certo è che, comunque, sino a quel momento, la tutela ottenuta in via pretoria era lungi dal potersi dire compiuta. Ad esempio, solamente il padre biologico del bambino, se non sposato al momento della nascita alla madre, poteva chiedere un *parental responsibility order*, ad esclusione di ogni altra figura²⁰: questo poteva operare nel senso di escludere il nuovo *partner* della madre, omosessuale o meno, dalla possibilità di chiedere la responsabilità genitoriale. Inoltre, il *joint residence order* dava luogo ad alcuni diritti e doveri, ma non creava un rapporto di filiazione, il che poteva avere ripercussioni, ad esempio, su questioni successorie. Infine, anche se la legge permetteva alle coppie dello stesso sesso di adottare un bambino, essa non disciplinava l'eventuale rilevanza dell'orientamento sessuale di un richiedente ai fini dell'idoneità ad adottare²¹.

Sul piano strettamente giuridico, dunque, l'approvazione dell'*Adoption and Children Act 2002* ha permesso alle coppie *same-sex* di adottare alla stessa stregua delle coppie eterosessuali, aprendo l'adozione anche alle coppie di fatto. Tuttavia, secondo alcuni studiosi, sul piano concreto la situazione è rimasta ben diversa²².

²⁰ *Children Act 1989, section 4.*

²¹ J. HERRING, *Family Law*, Pearson Education Ltd, 3^a ed., 2007, 640.

²² In riferimento al regime anteriore al 2002, alcuni studiosi evidenziavano una sorta di discriminazione “di fatto”. Ad esempio, in J. SKEATES – D. JABRI (a cura di), *Fostering and Adoption by Lesbians and Gay Men*. London Strategic Policy Unit, Londra, 1988, si notava che molti individui riscontravano problemi quando gli assistenti sociali incaricati della loro valutazione venivano a conoscenza della loro omosessualità, con la conseguenza che molti richiedenti sceglievano di non divulgare il proprio orientamento sessuale; coloro che venivano comunque dichiarati idonei, si vedevano assegnare, con una frequenza superiore alla media, bambini disabili. Analogamente, R. BAILEY-HARRIS, *Same-Sex Partnerships in English Family Law*, in R. WINTEMUTE – M. ANDENAS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Hart

Tale disparità di fatto si traduce, ad esempio, ancora oggi, nel timore, da parte di molte coppie omosessuali, di chiedere sostegni nella cura dei figli adottati, per timore di non essere ritenuti sufficientemente capaci²³. LOGAN e SELICK sottolineano, tra l'altro, come questo atteggiamento finisca per tradursi in un danno per giovani omosessuali che si trovino in situazione di adottabilità, i quali potrebbero magari trarre beneficio dall'essere cresciuti da individui che, essendo dello stesso orientamento sessuale, potrebbero forse capire meglio le loro esperienze e difficoltà.

3.4. Leggi sulle unioni *same-sex*

Storicamente, il matrimonio era riservato alle sole coppie eterosessuali²⁴. L'esclusione delle altre tipologie di coppia dall'istituzione è stata ribadita in tempi relativamente recenti: la versione originaria della *section 11(c)* del *Matrimonial Causes Act 1973*, recante i “motivi per cui un matrimonio è nullo”, stabiliva che “[u]n matrimonio celebrato dopo il 31 luglio 1971 [era] nullo solo per i motivi seguenti, vale a dire [...] le parti non erano rispettivamente maschio e femmina”.

Publishing, 2001, 605 ss., sottolineava che, “tuttavia, le adozioni da parte di individui *single* non [erano] generalmente considerate così favorevolmente da parte delle agenzie rispetto alle adozioni da parte di una coppia sposata, e [tendevano] ad essere utilizzate per bambini con necessità speciali che [erano] altrimenti difficili da collocare”, riscontro, questo, confermato anche da J. LOGAN – C. SELICK, *Lesbian and gay fostering and adoption in the United Kingdom: Prejudice, progress and the challenges of the present*, in *Social Work & Social Sciences Review*, vol. 13, n. 2, 2007, 35-47.

La discriminazione di fatto è sembrata permanere anche ben oltre l'entrata in vigore della legge del 2002; v. E. HITCHINGS – T. SAGAR, *The Adoption and Children Act 2002: A Level Playing Field for Same-Sex Adopters?* [2002] *Child and Family Law Quarterly* 60, cit. in S. GILLMORE – L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, Oxford University Press, 2012, che hanno esaminato i colloqui svolti da un piccolo campione di assistenti sociali attivi nell'ambito dell'adozione; da questi colloqui si è potuto evincere che vi è una maggiore probabilità che le coppie dello stesso sesso vengano proposti bambini con gravi problemi che hanno avuto una convivenza difficile con altre coppie. Potrebbe inoltre permanere un'aspettativa che le coppie dello stesso sesso debbano adottare ruoli distinti come nelle coppie eterosessuali, al fine apparente di evitare di confondere il bambino adottato. Tuttavia, la legge stabilisce espressamente che sarebbe illegittimo discriminare tra adottanti per il solo motivo dello stato civile o dell'orientamento sessuale (v. *infra*, par. 3.5.2.).

²³ COCKER, *op. cit.*, 107-108.

²⁴ V. la classica definizione data in *Hyde v Hyde and Woodmansee* [1866] L Rev 1 P & D 130: il matrimonio “è l'unione volontaria, per la vita, di un uomo ed una donna, ad esclusione di ogni altro”.

Tuttavia, di pari passo con gli sviluppi nei costumi e nella società, il diritto ha riconosciuto tutele e libertà crescenti a favore degli individui e delle coppie omosessuali.

3.4.1. *Il Civil Partnerships Act 2004*

Il *Civil Partnerships Act 2004* è entrato in vigore nel dicembre 2005. La *civil partnership*, riservata ad individui dello stesso sesso²⁵, è stata definita come “parallela al matrimonio”, per evitare di minare le fondamenta del matrimonio e di urtare le sensibilità di diversi gruppi religiosi. Anche se il Governo aveva a suo tempo sottolineato che la *civil partnership* non costituiva un “matrimonio omosessuale”, di fatto gli istituti sono pressoché identici, poiché i due legami danno luogo a diritti ed obblighi sostanzialmente sovrapponibili²⁶.

Il *Civil Partnership Act 2004*, alla *section 79*, ha modificato l’assetto previgente in materia di adozione, onde garantire l’applicabilità anche a beneficio dei *civil partners*: si prevede, infatti, in maniera esplicita la possibilità per i *civil partners* di chiedere un’ordinanza di adozione.

Dunque, la legge del 2004 conferisce ai *civil partners* gli stessi diritti rispetto ad uno *step-parent* che sposa il genitore. Nella determinazione della richiesta, il giudice deve tener conto del superiore interesse del fanciullo. Un *civil partner* ha il diritto di chiedere un’ordinanza di contatto o di residenza relativamente ad un fanciullo della famiglia²⁷, senza dover chiedere il permesso preventivo della corte ed a prescindere dalla perdurante esistenza o meno della *civil partnership*. La *section 75(2)* del *Civil Partnerships Act 2004* ha modificato la *section 4A(1)* del *Children Act 1989*: un *civil partner* può ottenere la responsabilità genitoriale nei

²⁵ È in corso una controversia volta ad aprire la *civil partnership* anche alle coppie eterosessuali; la coppia ricorrente ha ottenuto il permesso ad agire in giudizio dalla *High Court* nel febbraio 2015; l’udienza dovrebbe svolgersi alla fine del gennaio 2016 (<http://equalcivilpartnerships.org.uk/legal-challenge/>).

²⁶ Le differenze sono le seguenti: l’adulterio non può costituire una motivazione per sciogliere la *civil partnership*, mentre è una valida motivazione per il divorzio; la mancata consumazione di rapporti sessuali e la presenza di una malattia venerea non possono essere invocate per annullare la *civil partnership* (v. la *section 202* dell’*Equality Act 2010*).

²⁷ La definizione di “fanciullo della famiglia” (*child of the family*) nella *Section 105(1)* del *Children Act 1989* è stata ampliata per comprendere anche un fanciullo che entrambi i membri di una *civil partnership* abbiano trattato come un bambino della famiglia. Nel confermare questa volontà, il giudice deve adottare un punto di vista oggettivo ed avere riguardo a tutte le prove (*D v D (Child of the Family)* (1981) 2 FLR 93, CA).

riguardi di un minore in base ad un accordo con il genitore o attraverso una ordinanza giudiziale.

La legge prevede la conversione automatica in *civil partnership* di un elenco predefinito di unioni *same-sex* previste da ordinamenti stranieri; le unioni non elencate possono comunque beneficiare della tutela prevista dalla legge se soddisfano le “condizioni generali” stabilite alla *Section 214*. La presenza dell’unione nell’elenco ha essenzialmente la funzione di facilitare la consapevolezza, da parte di persone che si sposano all’estero, della convertibilità della loro unione in *civil partnership*. Il *Civil Partnership Act 2004 (Overseas Relationships) Order 2012* ha aggiunto cinquanta tipi di unione all’elenco.

3.4.2. Il Marriage (Same-Sex Couples) Act 2013

Il *Marriage (Same-Sex Couples Act)*, che ha ricevuto il *Royal assent* il 17 luglio 2013, ha operato la piena equiparazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali, facendo quindi venir meno qualunque possibile argomento che in punto di diritto, potesse mai addursi contro l’applicazione generalizzata della disciplina dell’adozione.

3.5. Altre normative rilevanti

3.5.1. Lo Human Fertilisation and Embryology Act 2008

Questa legge, entrata in vigore il 6 aprile 2009, permette alle donne lesbiche ed alle loro compagne (sposate, *civil partners* o di fatto) che abbiano deciso di formare una famiglia in seguito a tecniche di procreazione medicalmente assistita (ad eccezione dell’inseminazione domestica) di accedere in maniera paritaria alle presunzioni legali di genitorialità, nel momento in cui il figlio è nato. Infatti, entrambe le componenti della coppia possono essere iscritte sul certificato di nascita del bambino come “genitore”²⁸.

²⁸ Per quanto riguarda le coppie che fanno uso di tecniche di maternità surrogata per creare la loro famiglia, esse possono chiedere di adottare il bambino, ma l’ordinamento ha previsto, proprio per i casi di maternità surrogata, la c.d. ordinanza di genitorialità (*parental order*): i genitori richiedenti hanno sei mesi di tempo dalla nascita del bambino per richiederle, ed hanno l’effetto di far venir meno la rilevanza giuridica dello *status* della gestante (e del suo eventuale marito o compagno/a). In questi casi, il bambino riceverà un nuovo certificato di nascita, in cui come genitori saranno indicati i genitori committenti.

3.5.2. *Le Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007*

Nel 2007 sono state emanate le *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007*, che vietano la discriminazione per motivi di orientamento sessuale nella fornitura di beni e servizi al pubblico. Esse si applicano anche alle agenzie di adozione. La norma ha causato non pochi problemi per alcuni tipi di agenzie di adozione, che, in forme varie, hanno attuato una prassi di valutazione dei richiedenti sotto il profilo del loro orientamento sessuale. Le maggiori controversie sono sorte con agenzie variamente collegate, almeno da un punto di vista ideale, alla Chiesa cattolica²⁹.

Se nessuno dei genitori committenti è geneticamente imparentato col bambino (perché si sono utilizzati gameti di donatori), essi possono acquisire la responsabilità genitoriale solamente attraverso l'adozione; a tal fine, è necessario coinvolgere un'agenzia autorizzata per l'adozione.

²⁹ COCKER, *op. cit.*, 100. Si v. anche la giurisprudenza relativa all'agenzia Catholic Care, culminata nel caso *Catholic Care (Diocese of Leeds) v Charity Commission for England and Wales* [2012] CA/2010/0007 UKUT (Tax & Chancery).

SPAGNA

a cura di Carmen Guerrero Picó

1. Introduzione

Sono noti i cambiamenti avvenuti nel diritto di famiglia spagnolo dopo il riconoscimento legislativo, undici anni fa, del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Senza nulla togliere alla rilevanza di questa riforma legislativa, non possono tuttavia trascurarsi la “riscrittura” – riconosciuta a più riprese dal Tribunale costituzionale¹ – del diritto di famiglia da parte della Costituzione del 1978 e l’apertura, molto prima della parificazione matrimoniale, ad altri tipi di famiglia diversi da quella c.d. “tradizionale”, sottintesa matrimoniale ed eterosessuale.

Da un lato, la legge n. 35/1988, del 22 novembre, in materia di riproduzione assistita, ha previsto il ricorso alla fecondazione eterologa ed ha permesso ad ogni donna maggiorenne, anche *single*, di sottoporsi a questi trattamenti, senza necessità di addurre alcun problema di infertilità o di sterilità². Dall’altro lato, l’adozione individuale è stata una costante fin dall’approvazione del Codice civile con il regio decreto del 24 luglio 1889³. Entrambe le previsioni hanno consentito di costituire legalmente famiglie monoparentali ed omoparentali, perché non si è mai operato alcun riferimento normativo all’orientamento sessuale del futuro genitore.

Le coppie di fatto dello stesso sesso, di contro, non potevano né adottare di forma congiunta simultaneamente, né adottare i figli biologici o adottivi del *partner*. Entrambe le possibilità erano state invece riconosciute ai *partners* eterosessuali nel 1987, quando il legislatore li aveva equiparati ai coniugi. La

¹ V. *Familia legítima, hijos naturales, adopción y relaciones de hecho*, relazione del Tribunale costituzionale spagnolo all’incontro trilaterale con la Corte costituzionale italiana ed il Tribunale costituzionale portoghese, svoltosi a Roma i giorni 8 e 9 ottobre 2010, <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/Ponencia%20espa%C3%B1ola%20trilateral%20roma%202010.pdf>.

² Identica posizione è espressa dalla legge n. 14/2006, del 26 maggio, sulle tecniche di riproduzione umana assistita, che è quella attualmente in vigore. Su questo argomento v. la parte dedicata alla Spagna nel precedente lavoro su *La fecondazione eterologa*, marzo 2014, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_fecondazione_eterologa_201406.pdf.

³ Il Codice è tuttora in vigore (l’ultima riforma ad esso apportata risale al 6 ottobre 2015).

situazione provocava non poche difficoltà riguardo alla tutela dei minori cresciuti insieme, soprattutto in caso di separazione della coppia o di decesso del *partner* riconosciuto all'anagrafe come genitore.

Ora, l'approvazione di una disciplina organica a livello nazionale relativa alle coppie di fatto si era rivelata difficile⁴; in questo contesto, appariva pressoché chimerico, per la polarizzazione delle posizioni sociali, politiche e giuridiche, il poter riconoscere l'adozione da parte di omosessuali e lesbiche.

La svolta è avvenuta nel 2000, quando talune Comunità autonome con competenza in materia di diritto civile proprio⁵ hanno decretato la totale equiparazione nel loro territorio tra coppie di fatto eterosessuali e coppie dello stesso sesso, offrendo a queste ultime anche le stesse possibilità di adottare. È in questo contesto che troviamo le prime sentenze che riconoscono la *stepchild adoption* delle coppie di fatto dello stesso sesso.

La legge n. 13/2005, del 1° luglio, ha introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso e ha permesso loro di adottare congiuntamente, di modo simultaneo o successivamente, al pari di una coppia di coniugi eterosessuali. Le stesse possibilità si sono estese alle coppie di fatto dello stesso sesso e non si è operata alcuna distinzione tra adozione nazionale ed adozione internazionale⁶. Tutto ciò ha reso “pionieristica” la disciplina spagnola, perché anche i pochi paesi che in

⁴ Non è mai esistita una legge statale che riunisca in un unico *corpus* i diritti e doveri delle coppie di fatto sanciti dal legislatore. Alla luce di questa normativa frammentaria, la giurisprudenza ha svolto un ruolo chiave nel riconoscimento dei loro diritti. Le Comunità autonome, invece, hanno approvato leggi specifiche su queste unioni, sulla base di diversi titoli di competenza. V. la parte dedicata alla convivenza *more uxorio* in Spagna nel precedente lavoro su *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, marzo 2010, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Il_matrimonio_tra_persone_stesso_sesso_12012010.pdf.

⁵ L'art. 149, comma 1, paragrafo 8, Cost. sancisce la competenza esclusiva dello Stato in tema di legislazione civile, senza pregiudizio del mantenimento, della modifica e dello sviluppo da parte delle Comunità autonome dei diritti civili, locali, tradizionali, o speciali, là dove esistano.

⁶ Naturalmente, le possibilità di adottare all'estero dipendono della normativa del paese di origine del minore ed è un fatto che la maggior parte dei paesi di provenienza dei minori adottati da spagnoli vietino l'adozione a coppie dello stesso sesso, siano esse unite o meno in matrimonio. L'approvazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso ha reso particolarmente travagliati, ad esempio, i negoziati che hanno finalmente portato all'approvazione della convenzione di collaborazione in materia di adozione tra la Spagna e la Federazione russa del 9 luglio 2014. Queste difficoltà sono state determinanti per l'aumento del numero di coppie che si recano all'estero alla ricerca di una madre surrogata.

quel momento riconoscevano le unioni dello stesso sesso, non avevano però previsto questa completa parificazione.

Nel 2012, il Tribunale costituzionale ha confermato la legittimità della scelta compiuta dal legislatore, ritenendo che essa rientrasse nell'ambito di apprezzamento riconosciutogli dalla Costituzione: sono state così respinte le denunce di violazione dell'art. 32 Cost., che sancisce il diritto di contrarre matrimonio dell'uomo e della donna, e dell'art. 39 Cost., che sancisce il dovere dei pubblici poteri di tutelare la famiglia in generale ed i figli in particolare. Successivamente, il Tribunale costituzionale ha confermato questa apertura nei giudizi aventi ad oggetto le norme autonome che permettono l'adozione alle coppie di fatto dello stesso sesso.

2. La configurazione attuale dell'adozione

La legge n. 21/1987, dell'11 novembre, recante modifiche a determinati articoli del Codice civile e della legge processuale civile in materia di adozione, e la legge organica n. 1/1996, del 15 gennaio, di protezione giuridica del minore, di modifica parziale del Codice civile e della legge processuale civile, sono state fondamentali nel configurare l'adozione, nei suoi attuali tratti distintivi, come uno strumento di integrazione familiare a tutela del minore. Hanno stabilito che ogni atto debba prendere le mosse dal rispetto del principio dell'interesse superiore del minore, il che viene assicurato attraverso il necessario intervento dei pubblici poteri nelle varie fasi dell'adozione. Inoltre, è stato inserito come secondo parametro di valutazione, tanto nell'adozione nazionale quanto in quella internazionale, la dichiarazione di idoneità dei richiedenti.

Dal 1987 non si distingue più, come in passato, tra adozione piena ed adozione meno piena o tra adozione piena ed adozione semplice⁷: esiste un solo tipo di adozione, riservato di regola ai minori, che integra pienamente l'adottato nella

⁷ In tal senso, v., rispettivamente, le riforme approvate con le leggi del 24 aprile 1958 e del 4 luglio 1970.

Nella STC 200/2001, del 4 ottobre, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto che la Costituzione non contiene alcuna definizione dell'istituto della filiazione, lasciando così ampio spazio alla disciplina del legislatore (che potrebbe non disciplinarla o perfino configurarla al di fuori dei rapporti di filiazione). Per questo motivo, la STC 33/1983, del 4 maggio, aveva ritenuto che il mancato riconoscimento della pensione per orfani ad un adottato in forma semplice non violasse il principio di eguaglianza (FJ 6).

famiglia dell'adottante o degli adottanti. Inoltre, si equiparano *in toto* la filiazione per adozione e la filiazione c.d. *por naturaleza* (biologica)⁸.

2.1. L'adozione nazionale

L'adozione nazionale è disciplinata sostanzialmente dagli artt. 175-180 del Codice civile⁹. La disciplina è stata novellata di recente con la legge organica n. 8/2015, del 22 luglio, e con la legge n. 26/2015, del 28 luglio, entrambe di modifica del sistema di tutela dell'infanzia e dell'adolescenza.

Le persone che desiderano adottare dichiarano la loro disponibilità presso i servizi di tutela dei minori della loro Comunità autonoma, corredando la richiesta con la documentazione che attesta la loro situazione individuale o di coppia¹⁰. I servizi sociali svolgono un esame psicosociale e, se del caso, li dichiarano idonei all'adozione¹¹. Successivamente, possono proporre loro l'abbinamento di un minore e presentare la proposta di adozione al giudice. Quando invece si tratta dell'adozione successiva del figlio del coniuge o del *partner* di fatto, non è

⁸ L'art. 108 del Codice civile così dispone: "la filiazione può avere luogo *per natura* o per adozione. La filiazione per natura può essere matrimoniale e non matrimoniale. [...] La filiazione matrimoniale e quella non matrimoniale, nonché quella adottiva, hanno gli stessi effetti, conformemente a quanto disposto da questo Codice".

La piena equiparazione di figli biologici ed adottivi ha comportato, ad es., la dichiarazione di illegittimità dell'art. 41, comma 2, del *texto refundido* della legge relativa ai pensionati statali (*Ley de Clases Pasivas del Estado*), approvato con il regio decreto legislativo n. 670/1987, del 30 aprile, e, più di recente – con la STC 9/2010, del 27 aprile – dell'esclusione da un'eredità di due nipoti adottive.

⁹ Completano il quadro normativo alcune norme della legge organica sul potere giudiziario, della legge processuale civile, delle norme che disciplinano il registro civile, e le norme autonome in materia di adozione.

¹⁰ Dovranno allegare l'eventuale certificato di matrimonio, il certificato dei carichi penali pendenti, e diversi certificati sulle condizioni di salute e sulle risorse economiche.

¹¹ Il parametro dell'idoneità è stato introdotto nell'art. 176 del Codice civile con la riforma del 1996. La riforma del 2015 ha precisato che per "idoneità" si intende la capacità, l'attitudine e la motivazione adeguata per esercitare la responsabilità parentale, attendendo alle necessità degli adottandi, e per accettare le peculiarità, le conseguenze e le responsabilità che comporta l'adozione. La dichiarazione di idoneità redatta dai servizi sociali richiede la previa valutazione psicosociale della situazione personale e familiare, della rete sociale degli adottanti, nonché della loro capacità di stabilire vincoli stabili e sicuri, delle loro capacità educative e della loro attitudine a prendersi cura di un minore in funzione delle sue specifiche circostanze. Infine, non possono essere dichiarati idonei coloro che siano stati privati della potestà genitoriale e che siano stati sospesi dal suo esercizio, né chi abbia figli affidati ai servizi sociali.

necessaria la proposta degli enti pubblici né occorre essere stati dichiarati idonei (art. 176, comma 2, del Codice civile)¹².

Come già anticipato, il legislatore permette l'adozione individuale e l'adozione congiunta, simultanea o successiva, da parte di coniugi o di *partners* di fatto¹³, senza introdurre alcuna distinzione in base al loro orientamento sessuale. Sono, invece, stati fissati alcuni limiti in materia di età: l'adottante deve avere compiuto i venticinque anni di età¹⁴ e la differenza di età fra l'adottante e l'adottato deve essere di almeno sedici anni e non deve superare i quarantacinque anni. Solo se gli adottanti si rendessero disponibili ad adottare gruppi di fratelli o minori con *special needs*, la differenza di età massima potrebbe essere superiore. Non è riconosciuta la capacità di adottare per le persone che non possono diventare tutori, il che comporta che i richiedenti devono godere dei diritti civili e non essere stati interdetti (art. 175 del Codice civile).

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

L'adozione è riservata ai minori non emancipati (art. 176 del Codice civile). Fatta eccezione dei casi in cui saranno adottati dal coniuge o dal *partner* di fatto del genitore, diventano adottabili una volta dichiarato il loro *estado de desamparo*¹⁵, il che può avvenire in casi molto gravi, ad es. se i genitori sono stati privati giudiziariamente della potestà o se la filiazione risulta ignota per abbandono. Eccezionalmente si permette l'adozione di maggiorenni o minori

¹² La proposta e la dichiarazione di idoneità non sono previste neppure nei seguenti casi: se l'adottando è orfano e parente dell'adottante entro il terzo grado per consanguineità od affinità; se da più di un anno è in affidamento preadottivo o è stato sotto tutela dell'adottante per più di un anno; se si tratta di un maggiorenne o di un minore emancipato.

¹³ Nel caso in cui l'adottando si trovi in situazione di accoglimento permanente o di affido preadottivo da parte di due coniugi o di una coppia unita da una relazione di affettività analoga a quella coniugale, la loro separazione, divorzio o rottura prima della proposta di adozione non impedisce che possa promuoversi l'adozione congiunta, purché sia provata la convivenza effettiva dell'adottando con entrambi i coniugi o con la coppia di fatto per almeno due anni (art. 175, comma 5).

¹⁴ Nelle adozioni congiunte è sufficiente che uno dei richiedenti abbia raggiunto quell'età.

¹⁵ Secondo l'art. 172, comma 1, del Codice civile, la situazione di *desamparo* è quella che si produce di fatto a causa dell'inadempimento o dell'impossibile o inadeguato esercizio dei doveri di tutela stabiliti dalla legge nei confronti dei minori, quando questi siano privati della necessaria assistenza morale o materiale.

emancipati, purché, subito prima dell'emancipazione, fossero stati affidati o avessero convissuto in forma stabile con i futuri adottanti per almeno un anno. Non possono, invece, essere adottati i discendenti, i parenti di secondo grado in linea collaterale né il pupillo dal tutore, finché non sia stato definitivamente approvato il resoconto della tutela.

L'adozione è un atto di giurisdizione volontaria e si costituisce con un'ordinanza del giudice, che deve tener conto innanzitutto dell'interesse dell'adottato e dell'idoneità¹⁶ dei richiedenti all'esercizio della potestà genitoriale (art. 176 del Codice civile).

L'adozione richiede che sia espresso dinanzi al giudice il consenso dell'adottante o adottanti e dell'adottando, se maggiore di dodici anni. È previsto anche che debbano assentire il coniuge o il *partner* dell'adottante (quando l'adozione avviene per uno solo dei coniugi) ed i genitori¹⁷ dell'adottando non emancipato, a meno che non siano stati privati della potestà o che sia stata aperta nei loro confronti un procedimento per questo motivo. Devono essere uditi dal giudice i genitori, quando il loro assenso non fosse necessario, il tutore o la famiglia affidataria, nonché l'adottando minore di dodici anni (art. 177 del Codice civile).

Secondo l'art. 178, l'adozione estingue tutti i vincoli giuridici tra l'adottato e la sua famiglia biologica. Eccezionalmente, sussistono i vincoli corrispondenti a quelli della famiglia del genitore: quando l'adottato sia figlio del coniuge o del *partner* o quando solo uno dei genitori sia stato legalmente determinato (se richiesto dall'adottante, dall'adottato maggiore di dodici anni e dal genitore il cui vincolo debba persistere). Con la riforma del 2015, si sono creati altri possibili canali di comunicazione tra il minore, la famiglia adottiva e quella biologica. Quando l'interesse del minore lo consiglia, in ragione della sua situazione familiare, della sua età o di qualsivoglia circostanza significativa (ad es., quando si separano fratelli biologici), il giudice, su proposta dei servizi sociali o del pubblico ministero, può accordare che si mantenga una qualche forma di relazione o contatto, attraverso visite o comunicazioni¹⁸. I contatti stabiliti potranno essere modificati o essere interrotti sempre nell'interesse superiore del minore.

¹⁶ V. *supra*, nota 11.

¹⁷ L'assenso della madre biologica non può avvenire prima di sei settimane dopo il parto. Non è autorizzato il parto in anonimato.

¹⁸ Debbono acconsentire la famiglia adottiva ed il minore, se ultradodicesimo o se, comunque, sufficientemente maturo. La dichiarazione di idoneità dei futuri genitori adottivi deve esplicitare se sono aperti a questa possibilità.

L'adozione è irrevocabile, ma può essere dichiarata estinta se i genitori biologici non fossero intervenuti nel procedimento senza colpa, purché lo richiedano entro due anni dalla costituzione dell'adozione e ciò non pregiudichi gravemente il minore. Se ha raggiunto la maggiore età, l'adottato deve acconsentire all'estinzione (art. 180 del Codice civile).

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

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

2.2. L'adozione internazionale

L'adozione internazionale è disciplinata dalla legge n. 54/2007, del 28 dicembre¹⁹. Si ritiene tale quella in cui un minore che è considerato adottabile dall'autorità straniera competente e con residenza abituale all'estero, è o sarà portato in Spagna da genitori adottivi con residenza abituale in Spagna, dopo l'adozione nello Stato di origine o con la finalità di costituire tale adozione in Spagna (art. 1, comma 2).

Anche in questo caso, è ritenuto prevalente il principio dell'interesse superiore dei minori, e una volta data la disponibilità all'adozione, segue una fase di formazione e di maturazione da parte del richiedente o dei richiedenti, la cui idoneità dovrà essere dichiarata in base agli stessi criteri che orientano l'adozione nazionale. La dichiarazione di idoneità in questo caso scade dopo tre anni. Naturalmente, oltre alla legislazione spagnola bisognerà rispettare le norme del paese di origine del minore, che possono stabilire requisiti aggiuntivi, ad esempio, riguardo alla capacità dei richiedenti oppure non riconoscere questa capacità alle persone *singles* o alle coppie di un determinato orientamento sessuale.

¹⁹ Anche questa disciplina è stata novellata dalla legge organica n. 8/2015, del 22 luglio, e dalla legge n. 26/2015, del 28 luglio. È stato introdotto, ad es., il dovere dei futuri adottanti di frequentare gli incontri formativi prima di ottenere la dichiarazione di idoneità. Sono state parimenti introdotte norme riguardanti il diritto a conoscere le proprie origini.

Superate le fasi successive, che prevedono l'intervento degli enti pubblici, degli enti autorizzati spagnoli (*Organismos Acreditados para la Adopción Internacional*) e delle autorità straniere²⁰, ed una volta costituita l'adozione all'estero, l'adottante o gli adottanti dovranno rivolgersi al consolato spagnolo per richiedere l'iscrizione dell'adozione nel registro civile consolare o il visto per ricongiungimento familiare per tornare in Spagna con il minore. Nel primo caso, l'incaricato del registro studierà la pratica poiché sarà responsabile dell'iscrizione dell'adozione con produzione di effetti in Spagna. Nel secondo caso, il console dovrà comprovare la sussistenza dei requisiti richiesti prima di dare il visto. Rientrati in Spagna, si dovrà chiedere l'iscrizione al registro civile nel comune di residenza abituale affinché l'adozione sia riconosciuta.

2.3. Il riconoscimento dell'adozione dichiarata all'estero

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

In difetto di norme internazionali applicabili, le regole poste dall'art. 26 (cui rinvia l'art. 9, comma 5, del Codice civile) sono quelle di seguito indicate.

L'adozione deve essere stata costituita dall'autorità straniera competente (amministrativa o giudiziaria, a seconda dei paesi). I documenti devono essere legalizzati o muniti di postilla e tradotti in lingua spagnola (a meno che non siano esentati da queste formalità in virtù di altre norme in vigore).

L'adozione non deve essere contraria all'ordine pubblico. Si ritiene che violino l'ordine pubblico spagnolo i processi adottivi in cui non è stato rispettato l'interesse superiore del minore, in particolare quando si è fatto a meno dei consensi e dei pareri necessari, o quando i consensi ottenuti non erano informati e liberi o sono stati ottenuti mediante pagamento o compensazione.

L'adozione costituita dall'autorità straniera deve produrre effetti giuridici che corrispondano negli aspetti sostanziali all'adozione nazionale spagnola, a

²⁰ Sulle differenti fasi di questo percorso, v. la presentazione preparata dal Ministero della salute, dei servizi sociale e di eguaglianza, reperibile alla pagina web <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/procedAdopcion/etapasTramitacion.htm>.

prescindere del *nomen* dato all'istituto nel diritto straniero²¹. Le autorità spagnole controlleranno, in particolare, che l'adozione abbia prodotto l'estinzione dei vincoli giuridici sostanziali tra l'adottato e la famiglia biologica e che tale estinzione sia irrevocabile (in caso contrario, sarà necessario formalizzare la rinuncia formale alla revoca prima dell'arrivo del minore in Spagna).

Se l'adottante è spagnolo e residente in Spagna, gli enti pubblici dovranno averlo dichiarato idoneo all'adozione, a meno che ciò non fosse richiesto in caso di adozione nazionale (come nel caso di adozione del coniuge o del *partner*).

Se l'adottato è spagnolo, è necessario il consenso dell'ente pubblico competente del luogo dell'ultima residenza in Spagna.

Per quanto riguarda il controllo della validità dell'adozione costituita all'estero, essa spetta all'incaricato del registro civile (art. 27). Se costituita in un paese firmatario della Convenzione dell'Aja, l'incaricato del registro controllerà la presentazione della certificazione di conformità di cui all'art. 23 della convenzione e verificherà che non si sia incorsi in una causa di mancato riconoscimento di cui all'art. 24 della convenzione. Negli altri casi, dovrà verificare se l'adozione adempie le condizioni di riconoscimento previste dall'anzidetto art. 26 e dall'art. 5, comma 1, paragrafi *e* ed *f*, secondo cui spetta agli enti pubblici: *i*) ricevere l'assegnazione del minore ed il *dossier* relativo alla sua storia ed alla dichiarazione di adottabilità, con informazione sui consensi ottenuti in conformità alla legislazione del paese di origine; *ii*) dare conformità rispetto all'adeguatezza delle caratteristiche del minore assegnato rispetto allo studio psicosociale che accompagna la dichiarazione di idoneità dei richiedenti.

2.4. Segue: l'adozione omoparentale dichiarata all'estero

Prima dell'approvazione del matrimonio paritario e della legge n. 54/2007 sull'adozione internazionale, non si rintracciano casi in cui sia stata negata l'iscrizione di un'adozione costituita all'estero in ragione dell'orientamento sessuale dell'adottante o degli adottanti, sull'assunto che essa fosse da considerarsi contraria all'ordine pubblico spagnolo.

²¹ Un'adozione semplice o non piena non può essere iscritta come adozione nel registro civile spagnolo, ma può essere convertita attraverso un procedimento di giurisdizione volontaria nel rispetto dei requisiti sanciti dall'art. 30. Non potrà essere riconosciuta se produce effetti manifestamente contrari all'ordine pubblico internazionale spagnolo. A tale effetto, si valuterà l'interesse superiore del minore (art. 31).

L'ordinamento prevedeva l'adozione da parte dei *singles* senza che la loro capacità fosse da ritenersi limitata esclusivamente per causa dell'orientamento sessuale, il che sarebbe stato ritenuto contrario al divieto di discriminazione di cui all'art. 14 Cost. Inoltre, il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita stava aprendo la via alla costituzione di famiglie in cui il genitore poteva essere una donna lesbica, il che avrebbe poi condotto il legislatore a riconoscere l'iscrizione della filiazione *natural* (biologica) in favore di due donne unite in matrimonio²². E, soprattutto, dal 2000 era permessa l'adozione congiunta e la *stepchild adoption* in alcune Comunità autonome. A questa apertura si sono aggiunti, nel 2005, il matrimonio paritario e la completa estensione della disciplina alle unioni di fatto, un riconoscimento che non trovava precedenti in altri paesi, per cui non ci sono state adozioni all'estero che abbiano posto una siffatta problematica.

Allo stato attuale, nell'ambito delle famiglie omoparentali, pone (non pochi) problemi soltanto il riconoscimento della filiazione derivata da maternità surrogata, esplicitamente vietata dall'art. 26 della legge sulla procreazione medicalmente assistita e per questo ritenuta contraria all'ordine pubblico spagnolo²³.

3. La situazione precedente all'attuale disciplina: adozione e coppie non coniugate

3.1. L'apertura alle coppie di fatto eterosessuali

Negli anni ottanta, l'art. 175, comma 4, del Codice civile stabiliva che nessuno potesse essere adottato da più di una persona al di fuori dei casi di adozione da

²² Quando la donna sottoposta alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia sposata, e non separata legalmente o di fatto, con un'altra donna, la legge permette che quest'ultima possa chiedere all'incaricato del Registro civile del domicilio coniugale che risulti che il figlio della coniuge è legato anche nei suoi confronti dal rapporto di filiazione (art. 7, comma 3, della legge n. 14/2006, come novellato dalla legge n. 3/2007, del 15 marzo). La sezione civile del Tribunale supremo, con sentenza del 15 gennaio 2014 (ric. n. 758/2012), ha permesso che fosse iscritta la filiazione nel caso della *ex* compagna di una donna che era ricorsa a queste tecniche per concepire. La decisione recava l'opinione dissenziente di tre giudici. V. *La fecondazione eterologa*, cit., in particolare il paragrafo 2.3. (dedicato alla determinazione della filiazione).

²³ *Ibidem*, paragrafo 4. V. anche A. BATUECAS CALETRÍO, *L'iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati da maternità surrogata all'estero*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 61, fascicolo 5 (settembre-ottobre 2015), 1153 ss.

parte di entrambi i membri di una coppia unita in matrimonio. L'adozione congiunta da parte di *partners* di fatto è stata resa possibile con l'approvazione della legge n. 21/1987, dell'11 novembre, recante modifiche a determinati articoli del Codice civile e della legge processuale civile in materia di adozione. La terza disposizione aggiuntiva ha stabilito che "ogni riferimento in questa legge alla capacità dei coniugi di adottare simultaneamente un minore saranno parimenti applicabili all'uomo ed alla donna integranti una coppia unita in modo permanente da una relazione di affettività analoga a quella coniugale"²⁴.

Siffatta disposizione racchiudeva due limitazioni. Da un lato, estendeva la possibilità di adottare ai *partners* di fatto solo in caso di unioni eterosessuali. Dall'altro, si riferiva solo alla possibilità di realizzare un'adozione congiunta, omettendo ogni riferimento alla possibilità di adottare al figlio del *partner*. Questo secondo ostacolo era stato superato per via giurisprudenziale. I giudici avevano infatti adottato un'interpretazione favorevole alla piena assimilazione tra le coppie coniugate e le coppie di fatto, ivi compresa l'adozione del figlio del *partner*, sia perché intendevano che fosse tale lo spirito della legge²⁵, sia facendo valere i benefici che questa avrebbe avuto per l'adottando²⁶.

²⁴ Il progetto di legge iniziale non conteneva alcuna norma in questo senso. La disposizione è stata il frutto di un emendamento proposto dal gruppo parlamentare socialista alla Camera dei deputati, che aveva giustificato la sua iniziativa nei seguenti termini: "l'inesistenza di vincolo matrimoniale non deve ostacolare la possibilità di adottare congiuntamente per persone che hanno una relazione affettiva stabile e permanente e, inoltre, suscettibile ad accogliere nel suo seno di convivenza, con le stesse garanzie di una famiglia matrimoniale, l'adottato di cui si tratti.

"Poiché lo spirito di questa riforma è il primato dell'interesse del minore, questo risulterebbe senza dubbio potenziato da questa nuova possibilità che, d'altra parte, equipara la filiazione adottiva a quella biologica per quanto riguarda la rottura del vincolo matrimoniale dei genitori". Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, serie n. 22, del 13/03/1987, 29.

²⁵ Si veda, per tutte, l'ordinanza della prima sezione dell'Udienza provinciale di Valladolid del 12 giugno 2000 (ric. n. 86/2000).

²⁶ V., per tutte, l'ordinanza della diciottesima sezione dell'Udienza provinciale di Barcellona del 30 dicembre 2002 (ric. n. 427/2002). Il giudice ha sottolineato che l'adozione, nel momento culturale e giuridico attuale, non è più un istituto che protegga la famiglia intesa come cellula basilare di potere economico e giuridico, ma è un istituto di tutela del minore in conformità all'art. 39 Cost., che impone ai pubblici poteri il dovere di garantire la tutela integrale dei figli. Se "l'ingresso in famiglia" può avere luogo attraverso un meccanismo diverso dalla filiazione *per natura* ed avrà luogo solo quando questo cambiamento di stato civile favorisca il minore, l'analisi di questo requisito dovrà essere svolta dall'organo giudicante alla luce della comparazione e della ponderazione della situazione anteriore e posteriore e sotto la guida del senso comune (v. il FD secondo della decisione).

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

3.2. Il riconoscimento dell'adozione da parte di coppie dello stesso sesso nel diritto delle Comunità autonome

Se il legislatore statale aveva deciso di circoscrivere l'adozione alle coppie eterosessuali, alcune Comunità autonome, agendo sulla base di diversi titoli di competenza che permettevano loro di disciplinare lo statuto giuridico delle coppie di fatto²⁷, hanno riconosciuto anche per le coppie omosessuali la possibilità che i *partners* di fatto accedessero, non solo all'adozione congiunta, ma anche all'adozione del figlio o figli del *partner*. In certi casi, è stato necessario l'intervento dei giudici per colmare alcune lacune normative.

3.2.1. La legge foral della Navarra n. 6/2000, del 3 luglio, per l'uguaglianza giuridica delle coppie stabili

Le finalità della legge *foral* della Navarra n. 6/2000 sono state quelle di eliminare le discriminazioni che, in ragione delle circostanze personali o sociali dei componenti della famiglia, perduravano nella legislazione e di perfezionare l'attuazione normativa del principio costituzionale di tutela sociale, economica e giuridica della famiglia, adeguando la normativa alla realtà sociale.

La legge *foral* ha definito come coppia stabile l'unione libera e pubblica, in una relazione di affettività analoga a quella matrimoniale, a prescindere dall'orientamento sessuale dei componenti (art. 2, comma 1). Non operando distinzioni, ha riconosciuto la possibilità di adottare anche alle coppie di fatto dello stesso sesso, giacché l'art. 8, comma 1, si è limitato a stabilire che i membri della coppia stabile possono adottare in forma congiunta a parità di diritti e doveri rispetto alle coppie unite in matrimonio.

²⁷ V. *supra*, nota 5.

La legge *foral*, similmente a quanto si è visto per la terza disposizione aggiuntiva della legge statale n. 21/1987, nulla ha disposto con riguardo alla possibilità di adottare il figlio del convivente dello stesso sesso, ma questa possibilità è stata successivamente ammessa per via giudiziaria.

L'ordinanza del 22 gennaio 2004 del *Juzgado de primera instancia número tres (Familia)* di Pamplona²⁸ ha dichiarato che, “se il legislatore *navarro* permette l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso, difficilmente può avere senso l'esclusione dell'adozione, da parte del *partner* del padre o della madre adottivo, del figlio di quello o di questa, o da parte della *partner* della madre biologica, del figlio di questa, in ipotesi di maternità o paternità individuale, visto che la legislazione comune lo permette a prescindere dall'identità sessuale e dalla convivenza con un *partner* dello stesso sesso” (FD terzo). In questo caso, il giudice ha insistito sul fatto che il fattore determinante per decidere in ordine alla costituzione dell'adozione è l'interesse superiore del minore, ed ha fatto riferimento al riconoscimento pretorio della *stepchild adoption* in seno alle unioni eterosessuali, oltre che alla Convenzione di Strasburgo del 1967 sull'adozione dei minori, la quale stabilisce come criteri per valutare l'interesse del minore la personalità, la salute e la situazione economica dell'adottante, la sua vita familiare e l'attitudine ad educare l'adottando; i motivi per cui intende adottare il minore, il rapporto tra adottante e adottando e la durata del periodo in cui è stata affidata all'adottante la cura del minore, nonché la personalità e salute dell'adottando, le sue origini ed altre circostanze culturali, se del caso.

È stata, questa, la prima decisione in Spagna che ha riconosciuto la potestà genitoriale condivisa a due madri, a seguito dell'adozione da parte di una donna del figlio della compagna²⁹. L'iscrizione al registro civile avrebbe causato qualche perplessità perché i libri *registrales*, uniformi in tutto il territorio nazionale, contenevano la menzione al padre, ma la *Comisión Nacional de los Registros y del Notariado*, interpellata al riguardo, ha ritenuto che si trattasse di un “errore di concetto” che doveva essere rettificato d'ufficio dall'incaricato del registro mediante l'applicazione per analogia delle regole sui difetti formali³⁰.

²⁸ Il testo della decisione è reperibile alla pagina web http://www.iustel.com/diario_del_der_echo/noticia.asp?ref_iustel=1003392.

²⁹ Nel caso di specie, si trattava di una coppia di donne, unite da sette anni, con un progetto genitoriale comune. Entrambe si erano sottoposte a tecniche di procreazione medicalmente assistita e una di loro era la madre biologica di due gemelle.

³⁰ V. la *consulta* del 6 aprile 2004 sull'iscrizione di un minore adottato da due donne, pubblicata nel supplemento del *Boletín de información del Ministerio de Justicia* n. 1986, del 1°

La legge *foral* n. 6/2000 è stata oggetto di un ricorso in via principale presentato da oltre cinquanta deputati del gruppo parlamentare popolare. Tra le norme denunciate figurava l'anzidetto art. 8. I ricorrenti sostenevano che permettere l'adozione congiunta alle coppie di fatto dello stesso sesso si ponesse in contrasto con l'obbligo di tutela dei figli di cui all'art. 39 Cost., poiché avrebbe anteposto all'interesse dei minori quello delle coppie omosessuali ad adottare.

Il Tribunale costituzionale ha giudicato il ricorso con la STC 93/2013, del 23 aprile, e, nonostante abbia accolto il ricorso *in parte qua*, per quanto riguarda l'art. 8 ha respinto la doglianza. Rifacendosi alle motivazioni precedentemente esternate nella STC 198/2012, del 6 novembre, riguardante la legge che ha legalizzato il matrimonio omosessuale e l'adozione congiunta, il *plenum* ha sottolineato che, nell'adozione, è preponderante l'interesse del minore, interesse che deve essere preservato in ogni caso mediante lo scrutinio cui si sottopongono gli eventuali adottanti, a prescindere dal loro orientamento sessuale. Ciò che non è in alcun modo costituzionalmente ammissibile è presumere l'esistenza di un rischio di alterazione della personalità del minore per il semplice fatto dell'orientamento sessuale di uno o di entrambi i genitori (FJ 12).

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

3.2.2. La legge dei Paesi Baschi n. 2/2003, del 7 maggio, regolatrice delle coppie di fatto

Anche la legge dei Paesi baschi n. 2/2003 ha perseguito l'obiettivo di contribuire al superamento di tutte le discriminazioni basate sulla condizione o sulle circostanze personali o sociali dei componenti della famiglia, quest'ultima intesa nella diversità delle forme attraverso cui si esprimono l'affettività e la sessualità ammesse culturalmente nella società. La medesima legge ha inteso perfezionare lo sviluppo normativo dei principi costituzionali di non

aprile 2005, *Consultas en materia de estado civil de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (2003 e 2004).

discriminazione, il libero sviluppo della personalità e la tutela della famiglia, adeguando la normativa alla realtà sociale.

L'art. 2 ha considerato coppia di fatto quella iscritta nell'apposito registro e risultante dall'unione libera di due persone maggiorenni o minori emancipate, che non siano parenti, e che siano legate da una relazione affettivo-sessuale, dello stesso sesso o di sesso diversi, non uniti ad un'altra persona in matrimonio o in via di fatto. L'art. 8 ha disposto quanto segue: "1. I membri delle coppie formate da due persone dello stesso sesso potranno adottare in forma congiunta, con uguali diritti e doveri rispetto alle coppie formate da due persone di sesso diverso e delle coppie unite in matrimonio. 2. La figlia o il figlio adottivo o biologico di uno dei membri della coppia avrà il diritto di essere adottato dall'altro membro". Si sono quindi esplicitamente contemplate sia l'adozione congiunta che quella successiva.

L'allora Presidente del Governo nazionale, José María Aznar, aveva presentato un ricorso di incostituzionalità nei confronti della norma basca, sostenendone la contrarietà rispetto all'art. 39 Cost. L'ammissibilità del ricorso con la *providencia* del 7 agosto 2003, aveva comportato la sospensione dell'art. 8³¹. Successivamente, il ricorso è stato dichiarato estinto con l'ATC 14 dicembre 2004, perché oggetto di rinuncia da parte del Governo Zapatero. Poco dopo, con l'ordinanza del 21 febbraio 2005 del *Juzgado de Primera Instancia número dos de Gernika-Lumo*, e con l'ordinanza del 1° marzo 2005 del *Juzgado de Primera Instancia número 3 de Donostia-San Sebastián*, sono stati ammessi i primi casi di *stepchild adoption* in questa Comunità autonoma.

3.2.3. La riforma, nel 2004, della legge dell'Aragona n. 6/1999, del 26 marzo, relativa alle coppie stabili non sposate

La legge dell'Aragona n. 10/1998, del 15 luglio, sulle unioni stabili di coppia, inizialmente non contemplava l'adozione da parte di coppie di fatto dello stesso sesso. Tuttavia, a seguito della riforma operata dalla legge delle *Cortes* dell'Aragona n. 2/2004, del 23 maggio, l'art. 10 stabilisce che "le coppie stabili non sposate potranno adottare congiuntamente", intendendo per coppia stabile quella formata da due maggiorenni, a prescindere dell'orientamento sessuale, senza vincolo di parentela, né uniti affettivamente ad altre persone, che abbiano

³¹ Nel quadro del precitato giudizio concluso con la STC 93/2013, la legge *foral* della Navarra non era stata sospesa perché la sospensione delle leggi autonome opera solo quando è il Presidente del Governo a ricorrere (v. gli artt. 161, comma 2, Cost., e 30 della legge n. 2/1979, del 3 ottobre, sul Tribunale costituzionale).

convissuto ininterrottamente per almeno due anni o abbiano manifestato l'intenzione di formalizzare la loro unione con scrittura pubblica.

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

3.2.4. La legge della Catalogna n. 3/2005, dell'8 aprile

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

Nel preambolo della legge, il legislatore ha dichiarato di partire dal presupposto che la determinazione di quale sia la cosa migliore nell'interesse del minore dipende da ogni singola adozione e dalle concrete circostanze, per cui non deve essere fatto dipendere aprioristicamente dall'orientamento sessuale dei richiedenti. Nessuno ha automaticamente il diritto di adottare, ma esistono persone o famiglie idonee all'adozione e questa legge riconosce il diritto delle persone omosessuali ad essere valutati come possibili genitori adottivi dal giudice che valuterà, caso per caso, se la richiesta giovi all'interesse superiore del minore.

3.2.5. La legge della Cantabria n. 1/2005, del 16 maggio, sulle coppie di fatto

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

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

Fino al 2005, l'adozione congiunta era riservata ai soli coniugi e l'accesso all'istituto matrimoniale era precluso alle coppie dello stesso sesso. Con l'approvazione della legge n. 13/2005, del 1° luglio, di modifica del Codice civile in materia di diritto a contrarre matrimonio, è stato introdotto un secondo comma all'art. 44 del Codice, secondo cui "il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di sesso differente". Si è consentito in questo modo ai coniugi dello stesso sesso di adottare congiuntamente oppure di adottare il figlio del coniuge (biologico od adottato). Non si è operata alcuna distinzione tra i casi di adozione nazionale e di adozione internazionale.

Come è noto, se il riconoscimento del matrimonio ugualitario era stato fortemente contestato a livello giuridico, politico e sociale, lo era stata ancora di più l'apertura all'adozione congiunta. Prima dell'approvazione della legge n. 13/2005, il Consiglio di Stato aveva propugnato una disciplina *ad hoc* per l'adozione in questi casi³², ed il Consiglio generale del Potere giudiziario si era manifestato contrario a questa possibilità³³. Una volta approvata la legge, i parlamentari del partito popolare avevano presentato un ricorso in via principale,

³² Nel parere del 16 dicembre 2004 sulla bozza del progetto di legge destinato a divenire la legge n. 13/2005, il Consiglio di Stato sosteneva che, trattandosi di una questione molto complessa e molto dibattuta a livello interno ed internazionale, si richiedeva un'analisi ed un trattamento specifico, modulando se del caso la disciplina del Codice civile e delle altre leggi, partendo da una realtà diversa. Questo diverso trattamento non avrebbe dovuto comportare la restrizione dell'adozione, ma una particolare attenzione alle circostanze, onde evitare incoerenze come nel caso dell'art. 178, comma 2, paragrafo 2, del Codice civile e della terza disposizione aggiuntiva della legge n. 21/1987. Insisteva sul fatto che per arrivare all'adozione da parte delle coppie dello stesso sesso non era necessaria una modificazione dell'istituto matrimoniale come quella che era stata progettata, ma una disciplina specifica e ben ponderata della questione, di modo che non apparisse come un effetto collaterale di un cambiamento legislativo che non la affrontava direttamente.

³³ Nel parere del 18 gennaio 2004, il Consiglio generale del Potere giudiziario sconsigliava la riforma, in sintesi, perché: il corretto sviluppo del figlio richiede la presenza di un padre e di una madre; non esiste la necessità sociale di cercare nuove forme di adozione; le coppie dello stesso sesso (atipiche) sono inidonee a fornire al bambino adottato un ambiente di umanizzazione e socializzazione adeguato, data l'instabilità che caratterizza da un punto di vista sociologico le coppie omosessuali; si posterga in questi casi l'interesse del minore rispetto alla esigenza di una minoranza di vedere omologate le sue tendenze sessuali.

contestando, oltre al matrimonio ugualitario, l'adozione congiunta da parte di coniugi dello stesso sesso. In particolare, i ricorrenti sostenevano che questa possibilità fosse da ritenersi contraria all'obbligo di protezione integrale dei figli di cui all'art. 39, comma 2, Cost., giacché anteponeva la legittimazione delle relazioni omosessuali o la loro omologazione a quelle eterosessuali all'interesse del minore ed all'idoneità degli adottanti.

Con la STC 198/2012, del 6 novembre, il *plenum* del Tribunale costituzionale ha confermato la legittimità della legge n. 13/2005. Per quanto qui specificamente rileva, ha riconosciuto che la legittimità costituzionale del matrimonio ugualitario ha condizionato il suo giudizio sull'adozione.

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

Il *plenum* ha richiamato la sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Frette c. Francia*, del 26 febbraio 2002 (riferito all'esclusione della possibilità di adottare di una persona *single* omosessuale in ragione dell'orientamento sessuale). In essa si è riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento (come già avvenuto riguardo al riconoscimento del matrimonio omosessuale), ma si è al contempo avvertito che l'adozione consiste nel dare una famiglia ad un bambino, e non un bambino ad una famiglia e che lo Stato deve assicurarsi che le persone scelte come adottanti siano quelle che possano offrirgli, da tutti i punti di vista, le condizioni di accoglienza più favorevoli (§ 42). A questo proposito – ha aggiunto il Tribunale costituzionale – non esiste certezza che permetta attualmente di affermare che quelle condizioni non possano essere integrate da una coppia omosessuale.

L'obbligo di tutela della famiglia in generale (art. 39, comma 1, Cost.) e di tutela dei figli in particolare (art. 39, comma 2, Cost.), sancito come principio cardine della politica sociale ed economica, non è stato violato dal legislatore, ma è stato, anzi, alla base dell'opzione legislativa adottata. L'ordinamento, che non riconosce un diritto fondamentale ad adottare, prevede meccanismi sufficienti, nella normativa sull'adozione nazionale ed internazionale, per garantire la

preservazione dell'interesse superiore del minore, come richiesto nella Convenzione dei diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dalla Spagna, e come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale (STC 124/2002, del 20 maggio, FJ 4).

Sarebbe stato violato l'art. 39, comma 2, Cost. se, come conseguenza della riforma, la legislazione non avesse garantito la preservazione dell'interesse del minore nel procedimento di adozione, cosa che non è accaduta. Il Codice civile stabilisce che la decisione giudiziaria che costituisca l'adozione terrà sempre conto dell'interesse dell'adottando e dell'idoneità dell'adottante o degli adottanti per l'esercizio della potestà genitoriale. Tale idoneità non è collegata al loro orientamento sessuale (art. 176 del Codice civile). Inoltre, come era già stato dichiarato nella STC 24/2002, il giudice che conosce del processo di adozione ha la facoltà di respingerla quando sia contraria all'interesse del minore, per qualsivoglia motivo e dopo che tale interesse sia stato correttamente valutato, mediante il procedimento pertinente.

Fatte salve le evidenti differenze con il caso che trattava la STC 176/2008, del 22 dicembre (che versava sulla determinazione del regime di visite di un genitore transessuale), successivamente confermata dalla Corte EDU nella sentenza del caso *P.V. c. Spagna* del 30 novembre 2010, il Tribunale costituzionale si è rifatto di nuovo a quanto dichiarato allora nel FJ 7, ribadendo che non è in alcun modo ammissibile la presunzione dell'esistenza di un rischio di alterazione effettiva della personalità del minore per il semplice fatto dell'orientamento sessuale di uno od altro dei genitori.

Si sono espressi in senso contrario alla decisione della maggioranza i giudici costituzionali Ramón Rodríguez Arribas e Juan José González Rivas, che nelle rispettive opinioni dissenzienti hanno criticato tanto l'eccessiva stringatezza della motivazione su un tema tanto sensibile per la società quanto il merito della decisione, ritenendo la previsione legislativa incostituzionale: a loro avviso, infatti, l'adozione congiunta da parte di coniugi omosessuali si poneva in contrasto con la configurazione costituzionale della filiazione, ledendo l'interesse superiore del minore.

5. La definitiva parificazione dei diritti e doveri di *partners* e coniugi in seguito all'introduzione del matrimonio ugualitario

Come si è visto, la legge statale n. 13/2005 ha riconosciuto ai coniugi, a prescindere del loro orientamento sessuale, la possibilità di richiedere l'adozione congiunta o successiva. Considerato che, al momento dell'entrata in vigore della legge, era ancora in vigore la terza disposizione aggiuntiva della legge n. 21/1987, dell'11 novembre, che estendeva ai *partners* di fatto, in una unione eterosessuale, l'adozione congiunta, la nuova disciplina ha permesso l'adozione congiunta anche da parte dei *partners* di fatto dello stesso sesso a livello nazionale.

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